

3

2011

Diritto delle Relazioni Industriali

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



Rivista di
ADAPT - CENTRO STUDI
"MARCO BIAGI"

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

In ricordo di Gianni Garofalo

RICERCHE

Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011

INTERVENTI

*Responsabilità sociale dell'impresa e fonti di regolazione
Ordini professionali e rappresentanza di interessi*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Le relazioni industriali in una prospettiva anglo-europea

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Il caso del Ccnl metalmeccanici e l'art. 28 Stat. lav.

Nuove flessibilità per il congedo di maternità

*L'applicazione dell'art. 2932 c.c. e il diniego di assunzione del disabile
La Corte Costituzionale sulla sospensione dell'attività imprenditoriale*

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Un protocollo territoriale per favorire la flessibilità e la ripresa

Assistenza disabili: collegato lavoro e indicazioni operative

La contrattazione integrativa nel settore pubblico dopo le riforme

Le nuove decadenze in materia di contratto di lavoro

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Parità di trattamento tra uomini e donne che esercitano un'attività autonoma

Corte di Giustizia: il coordinatore della sicurezza nei cantieri temporanei

Europa 2020: le nuove abilità richieste nel mercato del lavoro

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Cile - 1990-2010: flessibilità e sicurezza

Quadro internazionale e comparato - Il binomio donne e trasporti

N. 3/XXI - 2011



GIUFFRÈ EDITORE

DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO

Aris Accornero, Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Roberta Bortone, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Clara Enrico, Rosario Flammia, Pietro Ichino, Arturo Maresca, Luigi Mariucci, Oronzo Mazzotta, Luigi Montuschi, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Giuseppe Santoro Passarelli, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Pier Antonio Varesi, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Carmen Agut García (*Castellón*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Roger Blanpain (*Lovanio*), Giulio Grisolia (*Buenos Aires*), Csilla Kolonnay Lehoczky (*Budapest*), Alan C. Neal (*Warwick*), Antonio Ojeda Avilés (*Siviglia*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodriguez Pinêro (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Jacques Rojot (*Parigi*), Ulrich Runggaldier (*Vienna*), Malcolm Sargeant (*Londra*), Michal Sewerynski (*Lodz*), Yasuo Suwa (*Tokyo*), Fernando Valdes Dal Re (*Madrid*), Manfred Weiss (*Francoforte*).

REDAZIONE

Roberta Caragnano (*redattore capo*), Andrea Bollani (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Luca Calcaterra, Guido Canavesi, Enrica Carminati, Alessandro Corvino, Maurizio Del Conte, Maria Teresa Crotti, Marco Ferraresi (*coordinatore Pavia*), Maria Rita Iorio, Giuseppe Ludovico, Laura Magni (*coordinatore Modena*), Stefano Malandrini, Pietro Manzella (*revisore linguistico*), Emmanuele Massagli, Giuseppe Mautone, Marta Mondelli, Nicoletta Pagni, Flavia Pasquini, Pierluigi Rausei, Paolo Reboani, Lisa Rustico, Raffaello Santagata, Lucia Silvagna, Silvia Spattini, Gaetano Zilio Grandi.

Adapt – Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Fax +39 059 2056043. Indirizzo e-mail: dri@unimore.it

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia

Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Fax +39 0382 27202.

Indirizzo e-mail: dri@unipv.it

REFEREES

Diritto delle Relazioni Industriali si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato scientifico. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A.,
via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432
Internet: <http://www.giuffre.it> - e-mail: vendite@giuffre.it

Pubblicità:

Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426
e-mail: periodici@giuffre.it

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2011

Unione europea	€ 110,00
Paesi extra Unione europea	€ 165,00
Prezzo di un singolo numero (Extra U.E. € 42,00)	€ 28,00
Sconto 10% per i soci AISRI - soci ADAPT - abbonati Bollettino ADAPT - soci AIDP - soci GIDP	

RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. abbonato € 35,00* non abbonato € 110,00*

*IVA compresa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento "abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso al contenuto dal 1 gennaio 2011, o da qualunque data successiva di sottoscrizione, fino al 31 dicembre 2011.

La sottoscrizione dell'abbonamento "non abbonato" alla rivista cartacea garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 110,00	€ 165,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 140,00	€ 210,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul **c.c.p. 721209**, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a **ricevimento fattura** (riservata ad enti e società);
- mediante **carta di credito** (VISA - MASTERCARD - EUROCARD - CARTA SI), precisando: numero, scadenza, data di nascita;
- oppure tramite gli **Agenti Giuffrè** a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

Pubblicità inferiore al 45%

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

SOMMARIO - n. 3/2011

ROBERTO VOZA <i>Gianni Garofalo: Maestro, studioso, compagno e amico</i>	609
Ricerche: Le relazioni industriali dopo l'accordo del 28 giugno 2011	
TIZIANO TREU <i>L'accordo 28 giugno 2011 e oltre</i>	613
MARIELLA MAGNANI, MAURIZIO DEL CONTE, ROBERTO PESSI, GIAMPIERO PROIA, MICHEL MARTONE, MICHELE TIRABOSCHI, CARLO DELL'ARINGA, GIOVANNI TRIA, GIORGIO SANTINI, PAOLO PIRANI, LUIGI SBARRA <i>28 giugno 2011: come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto</i>	642
Interventi	
ANDREA SITZIA, DANIELA SEGA <i>Le "dimensioni" della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza</i>	673
MARCO GAMBACCIANI <i>Ordini professionali e rappresentanza di interessi</i>	708
Relazioni industriali e Risorse umane	
RICHARD HYMAN <i>Lo studio delle relazioni industriali: una prospettiva anglo-europea</i>	721
Osservatorio di giurisprudenza italiana	
LAURA CALAFÀ <i>Nuove flessibilità del congedo di maternità (nota a C. Cost. 7 aprile 2011, n. 116)</i>	739
GAETANO ZILIO GRANDI, CESARINA CARNOVALE <i>La "rinascita" dell'art. 28 Stat. lav. e il caso del Ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale (nota a Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011 e altre)</i>	747

SIRIO SOLIDORO <i>La responsabilità civile del datore di lavoro per i danni cagionati a terzi dal lavoratore distaccato</i> (nota a Cass. 11 gennaio 2010, n. 215)	762
ELENA PASQUALETTO <i>Si consolida l'orientamento della Cassazione favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di illegittimo diniego di assunzione del disabile nel "nuovo" sistema del collocamento mirato</i> (nota a Cass. 25 marzo 2011, n. 7007).	767
VINCENZO PUTRIGNANO <i>Retribuzione proporzionata e sufficiente e contratto collettivo: un primo arresto giurisprudenziale sui c.d. contratti pirata</i> (nota a Trib. Torino 14 ottobre 2010)	781
SIMONE PIETRO EMILIANI <i>Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento quale dovere di trasparenza</i> (nota a Cass. 28 marzo 2011, n. 7046)	787
MARTA MONDELLI <i>La tormentata disciplina della sospensione dell'attività imprenditoriale al vaglio della Corte costituzionale</i> (nota a C. Cost. 5 novembre 2010, n. 310).	796
MICHELE BRICCHI <i>La Cassazione amplia i presupposti per l'accesso al Fondo di garanzia Inps</i> (nota a Cass. 1° aprile 2011, n. 7585).	802
Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva	
LILLI CAROLLO <i>Il contratto di apprendistato nei call center</i>	811
STEFANO MALANDRINI <i>Un protocollo territoriale, di carattere promozionale, per favorire flessibilità e ripresa produttiva</i>	830
DANILO PAPA <i>Assistenza disabili: collegato lavoro e indicazioni operative</i>	837
GAETANO ZILIO GRANDI, MICAELA VITALETTI <i>La contrattazione integrativa nel settore pubblico dopo le riforme</i>	844
VALENTINA LOSTORTO, ILARIA SFERRAZZA <i>Le nuove decadenze in materia di contratto di lavoro. Primi spunti di riflessione</i>	853
Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro	
MARIA TERESA CROTTI <i>I diritti sociali collettivi in Europa nell'intreccio fra Corti, nel susseguirsi di fonti</i>	863
TATIANA ESPOSITO <i>Parità di trattamento tra uomini e donne che esercitano un'attività autonoma: la direttiva 2010/41/UE</i>	875
SILVANA TORIELLO <i>Corte di Giustizia europea: per la sicurezza nei cantieri è obbligatoria la nomina di un coordinatore della sicurezza</i> (nota a C. Giust. 7 ottobre 2010, C-224/09)	880

MARIA PAOLA MONACO <i>Europa 2020: il contributo della politica regionale alla realizzazione di una Europa efficace sotto il profilo delle risorse e le nuove abilità richieste nel mercato del lavoro.</i>	888
---	-----

Osservatorio internazionale e comparato

SERGIO GAMONAL <i>Il diritto del lavoro cileno 1990-2010: venti anni di flessibilità e sicurezza</i>	897
FRANCESCA SPEROTTI <i>Donne e trasporti: un binomio da potenziare. . .</i>	907

INDICE ANALITICO

Apprendistato

- Ipotesi di accordo per il rinnovo del Contratto collettivo nazionale di lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazione tra Assotelecomunicazioni-Assiel e Sic-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom Uil, 23 ottobre 2009 [811] (con nota di L. CAROLLO).
- Intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante tra Confcommercio e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, 23 settembre 2009 [811] (con nota di L. CAROLLO).
- Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi tra Confcommercio e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, 18 luglio 2008 [811] (con nota di L. CAROLLO).

Cile

- Codice del lavoro, versione aggiornata al 1° marzo 2011 [897] (con nota di S. GAMONAL).

Conciliazione vita e lavoro

- Congedo di maternità ex art. 16, d.lgs. n. 151/2001 - Decorrenza - Parto prematuro - Ricovero del neonato in struttura sanitaria - Ingresso del minore nella casa familiare - Obbligo della madre di non prestare attività nei 5 mesi del congedo - Interruzione del congedo in caso di ricovero del neonato prematuro in struttura sanitaria - Diritto della madre di riprendere l'attività lavorativa [739] (C. Cost. 7 aprile 2011, n. 116, con nota di L. CALAFÀ).

Contrattazione collettiva

- Confindustria Bergamo, Cgil, Cisl, Uil, *Protocollo su competitività e occupazione*, 24 maggio 2011 [830] (con nota di S. MALANDRINI).
- Contratti collettivi - Contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* - Natura giuridica - Natura negoziale e privatistica - Efficacia soggettiva - Limitata ai rapporti con gli iscritti alle OO.SS. stipulanti e ai lavoratori che ne fanno richiesta [746] (Trib. Torino 18 aprile 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato - Applicabilità del precedente contratto collettivo nazionale agli iscritti ai sindacati stipulanti e ai lavoratori non iscritti che ne facciano richiesta [746] (Trib. Torino 18 aprile 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).

- Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato [746] (Trib. Modena 22 aprile 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti - Applicabilità degli aumenti salariali previsti dal nuovo contratto collettivo nazionale a tutto il personale [745] (Trib. Torino 26 aprile 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Successione di contratti collettivi nazionali - Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Nuovo contratto collettivo nazionale stipulato solo da alcune delle organizzazioni sindacali che avevano stipulato il precedente contratto collettivo nazionale - Legittimità e vigenza del nuovo contratto collettivo - Condotta antisindacale - Non sussistenza [745] (Trib. Torino 2 maggio 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Successione di contratti collettivi nazionali - Art. 28 Stat. lav. - Non ricorrenza - Art. 36 Cost. e art. 16 Stat. lav. - Applicazione dei trattamenti retributivi previsti dal ccnl 2009 a tutti i lavoratori [744] (Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Versamento della quota contributiva *una tantum* - Condotta non lesiva dell'immagine della Fiom - Libera scelta dei soli lavoratori non sindacalizzati [744] (Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Successione di contratti collettivi nazionali - Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Nuovo contratto collettivo stipulato solo da alcune delle organizzazioni sindacali che avevano stipulato il precedente contratto collettivo nazionale - Legittimità e vigenza del nuovo contratto collettivo [743] (Trib. Torino 20 maggio 2011 con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato [744] (Trib. Torino 20 maggio 2011 con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Successione di contratti collettivi nazionali - Art. 28 Stat. lav. - Non ricorrenza [743] (Trib. Ivrea 1° giugno 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Art. 36 e 3 Cost. - Applicazione dei trattamenti retributivi previsti dal ccnl 2009 anche ai lavoratori Fiom e a quelli non iscritti ad alcun sindacato [743] (Trib. Ivrea 1° giugno 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).
- Condotta antisindacale - Applicabilità del nuovo contratto collettivo ai lavoratori del sindacato dissenziente e non stipulante - Devoluzione della quota contratto ai sindacati stipulanti il nuovo contratto collettivo nazionale e ai lavoratori non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale - Precedente contratto collettivo nazionale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Applicabilità del precedente contratto collettivo na-

zionale ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente [742] (Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).

- Art. 17 Stat. lav. - Non configurabilità - Attività di proselitismo - Disparità tra le organizzazioni sindacali [742] (Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, con nota di G. ZILIO GRANDI, C. CARNOVALE).

Diritto comparato del lavoro

- Corte europea dei diritti dell'uomo 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turchia* [863] - Corte europea dei diritti dell'uomo 21 aprile 2009, *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turchia* [863] (con nota di M.T. CROTTI).
- ILO, *Dichiarazione dell'organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e i suoi seguiti*, Ginevra, 18 giugno 1998 [863] (con nota di M.T. CROTTI).

Distacco

- Infortunio - Responsabilità datore di lavoro - Teoria del rischio d'impresa - Interesse al distacco - Teatro di lavoro - Azione di rivalsa dell'Inail [762] (Cass. 11 gennaio 2010, n. 215, con nota di S. SOLIDORO).

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- Circolare Inps 1° marzo 2011, n. 45 [837] (con nota di D. PAPA).
- Collocamento obbligatorio - Rifiuto di assunzione del disabile avviato - Corrispondenza fra la qualifica richiesta e quella posseduta - Applicabilità dell'art. 2932 c.c. - Riconoscimento [766] (Cass. 25 marzo 2011, n. 7007, con nota di E. PASQUALETTO).

Lavoro in cooperativa

- Soci lavoratori di cooperative - Minimi salariali - Retribuzione proporzionata e sufficiente - Determinazione - Pluralità di contratti collettivi - Contratto collettivo applicabile [781] (Trib. Torino 14 ottobre 2010, con nota di V. PUTRIGNANO).

Lavoro pubblico

- Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 [844] (con nota di G. ZILIO GRANDI, M. VITALETTI).
- Legge 4 marzo 2009, n. 15 [844] (con nota di G. ZILIO GRANDI, M. VITALETTI).

Licenziamento individuale

- Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro), articolo 32 [853] (con nota di V. LOSTORTO, I. SFERRAZZA).
- Giustificato motivo oggettivo - Riduzione di personale - Criteri di scelta - Buona fede e correttezza [787] (Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, con nota di S.P. EMILIANI).

Parità di trattamento

- Direttiva del Parlamento europeo 7 luglio 2010, n. 2010/41/UE [875] (con nota di T. ESPOSITO).

Quadro internazionale e comparato

- C. DUCHÈNE, *Gender and Transport*, OECD-International Transport Forum Discussion Paper, aprile 2011, n. 11 [907] (con nota di F. SPEROTTI).

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- Domanda di pronuncia pregiudiziale - Direttiva 92/57/CEE - Prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili - Art. 3 - Obblighi di designare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute nonché di redigere un piano di sicurezza e di salute [879] (C. Giust. 7 ottobre 2010, *Martha Nussbaumer*, causa C-224/09, con nota di S. TORIELLO).

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- Tutela delle condizioni di lavoro - Sospensione attività imprenditoriale - Motivazione (obbligo di) - Esclusione - Illegittimità [795] (C. Cost. 5 novembre 2010, n. 310, con nota di M. MONDELLI).

Strategia europea per l'occupazione

- COMMISSIONE EUROPEA, *Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse – Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020*, COM(2011)21 def., 26 gennaio 2011 [888] (con nota di M.P. MONACO).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Il contributo della politica regionale alla crescita sostenibile nel contesto della strategia Europa 2020*, COM(2011)17, 26 gennaio 2011 [888] (con nota di M.P. MONACO).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020, 3 marzo 2010 [888] (con nota di M.P. MONACO).

Trattamento di fine rapporto

- Fondo di garanzia Inps - Presupposti per l'azione contro il Fondo - Ammissibilità in caso di mancata dichiarazione di fallimento per esiguità del credito [802] (Cass. 1° aprile 2011, n. 7585, con nota di M. BRICCHI).

Gianni Garofalo: Maestro, studioso, compagno e amico

Roberto Voza

Nel percorso scientifico, culturale, politico e umano di Gianni Garofalo erano profondamente radicati – e si fondevano tra loro – la passione per la conoscenza, l'impegno civile, il rispetto delle istituzioni, dei colleghi e degli allievi.

Nella passione per la conoscenza egli riversava il suo costante sforzo di elaborare e trasferire un sapere critico, con una visione dell'insegnamento e della ricerca come beni comuni, funzionali ad accrescere la inclusione e la giustizia sociale. Pur essendo un raffinato giurista, Gianni non si è mai trincerato dietro l'abilità del suo sapere, nella convinzione che la cultura non si accumula, ma si distribuisce (come ho letto in uno dei necrologi che più mi ha colpito).

Da lui i suoi allievi hanno imparato a praticare un rapporto critico e dialettico con l'oggetto dei propri studi. Hanno appreso che il diritto non è uno strumento ideologicamente neutro, non è mai una tecnica pura e incontaminata dai valori e dalle intenzioni (anche politiche) di chi la pratica.

Mi vengono in mente, poi, le parole con cui il presidente della Associazione italiana di diritto del lavoro ha ricordato Gianni nel recente convegno di Copanello. Ricorrendo ad un felice ossimoro, De Luca Tamajo ha detto che Gianni è sempre stato – contemporaneamente – «di parte ma equilibrato».

Credo si tratti di una grande dote.

Gianni era restio a sposare le soluzioni facili e precostituite, le certezze incrollabili, gli *slogans* ripetuti acriticamente solo per ragioni di appartenenza, pur senza mai rinunciare a dire la sua, a schierarsi, a stare – appunto – da una parte.

Contemporaneamente, egli ci spronava a distinguerci da quel profilo di tecnico del diritto, che costituisce fonte di ispirazione per non pochi

* *Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Bari.*

(soprattutto fra i più giovani). Scherzando con lui, qualcuno di noi (credo Marco Barbieri) aveva trovato un'espressione per descrivere questa figura, che chiamavamo l'*esegeta della virgola*, quello che passa il suo tempo a commentare la leggina del giorno prima, scambiata sempre per "testo sacro" ⁽¹⁾. E – di leggina in leggina – il piccolo esegeta della virgola rinuncia alla visione d'insieme che dovrebbe caratterizzare l'identità del giurista, nella sua funzione, anzi nella sua missione, di portatore sano di razionalità sistemica.

Basti pensare, invece, a come Gianni concepiva il dottorato di ricerca, in piena coerenza con la sua natura (a volte, trascurata nei fatti) di percorso di alta formazione scientifica. Egli ha coordinato il dottorato barese di diritto del lavoro per tantissimi anni, con una straordinaria dedizione verso la formazione degli allievi. Sin dal primo contatto con lui, si percepiva il rigore e l'impegno che riversava nel proprio compito, cominciando dall'ampio elenco di letture *post lauream*, che ciascun dottorando riceveva dalle sue mani il primo giorno di "scuola".

Del profilo accademico e scientifico di Gianni Garofalo, è doveroso ricordare che egli è stato allievo di Gino Giugni, del quale ha seguito l'impostazione metodologica, a partire dal dialogo tra il diritto e le altre scienze sociali, che rappresenta – come lo stesso Giugni ha più volte riconosciuto – una delle peculiarità salienti della scuola barese.

Sempre dal magistero scientifico di Giugni, Gianni ha appreso la costante attenzione alle dinamiche autonome proprie del conflitto tra i poteri datoriali e il contropotere collettivo sindacale, racchiuse nella formula dell'ordinamento intersindacale. Si spiega così il frequente ritorno – nella sua vasta produzione scientifica – ai temi della repressione della condotta antisindacale e della democrazia sindacale, come pure il reiterato impegno a commentare i contratti collettivi nazionali di lavoro (per ultimo, quello dei metalmeccanici del 2008) ⁽²⁾.

Segnalo anche, e non certo per un generico dovere di completezza, l'attenzione che Gianni ha rivolto a importanti tematiche come i licenziamenti collettivi (sui quali svolse un'apprezzatissima relazione alle giornate di studio dell'Aidlass nel 1990), le azioni positive, il lavoro degli immigrati, e – in particolare – il lavoro pubblico, sul quale la sua riflessione scientifica incrociò la sua azione di dirigente sindacale, for-

⁽¹⁾ Come ha scritto recentemente M. D'ONGHIA, *Divagazioni su presente e futuro del diritto del lavoro e ruolo dei giuslavoristi*, in AA.VV., *Il diritto sociale del lavoro. La funzione dei giuristi*, Cacucci, Bari, 2011, 66.

⁽²⁾ M.G. GAROFALO, M. ROCCELLA (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale di lavoro dei metalmeccanici 20 gennaio 2008*, Cacucci, Bari, 2010.

nendo un importante contributo all'avvio della famosa riforma del 1992/1993 e ai suoi successivi sviluppi.

Indubbiamente, una dimensione essenziale della sua esistenza è stata quella dell'impegno civile. Sin dai primi contatti con l'attività politica e associativa, maturati nell'ambito delle organizzazioni studentesche cattoliche, Gianni elaborò una scelta di campo a favore degli ultimi (poi trasformatasi in scelta di classe) e una forte attenzione al connubio tra la realizzazione del bene comune e la valorizzazione della persona, in sintonia con la dottrina sociale di Jacques Maritain (uno dei punti di riferimento della sua formazione culturale giovanile).

Successivamente, Gianni aderì al Partito comunista (precisamente nel 1972) suscitando la reazione scherzosa e indispettita di Gino Giugni, il quale si rammaricava di aver prodotto – sono sue parole – «allievi che quasi tutti, forse per fatti edipici o per un fenomeno di cordata, si iscrivevano al PCI»⁽³⁾.

Spiegando il *Metello* di Vasco Pratolini, in un seminario sul lavoro nella letteratura italiana, Gianni confessò l'importanza di quel libro fra le sue letture giovanili, descrivendolo come la cronaca di «un gruppo sociale, di una classe, che acquista coscienza di sé, che non si limita più a soffrire, che non considera il proprio stare male una condanna divina alla quale non ci si può sottrarre», ma come «la conseguenza di una struttura sociale, di un modo di strutturare il processo produttivo dato dalla Storia e che con la Storia si può modificare». E in quella occasione egli citò un verso di Giorgio Gaber che dice: «Qualcuno era comunista perché credeva di poter essere vivo e felice solo se lo erano gli altri»⁽⁴⁾.

È noto, pure, l'impegno di Gianni Garofalo nella Cgil, alla quale egli si è dedicato con sobria, ma intensa passione.

Non è certo un caso che una grande bandiera della Cgil, messa accanto al vessillo dell'Università di Bari, abbia vegliato sulla sua bara, nel corso di una straordinaria commemorazione laica, tenutasi nell'aula magna del nostro Ateneo.

Non è certo un caso che Maurizio Landini, a nome di tutta la confederazione, abbia voluto partecipare al triste evento, portando una testimonianza di grande apprezzamento alla figura di Gianni, ringraziandolo per essere stato un costante punto di riferimento per il sindacato, per es-

⁽³⁾ Mi riferisco alla nota *Intervista a G. Giugni*, in *RIDL*, 1992, I, 411-455, recentemente ripubblicata in P. ICHINO (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008 (la citazione è tratta da 446).

⁽⁴⁾ M.G. GAROFALO, "Metello" di Vasco Pratolini, in R. VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, Bari, 2008, 105-106.

sere stato capace di occuparsi dei problemi del lavoro con straordinario acume e spessore teorico, ma anche con semplicità e vicinanza alle condizioni reali di chi lavora.

Gianni ha vissuto molto la dimensione confederale (in cui credeva profondamente), facendo parte del Direttivo nazionale e della Consulta giuridica della Cgil, alla quale ha dato un importante contributo progettuale. Ed è stato anche, con eguale dedizione, un sindacalista di categoria, occupandosi di Università e Ricerca fino a diventare segretario generale dello SNUR.

Inoltre, il rispetto delle istituzioni è stato un tratto fondamentale del suo impegno universitario. Ha ricoperto numerosi incarichi interni all'Ateneo barese (tra cui quelli di Consigliere d'Amministrazione, Direttore di Dipartimento e, per ultimo, Preside di Facoltà), mai cercandoli ma sempre accettandoli come parte del proprio dovere. Per Gianni, il senso delle istituzioni significava rispetto, non solo delle regole, ma soprattutto delle persone che vi lavorano. Significava saper sempre ascoltare e comprendere gli altri, senza mai risparmiarsi in consigli, suggerimenti e incoraggiamenti, tra una boccata e l'altra alla sua amata pipa.

Non c'era singola questione, grande o piccola che fosse, che egli non affrontasse con attenzione, serietà e coscienza. Potevi trovarlo a occuparsi e a discutere di riforma dell'ordinamento universitario, oppure della sistemazione dei posti auto nel garage di Facoltà, con lo stesso piglio mite e laborioso.

E nelle istituzioni Gianni Garofalo ha vissuto e si è mosso con una trasparenza esemplare, senza mai coltivare interessi personali, portandovi la sua carica di idee e, soprattutto, di valori.

Sono consapevole dell'incompletezza di queste parole. Ma ciascun allievo ha il compito di testimoniare – come può – l'insegnamento del Maestro.

Tengo a freno i ricordi personali. Anzi li riassumo tutti, semplicemente dicendo che Gianni mi ha indicato una strada, aiutandomi costantemente a percorrerla.

E credo mi abbia reso una persona migliore.

*Le relazioni industriali
dopo l'accordo del 28 giugno 2011*

L'accordo 28 giugno 2011 e oltre

Tiziano Treu

Sommario: **1.** Gli antecedenti e le ragioni dell'accordo. – **2.** Il significato dell'intesa nel quadro delle relazioni industriali italiane. – **3.** I contenuti dell'accordo e la misura della rappresentatività sindacale. – **4.** Il coordinamento fra i livelli contrattuali. – **5.** L'esigibilità dei contratti aziendali e le clausole di tregua sindacale. – **6.** Le condizioni per l'efficacia generale dei contratti aziendali. – **7.** I rapporti tra contratto nazionale e contratto aziendale: le intese modificative. – **8.** Il regime transitorio delle intese modificative. – **9.** Le variabili influenti sull'applicazione dell'accordo: le misure di incentivazione della contrattazione di secondo livello. – **10.** L'accordo del 28 giugno e l'articolo 8 del decreto n. 138/2011.

1. Gli antecedenti e le ragioni dell'accordo.

L'accordo siglato il 28 giugno 2011 fra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil sulle regole della rappresentatività sindacale e sulla contrattazione collettiva chiude una stagione di contrasti fra i sindacati e apre una nuova fase. Può essere un passaggio storico verso un sistema di relazioni industriali moderno, sostenibile e utile al Paese.

Questo è un giudizio diffuso fra commentatori e operatori: anche se non mancano precisazioni e critiche ⁽¹⁾. In effetti fin dall'inizio degli anni Novanta le parti sociali hanno ricercato una regolazione concordata delle relazioni industriali, senza successo, fino a oggi.

Il Patto sociale del 1993 conteneva alcune indicazioni utili, ma che erano ancora generiche su alcuni punti critici: i criteri per pesare la rappresentatività dei sindacati; le condizioni dell'efficacia generale dei con-

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

⁽¹⁾ G. ORLANDINI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: molti dubbi e poche certezze*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011; V. BAVARO, *Dubbi e certezze dell'accordo del 28 giugno*, in *Il Diario del lavoro*, 2011; P.G. ALLEVA, *Merito e prospettiva dell'accordo interconfederale 28/6/2011*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2011.

tratti collettivi e quindi della loro “esigibilità”, come si dice oggi, i rapporti fra contratti nazionali e contratti decentrati. Inoltre le indicazioni del 1993 non hanno ricevuto le necessarie specificazioni in atti successivi. Per cui l’auspicio espresso da molti, non solo giuristi, che questo patto costituisse una “carta costituzionale” del nostro sistema è stato in parte smentito. Eppure non sono mancati autorevoli suggerimenti, per renderlo operativo e per aggiornarlo, primo fra tutti quello della Commissione Giugni del 1997. Nello stesso anno la materia ha trovato una regolazione coerente e unitaria nel pubblico impiego, con la tecnica normativa meglio utilizzata nella nostra tradizione: cioè prima l’accordo fra le parti sociali e poi la traduzione in legge, necessaria per rendere le regole efficaci per tutti.

Le regole stabilite per il pubblico impiego nel 1997 hanno mostrato di funzionare fino ad oggi, riducendo la frammentazione sindacale, dando certezza ai contratti e favorendone la stipulazione unitaria da parte dei sindacati rappresentativi ⁽²⁾. Ma le relazioni sindacali nel privato hanno continuato a vivere fino a ieri in una situazione di anomia, cioè di assenza di regole certe. Questa situazione è stata sopportabile finché è durata la pratica dell’unità sindacale di fatto, e finché i contratti sono stati stipulati in condizioni di normalità economica con contenuti sempre “acquisitivi”. Ma è diventata sempre più insostenibile negli ultimi anni in presenza di forti divisioni sindacali su temi decisivi come le scelte necessarie per affrontare le sfide della globalizzazione e della competitività, e per utilizzare a tale fine la contrattazione decentrata su materie nuove e difficili.

La mancanza di regole sulla rappresentatività sindacale è diventata un fattore di crescente incertezza e di rischio per le imprese. I contratti nazionali “al ribasso”, conclusi da sindacati di dubbia consistenza, stanno introducendo forme di concorrenza sleale nel mercato del lavoro già alquanto fragile e irregolare di molti settori, specie di servizi.

La incertezza degli interlocutori sindacali ha effetti particolarmente deleteri nella contrattazione aziendale perché impedisce spesso la ricerca

⁽²⁾ G. DELLA ROCCA, M. RICCIARDI, *Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel pubblico impiego*, in C. DELL’ARINGA, S. NEGRELLI (a cura di), *Le relazioni industriali dopo il 1993*, Franco Angeli, Milano, 2005; G. NATULLO, P. SARACINI, *Vincoli e ruoli della contrattazione integrativa*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; C. RUSSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel settore del lavoro pubblico: i modi e i luoghi di un delicato rapporto fra intervento legislativo e autonomia collettiva*, relazione al seminario su *Rappresentanza e rappresentatività*, Università di Torino, 21 giugno 2011.

di soluzioni innovative, necessarie per la competitività e talora per la sopravvivenza delle imprese. I contrasti sociali esplosi col caso Fiat e le controversie giudiziarie seguite sono indicativi della gravità della situazione, anche se fortunatamente non sono rappresentativi di tutte le relazioni industriali del Paese. Queste in molti casi hanno seguito un corso normale e unitario, nonostante la mancanza di regole per comporre i dissensi fra sindacati.

La tradizionale struttura contrattuale incentrata sul contratto nazionale onnicomprensivo è stata importante per regolare uniformemente le condizioni di lavoro nell'economia (stabile) del passato e per stabilizzare gli andamenti retributivi fino agli anni 2000; ma ha frenato la dinamicità del sistema e ha contribuito a mantenere debole la dinamica salariale, con la conseguente riduzione della quota di reddito spettante al lavoro dipendente. Tale criticità era già segnalata dalla Commissione Giugni, che proprio per questo sollecitava la necessità di rivedere l'accordo del 1993, al fine di potenziare la contrattazione decentrata, indicando specificamente l'ipotesi di una possibile contrattazione in deroga.

2. Il significato dell'intesa nel quadro delle relazioni industriali italiane.

L'accordo del 28 giugno 2011 arriva con anni di ritardo, ma raccoglie le principali indicazioni di riforma del sistema maturate nel periodo. E in effetti l'intesa va letta tenendo conto dei precedenti, cui per vari aspetti si riferisce ⁽³⁾.

Il "merito" dell'accordo è di avere rotto, almeno in principio, la situazione di anomia che ha caratterizzato le nostre relazioni industriali e che ne ha fatto finora un caso unico in Europa. L'intesa è tanto più significativa in quanto è stata raggiunta dalle parti, senza intervento del Governo, e ha coinvolto pienamente la Cgil, riprendendo così, dopo le recenti esperienze di accordi separati, una pratica di unità contrattuale essenziale soprattutto per la definizione delle regole fondamentali del sistema.

Non mancano – come si diceva – le critiche, e le prese di distanza, in particolare da sindacati come la Fiom che hanno duramente contestato

⁽³⁾ F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, 2011, in corso di pubblicazione in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona* e sul prossimo numero di *ADL*.

la recente gestione dei rapporti collettivi da parte delle confederazioni, compresa la Cgil. Ma l'impegno messo da tutte le parti per siglare l'intesa e la loro consapevolezza delle criticità del momento presente e delle conseguenti responsabilità inducono a sostenere che l'accordo potrà avere attuazione e potrà produrre effetti positivi sulle nostre relazioni industriali, avvicinandoci ai modelli dei maggiori Paesi europei.

I contenuti dell'intesa precisano e confermano, con alcune varianti, le linee guida della regolazione del pubblico impiego del 1998 e della bozza di intesa siglata nel 2008 fra le tre maggiori confederazioni (oscurata finora dalle tensioni insorte fra le stesse). Questa era la strada più ragionevole da seguire ed era suggerita anche da esperti, da operatori e dalle maggiori forze politiche, a conferma del consenso che circonda l'intesa.

Fra i contenuti significativi dell'accordo vanno anzitutto segnalate le dichiarazioni di principio contenute nella premessa, che sono alquanto impegnative, "se prese sul serio": cioè la comune volontà di realizzare un sistema di relazioni industriali regolato, in grado di dare certezza e perciò che crei condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni; la sottolineatura che la contrattazione collettiva rappresenta un valore e deve aggiungere risultati alla attività delle imprese, alla crescita di buona occupazione e allo sviluppo da conciliare con il rispetto dei diritti e delle esigenze delle persone; il comune impegno a favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello.

Tali dichiarazioni riflettono una concezione delle relazioni industriali rispondente al modello sociale europeo e adottato in vari Paesi a noi vicini, ma in Italia tutt'altro che acquisita.

3. I contenuti dell'accordo e la misura della rappresentatività sindacale.

Gli aspetti importanti dell'accordo sono molteplici. Un primo punto riguarda i criteri di misurazione e la certificazione della rappresentatività sindacale agli effetti della contrattazione nazionale di categoria. È una clausola distinta dal resto dell'accordo che si riferisce ai rapporti fra i livelli contrattuali e in particolare alla contrattazione aziendale; ma tale clausola costituisce una premessa necessaria di quelle successive.

Ai fini della certificazione, recita l'accordo, «si assumono come base i dati associativi riferiti alle deleghe sindacali – certificate dall'Inps – e ponderati con i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappre-

sentanze sindacali unitarie, da rinnovare ogni tre anni» (e trasmesse dalle confederazioni al Cnel).

La fissazione della soglia ha il significato di una legittimazione reciproca fra le organizzazioni firmatarie, con effetti solo fra le stesse. Non implica alcun obbligo a trattare con i sindacati rappresentativi⁽⁴⁾, come invece è il caso nel settore pubblico per esplicita indicazione legislativa. Nel settore privato viceversa tale obbligo è stato sempre escluso dal nostro legislatore.

Per gli stessi motivi la soglia non ha alcuna incidenza in ordine agli effetti del contratto collettivo. Un accordo in ipotesi concluso con un sindacato che non raggiungesse tale soglia, resterebbe valido (salva la eventuale responsabilità endoassociativa della parte datoriale). Così il contratto collettivo concluso con i sindacati rappresentativi – anche con la maggioranza di questi – non avrebbe effetti *ultra partes*, ma manterrebbe quelli propri del contratto di diritto comune. Né poteva essere diversamente. Un'indicazione che avesse inteso avventurarsi sul terreno dell'*erga omnes* avrebbe incontrato i noti problemi di compatibilità con l'articolo 39 della Costituzione, a differenza di quanto è potuto avvenire nel pubblico impiego⁽⁵⁾. E da tale terreno le parti si sono tenute consapevolmente lontane.

La introduzione della soglia di rappresentatività è rilevante in ordine alle indicazioni successive dell'accordo relative alla contrattazione aziendale. Infatti è dalla contrattazione nazionale stipulata fra gli attori di cui al punto 1) che dipende il decentramento contrattuale a livello aziendale. L'accordo non fa menzione del livello territoriale; del resto esso è estraneo alla tradizione dell'industria manifatturiera, mentre ha invece una significativa presenza nell'edilizia, nell'agricoltura e in alcuni settori dei servizi.

4. Il coordinamento fra i livelli contrattuali.

L'indicazione secondo cui la contrattazione aziendale si esercita nelle materie delegate dal contratto nazionale (oltre che dalla legge), configura un caso tipico di “decentramento organizzato” (secondo la nota

⁽⁴⁾ G. ORLANDINI, *op. cit.*

⁽⁵⁾ Il problema della rappresentanza e dell'efficacia dei contratti collettivi, si pone diversamente nel pubblico impiego a causa della diversa natura del datore di lavoro, cui corrisponde una specifica e più stretta regolazione legale dell'intero sistema contrattuale: F. CARINCI, *Il diritto di sciopero. La nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in *DLRI*, 2009, 415 ss.

definizione di Traxler), cioè controllato dal centro. Questa impostazione trova riscontro con varianti nei precedenti di articolazione contrattuale, da quelli dei primi anni Sessanta all'accordo interconfederale del 1993 fino all'ultimo accordo del 2009.

Queste varianti indicano diverse tecniche di coordinamento fra i due livelli. Esse sono state per lungo tempo più di tipo funzionale che gerarchico.

La formula del patto del 1993 allude a un coordinamento funzionale quando indica che la contrattazione aziendale riguarda materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli (retributivi) propri del contratto nazionale (applicando il c.d. principio del *ne bis in idem*). Ma lo stesso accordo precisa che tale contrattazione si deve svolgere secondo le modalità e negli ambiti di applicazione definiti dal contratto nazionale di categoria: il che contrasta con l'idea della "specializzazione autonoma" praticata negli anni Settanta, e propria del coordinamento funzionale, alludendo a un vero e proprio controllo centrale della contrattazione aziendale.

In realtà a partire dagli anni Ottanta il grado complessivo di autonomia della contrattazione aziendale è andato progressivamente riducendosi. Peraltro l'effettività del coordinamento centrale è stata diseguale nel tempo e non ha mai raggiunto l'intensità propria di altri sistemi come quelli del Nord Europa. Cosicché il nostro sistema contrattuale nel panorama comparato è collocato fra quelli a media centralizzazione⁽⁶⁾.

La tendenza alla centralizzazione si è accentuata nel corso dei decenni successivi, in corrispondenza con le necessità di controllare le dinamiche antinflazionistiche. Di recente è stata enfatizzata ulteriormente dalla pressione della crisi, secondo una regola verificabile spesso nei periodi di difficoltà economica. Si può dire dunque da questo punto di vista che l'intesa del 28 giugno conferma e rafforza una tendenza di lungo periodo. L'uso del termine "delega" piuttosto che del termine "rinvio" non fa che sottolineare la stretta dipendenza del contratto aziendale da quello nazionale. Il fatto che non sia ripetuta la formula del *ne bis in idem* presente nell'accordo del 1993 è irrilevante, in quanto tale formula sarebbe stata sostanzialmente superflua, perché lo stesso vincolo è già insito nel concetto di delega.

La indicazione dell'accordo del 2011 se è politicamente significativa, non è però sostenuta da una strumentazione che le conferisca cogenza giuridico-istituzionale maggiore di quelle del passato. Nel nostro ordi-

⁽⁶⁾ G.P. CELLA, T. TREU, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 2009, 135 ss.

namento vige il principio secondo cui le clausole della contrattazione di livello superiore sono prive di efficacia c.d. reale in ordine ai contenuti della contrattazione decentrata. Il dovere di influenza elaborato dalla dottrina è operante solo dal lato delle associazioni dei datori di lavoro e non dei sindacati dei lavoratori, e ha una debole efficacia giuridica per la difficoltà di collegare alla sua violazione apprezzabili conseguenze di ordine risarcitorio ⁽⁷⁾.

D'altra parte le parti contraenti a livello nazionale sono sempre state restie ad adottare strumenti bilaterali capaci di rafforzare la loro capacità di controllo sulla negoziazione aziendale, quali adottati in altri ordinamenti, in particolare l'obbligo sanzionabile di non esercitare pressione per ottenere risultati negoziali in materie o in termini diversi da quelli definiti nel contratto nazionale. Nell'esperienza di altri Paesi, tale obbligo è riferibile a entrambe le parti e nel caso dei sindacati implica l'impegno di non scioperare per la durata del contratto.

L'accordo del 2011 – come quello del 2009 – non fa eccezione a questa nostra tradizione “astensionistica”; e ciò nonostante la Confindustria abbia a più riprese proposto di introdurre qualche tipo di sanzione per rafforzare le clausole di raccordo fra i livelli contrattuali e per garantire in generale l'esigibilità degli impegni assunti dalle associazioni sindacali.

5. L'esigibilità dei contratti aziendali e le clausole di tregua sindacale.

Una novità significativa è stata peraltro introdotta nell'accordo del 2011 per garantire le esigibilità dei contratti aziendali. Al punto 6) si stabilisce che clausole di tregua sindacale inserite in tali contratti, appunto per assicurarne il rispetto, hanno effetto vincolante per le rappresentanze sindacali dei lavoratori (RSU) e per le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale. Le parti hanno voluto precisare che il vincolo riguarda esclusivamente i soggetti collettivi e non i singoli lavoratori: la formulazione, letteralmente ripetitiva, è stata usata per sottolineare la scelta adottata in un punto altamente controverso da

⁽⁷⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, Utet, Torino, 2008, 184 ss.

sempre nel nostro sistema, e scoppiato, anch'esso, con l'accordo Fiat riguardante lo stabilimento di Pomigliano ⁽⁸⁾.

In questo accordo si sono stabilite sanzioni nel caso di scioperi e di comportamenti lesivi degli impegni assunti dalle parti con una duplice previsione. La prima al punto 14) stabilisce la responsabilità in capo alle organizzazioni stipulanti e alle RSU che non rispettino gli impegni assunti, o rendano inesigibili le condizioni concordate sul piano aziendale. La seconda prevede che la violazione da parte dei singoli lavoratori di clausole dell'accordo, costituisce infrazione disciplinare come tale sanzionabile.

Su questa seconda previsione si sono appuntate le maggiori critiche da parte dei giuristi, compresi quelli non ostili all'accordo Fiat; e ciò in conformità all'opinione prevalente della nostra tradizione secondo cui lo sciopero è un diritto a titolarità individuale non negoziabile, per cui eventuali clausole di tregua possono vincolare solo le associazioni e non i singoli lavoratori ⁽⁹⁾.

L'intesa del 28 giugno ha mostrato di aderire a tale orientamento limitando i destinatari e le responsabilità conseguenti alla violazione degli impegni di tregua. L'indicazione dell'accordo su questo punto è comunque di grande rilevanza in quanto costituisce la prima esplicita sanzione in un documento di livello confederale della possibilità e degli effetti dell'obbligo di tregua.

Anche qui, peraltro, il suo contenuto è assai più politico che giuridico, per due motivi. Anzitutto per la mancanza di indicazioni circa le conseguenze sanzionatorie ricollegabili alla violazione di un eventuale impegno di tregua (del resto non facilmente apprezzabili) ⁽¹⁰⁾. Per altro

⁽⁸⁾ Cfr. in generale R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiano*, in *RIDL*, 2010, 797 ss.; T. TREU, *Le relazioni industriali dopo Pomigliano*, in M. MASCINI (a cura di), *L'annuario del lavoro 2010. Un anno di relazioni industriali*, Il Diario del lavoro, Roma, 2010, 267; L. MARIUCCI, *Note su un accordo singolare*, in *www.lavoce.info*, 21 giugno 2010; F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende FIAT*, in *DRLI*, 2011, n. 130, 2.

⁽⁹⁾ F. CARINCI, *Il diritto di sciopero. La nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, cit.

⁽¹⁰⁾ Peraltro si è sostenuta una diversa interpretazione della norma, secondo cui il termine "violazione" non sarebbe tecnicamente riferibile a comportamenti che costituiscono esercizio del diritto di sciopero: F. LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende FIAT*, cit., 339; R. DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiano*, cit. Ho già avuto modo di rilevare che la concezione dello sciopero come diritto individuale non negoziabile è pur sempre di origine dottrinale e non imposta dalla Costituzione; inoltre non sono mancati opinioni argomentate in senso contrario: T. TREU, *Le relazioni industriali dopo Pomi-*

verso, trattandosi di una clausola contenuta in un accordo confederale, di per sé non può operare con effetti “normativi” diretti sui soggetti (rappresentanze aziendali e associazioni sindacali), destinatari dell’eventuale obbligo di tregua, ancorché aderenti alle confederazioni firmatarie. Del resto la inclusione delle clausole di tregua nei contratti aziendali non è neppure oggetto di direttiva come tale; perché il senso della disposizione è solo di rimarcare la necessità di rispettare gli accordi aziendali, e la possibilità di assumere a tal fine anche l’impegno di astenersi da comportamenti conflittuali che ne possano pregiudicare la tenuta.

Ma questo è un punto cruciale per la tenuta del sistema contrattuale. Il rispetto rigoroso degli impegni assunti infatti è un bene prezioso per le aziende in un’epoca come questa di grandi incertezze e di forte competizione. D’altra parte garantire l’affidabilità di tali impegni da parte del sindacato è una risorsa da spendere, un presupposto di credibilità importante affinché le aziende possano intrattenere rapporti sindacali utili. Che sia così è esplicitamente indicato nella premessa dell’intesa, laddove le parti affermano di perseguire l’obiettivo di un sistema di relazioni industriali regolate in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti contrattuali, ma anche sulla affidabilità e il rispetto delle regole stabilite.

Con tale indicazione il nostro sistema di relazioni industriali acquisisce, sia pur tardivamente, un orientamento comune ad altri ordinamenti sindacali europei: un orientamento che non nega il diritto di sciopero, ma ammette la possibilità che i soggetti collettivi stabiliscano limiti al suo esercizio in vista di contropartite contrattuali. Per questo sono fuori luogo le polemiche ancora presenti nel dibattito italiano circa la legittimità costituzionale di simili accordi. La resistenza del nostro sistema, incluse dottrina e giurisprudenza, ad accettare clausole di tregua, anche nelle varianti che vincolano solo i sindacati, è un riflesso della impostazione fortemente conflittuale delle nostre relazioni industriali. Ma oggi le mutate condizioni del contesto economico mondiale, hanno accresciuto i dubbi sulla sostenibilità di una simile impostazione conflittuale, e di un conflitto industriale sempre più costoso e spesso inefficace. In un contesto economico turbolento e con rapporti di forza precari i sistemi partecipativi hanno maggiori chance di successo per ambedue le parti. Lo confermano le esperienze di Paesi come la Germania che, an-

gliano, cit., 270; U. ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, 581; M. RUSCIANO, *Lo sciopero: disciplina convenzionale e autoregolamentazione nel settore pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1989, 174 ss.

che per questo, oltre che per le sue politiche economiche lungimiranti e innovative, sta reagendo meglio di noi alla crisi. Del resto, il ricorso a pratiche collaborative, pur senza sostegno legislativo, ha permesso anche a molte aziende italiane di ottenere buoni risultati competitivi senza o con limitato ricorso al conflitto ⁽¹⁾.

6. Le condizioni per l'efficacia generale dei contratti aziendali.

Un obiettivo dell'accordo indicato nella premessa, come si diceva, è di dare certezze riguardo ai soggetti, ai livelli e ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva. A tal fine l'intesa affronta direttamente il problema dell'efficacia dei contratti collettivi: un tema irrisolto nel nostro ordinamento sindacale, non affrontato neppure nella bozza interconfederale del 2008, e divenuto via via più critico in presenza di divergenze fra le maggiori confederazioni.

La scelta di concentrarsi sulla efficacia dei contratti aziendali si spiega perché è proprio nella contrattazione aziendale che si presentano i motivi più frequenti di contrasto fra i sindacati. Lo si è visto emblematicamente nel caso Fiat, ma il medesimo problema si può porre in ogni caso in cui le parti sono chiamate a scelte difficili per contemperare le opposte esigenze di competitività delle aziende e di mantenimento delle condizioni di lavoro e dell'occupazione. Per tale motivo l'intesa del 28 giugno ha voluto regolare insieme sia l'efficacia dei contratti aziendali sia le condizioni alle quali tali contratti possono definire intese "modificative" delle regole dei contratti nazionali, per tener conto delle specifiche criticità aziendali. D'altra parte i contratti aziendali sono chiamati, per i loro stessi contenuti, a regolare in maniera uniforme le condizioni di lavoro di tutti i soggetti destinatari. Non a caso la dottrina e la giurisprudenza si sono da tempo esercitate ad argomentare la (possibile) efficacia generale di tali contratti, pur nell'attuale ordinamento sindacale

⁽¹⁾ Ammettere in principio la possibilità di negoziare limiti allo sciopero non implica che qualunque limite sia lecito. Anche le clausole di tregua vanno valutate nel merito dei loro contenuti, con particolare attenzione agli interessi in gioco e al loro bilanciamento. Per questo non si ritengono ammissibili clausole di tregua di carattere assoluto, che obblighino ad astenersi da qualunque sciopero e in qualunque momento. Clausole simili, del resto, non risultano nelle prassi di altri Paesi europei.

di fatto, quindi al di fuori delle strettoie dell'articolo 39 della Costituzione⁽¹²⁾; ma con risultati incerti.

La indicazione dell'intesa su questo punto è coerente con la clausola che prevede il duplice fondamento della rappresentatività e della legittimazione sindacale – quello associativo e quello elettivo. La soluzione concordata presenta peraltro una variante significativa rispetto al precedente del pubblico impiego e anche rispetto alle formule avanzate nei tentativi, contrattuali e legislativi, di regolare la materia reiteratisi negli ultimi due decenni.

L'efficacia generale dei contratti aziendali «per tutto il personale in forza e per tutti i sindacati firmatari», come si esprime l'accordo⁽¹³⁾, è prevista all'avverarsi di due diverse condizioni: la approvazione dalla maggioranza dei componenti delle RSU (elette secondo le regole interconfederali vigenti); la approvazione da parte di RSA, costituite *ex* articolo 19 Statuto dei lavoratori nell'ambito di associazioni sindacali, che singolarmente o insieme ad altre, siano destinatarie della maggioranza delle deleghe sindacali conferite dai lavoratori nell'azienda (nell'anno precedente). In tale seconda ipotesi i contratti aziendali devono essere sottoposti al voto dei lavoratori promosso dalle rappresentanze aziendali, a seguito di richiesta di almeno una organizzazione firmataria dell'accordo o almeno del 30% dei lavoratori dell'impresa.

Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto e l'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti (un *quorum* significativamente basso)⁽¹⁴⁾. Questa soluzione è innovativa perché trasferisce e rende operativi i due fondamenti della rappresentanza – associativo ed elettorale – all'interno del percorso di conclusione e del meccanismo di efficacia dei contratti aziendali. Nel precedente del pubblico impiego la

⁽¹²⁾ M. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003; F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, Relazione al congresso Aidlass, 2011, di prossima pubblicazione in *GDLRI*.

⁽¹³⁾ Cha l'efficacia sia effettivamente generale è discutibile, a meno che non si consolidi la tesi sopra citata, che ha "reinterpretato il diritto vivente", riconoscendo comunque tale valore estensivo ai contratti aziendali (F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit.). Ma quella tesi si era sviluppata in periodi e sul presupposto dell'unitarietà del consenso sindacale: non è sicura in presenza di dissensi espliciti fra sindacati, come mostrano le prime sentenze dei giudici sugli accordi Fiat.

⁽¹⁴⁾ Secondo G. ORLANDINI, *op. cit.*, non è chiaro cosa accade se l'esito del referendum è positivo, se ciò impegni i loro firmatari ad aderire al contratto (conclusione a mio avviso dubbia).

titolarità della contrattazione era poggiata *in primis* sulle RSU e in mancanza, o in affiancamento, sui sindacati territoriali ⁽¹⁵⁾.

Questa nuova capacità negoziale attribuita alle RSA è bilanciata, proprio per tener conto di entrambi i fondamentali della rappresentanza, dal ricorso alla consultazione dei lavoratori, sia pure soggetta a precise condizioni (la parola referendum non è usata, ma di questo si tratta).

Si è adottata una soluzione di compromesso, tanto più significativa in quanto risolve una delle questioni più difficili nella travagliata storia della materia. Infatti, proprio su questo tema si erano arenati i passati tentativi di definire le condizioni di efficacia dei contratti, dalle prime proposte di Giugni a quelle più recenti del disegno di legge Gasperoni (XIII legislatura).

Specificazioni importanti e dettagliate sui percorsi di perfezionamento e di verifica democratica degli accordi sono contenute nel testo allegato all'intesa, che riprende prassi precedenti, variamente testate (e le indicazioni della bozza di accordo del 2008). Per gli accordi interconfederali si prevede che le piattaforme presentate unitariamente dalle segreterie, dibattute nei direttivi, siano sottoposti alla consultazione dei dipendenti e dei pensionati (specificazione importante perché i contenuti di tali accordi riguardano spesso anche materie previdenziali), che le trattative sono condotte con il costante coinvolgimento degli organismi confederali e con verifiche assembleari, quindi che le ipotesi di accordo ripassino presso gli stessi organismi direttivi, previa consultazione certificata fra tutti i lavoratori e i pensionati, come già avvenuto nel 1993 e nel 2007.

Per i contratti di categoria si assume l'impegno per conto delle federazioni competenti le quali dovranno regolare il percorso per la costruzione delle piattaforme e per l'approvazione delle ipotesi di accordo, così da coinvolgere sia gli iscritti sia i lavoratori ed eventualmente prevedere verifiche per approvazione degli accordi con il coinvolgimento di tutti i lavoratori, in caso di rilevanti divergenze interne alle delegazioni trattanti (quest'ultima formula è più generica di quella prevista per l'approvazione degli accordi interconfederali).

Se il potere negoziale delle RSA è un punto di sofferenza per la Cgil, il ricorso al referendum lo è specie per la Cisl, che lo considera non solo estraneo alla propria concezione associativa del giudicato, ma politicamente pericoloso per il funzionamento della democrazia rappresentativa che implica la piena autorità del sindacato di negoziare in base alla delega conferita dai lavoratori di rappresentarli ai tavoli contrattuali.

⁽¹⁵⁾ C. RUSSO, *op. cit.*

Il valore dell'intesa si basa su questo delicato equilibrio. La sua effettività dipende più che mai dal rigoroso rispetto delle sue condizioni, dalla diffusione delle RSU (un impegno reiterato nella bozza del 2008), dalla regolarità e la trasparenza delle loro elezioni e, nel caso di presenza di RSA, dalla loro autorevolezza e capacità di convergenza negoziale. Del resto l'intera intesa punta sull'effettività degli impegni, a cominciare da quelli riguardanti l'applicazione dei contratti aziendali. Infatti la efficacia di cui parla l'accordo è generale per chi lo ha firmato, non per organizzazioni diverse, in mancanza di una legge sull'*erga omnes*.

Inoltre l'attuale configurazione dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, dopo il referendum abrogativo della lettera *a*, presenta possibili controindicazioni, se non dubbi di costituzionalità, in quanto può escludere dalla fruizione dei diritti sindacali, diritti sindacali, organizzazioni di fatto presenti e rappresentate in azienda ma non firmatarie di accordi ivi applicati (la questione è esplosa anche questa in seguito agli accordi Fiat). La criticità non è risolvibile giuridicamente, salvo pronunce della Corte costituzionale, o modifiche legislative. Può essere superata solo da una prassi rinnovata di unità sindacale di azione che comprenda anche la Fiom.

7. I rapporti tra contratto nazionale e contratto aziendale: le intese modificative.

Un altro punto controverso affrontato dall'intesa riguarda la possibilità che i contratti aziendali definiscano intese modificative delle regole contenute nei contratti nazionali. Il riferimento è ai c.d. accordi in deroga, anche se il termine non è utilizzato e i contraenti hanno preferito quello più neutro di intese modificate.

Le parti hanno precisato che si tratta di intese specifiche di articolazione contrattuale, mirate ad assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi, anche in via sperimentale e temporanea, da attuarsi nei limiti e con le procedure previste negli stessi contratti nazionali. Questa parte dell'accordo dà risposta a una delle questioni più dibattute negli ultimi anni, non solo in Italia, importanti per l'equilibrio dei sistemi contrattuali e per la loro capacità di rispondere

alle pressioni competitive cui sono soggette le imprese e quindi i rapporti di lavoro al loro interno ⁽¹⁶⁾.

Clausole simili di deroga, o di apertura come si definiscono in Germania, si sono diffuse, con varianti, in gran parte dei Paesi europei ⁽¹⁷⁾.

La regola sulle deroghe stabilita dall'intesa del 28 giugno completa in modo simmetrico quella sul principio di delega: questo principio serve a controllare in generale l'ambito delle materie negoziabili, a livello aziendale, la clausola di deroga precisa che il contratto aziendale può operare non solo nel senso tradizionale, integrativo e additivo al contratto nazionale, ma anche in senso modificativo e "peggiorativo". In entrambi i casi la regolazione e il controllo fanno capo al contratto nazionale, ma le funzioni del controllo sono diverse. Il primo tipo di clausole mira a calmierare le dinamiche contrattuali secondo un'esigenza propria dei periodi di crescita, esposti a spinte inflazionistiche; il secondo apre la strada a un'adattabilità del sistema contrattuale a esigenze proprio di periodi di crisi.

Per questo aspetto l'intesa del 2011 presenta una differenza significativa rispetto all'accordo del 2009: infatti questo non si limita a indicare casi e materie degli accordi modificativi come fa l'intesa più recente, ma richiede che le deroghe siano autorizzate da parte dei contraenti della negoziazione nazionale di categoria su richiesta degli attori aziendali. Si tratta di un duplice meccanismo di controllo particolarmente stringente, a quanto mi consta senza riscontro altrove. In ogni caso tali soluzioni esprimono in modo diverso l'obiettivo di realizzare un decentramento controllato, comune ad altri sistemi caratterizzati da un duplice livello di contrattazione, predisposto per conciliare le spinte alla diver-

⁽¹⁶⁾ Queste pressioni hanno investito tutti i sistemi contrattuali, non solo quelli europei ma anche quelli anglosassoni e degli Usa, che sono privi di una struttura di contrattazione nazionale e di una regolazione contrattuale e legale di carattere generale e tendenzialmente rigida. Nell'assetto fortemente decentrato della contrattazione di quei Paesi la pressione concorrenziale si è scaricata direttamente sulle singole aziende, senza le difese e i condizionamenti rappresentati in Europa operano delle regole generali di legge e di contratto (L. BORDOGNA, *Concession bargaining e tendenze recenti nelle relazioni industriali USA*, in *Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1985, n. 26). Una situazione simile si verificherebbe anche in Italia se cadesse il sistema di contrattazione nazionale, come ipotizzato da alcuni.

⁽¹⁷⁾ T. TREU, *Le relazioni industriali nell'era della globalizzazione: accordi in deroga in Europa e la sfida ai sistemi contrattuali*, in *QRS*, 2011, I, 53 ss.; A. HASSEL, *The erosion of the German System of Industrial Relations*, in *British Journal of Industrial Relations*, Spring 2010, n. 2; T. HAIPETER, *Unbound' employers' associations and derogations: erosion and renewal of collective bargaining in the German metalworking industry*, in *Industrial Relations Journal*, March 2011, vol. 42, issue 2, 174-194.

sificazione delle condizioni di lavoro, con il mantenimento di un una cornice generale definita dal centro.

In una prospettiva di sistema il mantenimento di un quadro contrattuale di categoria, sia pure derogabile, costituisce una salvaguardia contro le tendenze centrifughe nella regolazione dei rapporti di lavoro o, peggio, contro la rottura *tout court* delle regole del sistema contrattuale. In questo la esperienza europea si distingue da quella anglosassone, dove in mancanza di un quadro di regole nazionali, le forme di *concession bargaining* si sono moltiplicate nelle aziende colpite dalla crisi con contenuti spesso fortemente riduttivi delle condizioni di lavoro e salariali legati alle specifiche capacità di resistenza delle singole imprese ⁽¹⁸⁾.

Peraltro il ricorso alle deroghe può introdurre un cambiamento nella natura della contrattazione collettiva. Si è arrivati a sostenere che questa perderebbe il carattere di strumento regolativo in senso stretto per assumere il valore di indicazione di quadro o di riferimento, modificabile in direzioni più o meno favorevoli ai lavoratori ⁽¹⁹⁾. Questa indicazione è forse eccessiva; ma certo lo schema tradizionale della contrattazione è messo direttamente in discussione. E sta alle parti sociali ridefinirne le condizioni.

Il problema è presente in tutti i sindacati europei. Così si spiega come questi, a cominciare dal forte sindacato tedesco, abbiano in generale ri-

⁽¹⁸⁾ L'esperienza delle clausole di apertura nei Paesi europei è alquanto diversificata per contenuti e per esito. I contenuti prevalenti riguardano l'orario e le forme di organizzazione del lavoro, correlate alla diversificazione delle condizioni produttive, e alle necessità di innovazioni e ristrutturazioni. L'intervento sugli orari è a sua volta diversificato, perché risponde sia all'esigenza di promuoverne la flessibilità sia alla necessità di aumentarne la durata (tramite per lo più il ricorso agli straordinari) in controtendenza rispetto a quanto avvenuto nei decenni passati. Un contenuto frequente di questi accordi riguarda la definizione di periodi di orario ridotto, intesi a ridurre l'impatto occupazionale delle crisi con forme di compensazioni salariale a carico sia dei sistemi previdenziali, sul tipo della nostra Cig, sia delle parti datoriali. In questo come in altri casi, le clausole di apertura, anche se negoziate in sede bilaterale dalle parti contraenti, sono accompagnate da interventi mediatori e di sostegno del potere pubblico (quindi hanno carattere sostanzialmente trilaterale) e talora da programmi di riqualificazione professionale dei lavoratori interessati. Le clausole riguardanti la retribuzione hanno avuto una diffusione più recente legata alle pressioni della crisi, anche qui con significative varianti: da quelle che riguardano la riduzione o la soppressione di elementi accessori del salario, al differimento di aumenti previsti dai contratti nazionali, a vere e proprie riduzioni salariali, per lo più riferite ai lavoratori neoassunti; e per altro verso all'allargamento dei differenziali salariali, anche qui in controtendenza con i precedenti.

⁽¹⁹⁾ J. VISSER, *Recent trends and persistent variations in Europe's industrial relations*, Dutch Social and Economic Council, EIRO, 2004, in www.ser.nl.

tenuto di avvallare le contrattazioni in deroga, senza le lacerazioni verificatesi nella nostra esperienza, ritenendole una riforma dall'interno della contrattazione nazionale, alternativa all'uscita delle imprese dal sistema contrattuale e a una deregolazione incontrollata del mercato del lavoro. Valutazioni simili sono alla base della soluzione raggiunta anche dalle nostre parti sociali e del controllo che esse hanno voluto mantenere sul decentramento in genere e sulle deroghe in specie. L'innovazione è indubbia, ma garantisce che la contrattazione decentrata rimanga all'interno del sistema di contrattazione nazionale, escludendo quindi le ipotesi pure avanzate, ad esempio da Federmeccanica, di accordi aziendali sostitutivi del contratto nazionale.

Il giudizio degli osservatori è peraltro controverso: alla tesi che tale prassi avrebbe permesso una buona tenuta del sistema contrattuale tedesco ⁽²⁰⁾, si contrappongono valutazioni critiche secondo cui essa starebbe realizzando una irreversibile erosione di quel sistema ⁽²¹⁾.

8. Il regime transitorio delle intese modificative.

L'intesa del 28 giugno non definisce specificamente le condizioni e gli oggetti delle possibili deroghe, affidando tale compito alla contrattazione di categoria secondo una regola comune nella nostra tradizione circa i rapporti fra contrattazione interconfederale e contratti di categoria.

L'accordo contiene peraltro un'indicazione transitoria in base alla quale in attesa delle regole dei contratti nazionali di categoria, si ammette la possibilità di accordi aziendali modificativi per gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico e occupazionale dell'impresa, relativamente agli istituti del contratto nazionale riguardanti la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro.

Il regime transitorio è diverso e più restrittivo rispetto alla normativa a regime quanto ai soggetti stipulanti, perché la titolarità a concludere le intese modificative attivabili subito è attribuita dalle rappresentanze

⁽²⁰⁾ T. HAIPETER, *op. cit.*; T. KIKLAUER, *Stability in Germany's Industrial Relations. A critique on Hassel's Erosion Thesis*, in *British Journal of Industrial Relations*, June 2002, 295-308.

⁽²¹⁾ A. HASSEL, *The erosion of the German system of industrial relations*, in *British Journal of Industrial Relations*, vol. 37, n. 3, 483-505, 1999, A. HASSEL, *The erosion of the German System of Industrial Relations*, cit.; W. STREECK, *Re-forming capitalism: Institutional Change in the German Political economy*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

sindacali operanti in azienda d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria firmatarie dell'intesa del 28 giugno. La differenza con il percorso inaugurato da questa intesa è netta perché non prevede né l'intervento delle RSU né il principio di maggioranza e neppure il ricorso al referendum confermativo ⁽²²⁾, richiedono invece l'intesa fra RSA e organizzazioni sindacali territoriali, quindi in definitiva l'unanimità.

Le due ipotesi previste per la fase transitoria corrispondono a quelle presenti nell'accordo interconfederale del 2009; sono simili alla prassi di accordi in deroga comune in altri ordinamenti e presenti in passato nel nostro sistema, ancorché in via di fatto, cioè al di fuori di esplicite previsioni della contrattazione nazionale: mi riferisco agli accordi aziendali o territoriali conclusi negli anni Novanta in corrispondenza all'avvio di patti territoriali o contratti d'area, condivisi allora anche dalla Cgil, (talora senza essere esplicitamente avallati). Le possibili materie oggetto di accordi modificativi sono viceversa indicate con formula alquanto ampia, tale da comprendere potenzialmente l'intera regolazione del rapporto di lavoro, compresa la materia retributiva ⁽²³⁾.

Il precedente più significativo è quello dell'intesa fra Federmeccanica, Fim Uilm, Ugl e Fismic, conclusa il 29 settembre 2010 in risposta alla intenzione dichiarata dalla Fiat di denunciare il contratto nazionale dei metalmeccanici (e di uscire dalla Confindustria) ⁽²⁴⁾.

Tale intesa esclude dalle materie derogabili i minimi tabellari, gli aumenti periodici di anzianità e l'elemento perequativo, nonché i diritti derivanti da norme inderogabili di legge. Per di più precisa che le deroghe debbano essere temporanee a segnalare la tendenziale eccezionalità di tali accordi. Una simile limitazione non è prevista nell'intesa del 28 giugno, ove la "temporaneità" delle modifiche è indicata solo come eventuale. In realtà una indicazione temporale si desume dalle ipotesi che giustificano le deroghe, gestione di crisi e investimenti per lo sviluppo, anche se la formula indiretta usata segnala che l'ambito della temporaneità non può intendersi in modo rigido.

⁽²²⁾ Osserva F. CARINCI, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, cit., che *hic et nunc* esiste e può essere esercitato un potere di veto (di ogni sindacato), passaggio rivelatosi probabilmente necessario per dare semaforo verde a un istituto così controverso, come l'accordo in deroga.

⁽²³⁾ V. BAVARO, *op. cit.*

⁽²⁴⁾ Sono in parte diverse le indicazioni dei contratti del settore chimico e tessile, firmati anche da Cgil, che pure prospettano la possibilità di accordi decentrati modificativi.

Una indicazione simile si riscontra nelle esperienze straniere: mentre nelle forme originarie, ancora riprodotte in molti testi, esse sono previste come eccezionali e temporanee, con riferimento a termini precisi o al superamento delle situazioni di crisi, la evoluzione dei loro contenuti prefigura una potenziale ricorrenza nel tempo, se non una vera e propria stabilità e normalità.

Analogamente diversificate, in dipendenza dagli stessi caratteri, si presentano le condizioni richieste nei vari sistemi per la attivazione delle deroghe. La contropartita più ricorrente di tali clausole, come dei contratti di concessione, comprende forme di garanzia occupazionale, prevalentemente di carattere difensivo. L'obiettivo è di allargare gli spazi di flessibilità interna nell'uso della manodopera, tramite variazioni di orario e organizzative, per evitare l'alternativa della flessibilità esterna, cioè dei licenziamenti.

Nei sistemi e nelle aree dove la presenza sindacale è più diffusa, la attivazione delle deroghe sono condizionate all'approvazione o quanto meno alla consultazione dei sindacati, quelli locali come in Belgio e Danimarca, o quelli nazionali come nel caso italiano. L'effettività dei controlli sindacali dipende largamente dalla capacità dei rappresentanti sindacali di incidere sulle circostanze specifiche e può variare secondo l'autorevolezza e i tipi delle rappresentanze aziendali. In sistemi come quello tedesco, con un canale doppio di rappresentanza, cioè con rappresentanze dei lavoratori in azienda distinte dalle organizzazioni sindacali, ancorché ad esse legate, la pressione delle crisi spinge spesso le prime ad agire con ampi margini di autonomia, cioè a concordare deroghe senza l'approvazione ufficiale delle seconde, e talora oltre i propri poteri formali, che non sono strettamente negoziali. In altri casi la stessa pressione induce alla introduzione di deroghe ai contratti nazionali per iniziativa unilaterale dell'impresa.

Non mancano formulazioni più ampie secondo cui le deroghe possono riguardare non solo situazioni di crisi aziendale specificamente accertabili, ma possono essere invocate anche da imprese profittevoli per reagire alle minacce alla loro competitività futura e per evitare delocalizzazioni (tale è la situazione presentatasi negli accordi Fiat). È significativo – anche in riferimento a simili ipotesi e per circoscriverne la portata – che l'intesa del 28 giugno richiede come condizione degli accordi modificativi che la loro conclusione sia comunque giustificata dalla presenza di investimenti significativi dell'impresa.

In base a tale disposizione transitoria la conclusione di accordi modificativi è resa immediatamente praticabile alle condizioni previste: men-

tre spetterà ai prossimi rinnovi della contrattazione di categoria di prevedere ulteriori e diverse modalità.

9. Le variabili influenti sull'applicazione dell'accordo: le misure di incentivazione della contrattazione di secondo livello.

Le indicazioni innovative dell'accordo sono suscettibili di sviluppi diversi a seconda di variabili sia interne alle dinamiche sindacali sia di contesto.

La buona gestione del decentramento e delle deroghe non è garantita dalle previsioni contrattuali ma dipende, come si diceva, dalla autorevolezza delle rappresentanze sindacali in azienda, dalla qualità dei rapporti sindacali presenti nell'impresa, dalla partecipazione e dal consenso che le parti essi riescono a esprimere. Infatti nei sistemi centro-europei le vicende degli accordi sono largamente influenzati dall'unità del sindacato, dalla coesione sociale, dal carattere partecipativo di quegli ordinamenti; fattori che permettono di controllare contenuti e ambiti di operatività della contrattazione aziendale.

Queste condizioni sono talora presenti anche nella nostra esperienza, come mostra il fatto che le aziende ove si sono praticate forme diffuse di coinvolgimento dei lavoratori e del sindacato, sono riuscite ad affrontare situazioni di crisi e di sviluppo con relativo successo e senza i traumi registrati alla Fiat. Le ricerche disponibili segnalano d'altra parte l'importanza dei fattori esterni alle relazioni industriali, in particolare riguardanti le politiche pubbliche. Non a caso il bilancio di queste esperienze e in genere la situazione delle relazioni industriali sono diversi nei Paesi dove sono prevalsi orientamenti liberisti e in quelli che hanno adottato politiche pubbliche riformatrici ⁽²⁵⁾.

Non mancano casi di successo in cui gli accordi in deroga, e in generale i patti per l'occupazione e la competitività (Pec), hanno dato origine a scambi a somma positiva; in quanto i sacrifici richiesti ai lavoratori hanno avuto come contropartita effettive garanzie occupazionali da parte delle imprese, e in alcuni casi hanno favorito la ripresa della occupazione e miglioramenti della competitività aziendale. Ma le valutazioni non sono univoche, come si è visto sopra. C'è chi osserva che queste

⁽²⁵⁾ R. HYMAN, *Social dialogue and industrial relations during the economic crisis: Innovative practices or business as usual?*, ILO, 2010, Working Paper n. 11.

esperienze creative sono relativamente limitate; come si è detto «the high road is not too busy»⁽²⁶⁾.

In gran parte dei casi le soluzioni accettate dal sindacato sono risultate prevalentemente difensive. Al di là delle formulazioni, gli stessi Pec (patti per l'occupazione e per la competitività) hanno spesso rappresentato una variante dei contratti di concessione motivati dall'urgenza di prevenire o ridurre perdite occupazionali. Per di più la dichiarata temporaneità delle deroghe è legata all'assunto, tutto da verificare, che la crisi sia un fenomeno temporaneo, cui si possono dare risposte temporanee.

L'ultimo punto dell'accordo (il n. 8) conferma la tradizionale richiesta sindacale al governo di rendere strutturali le misure di incentivazione della contrattazione di secondo livello che preveda aumenti retributivi variamente misurati. A tale indicazione si riferisce con esplicita menzione dell'accordo del 28 giugno, l'articolo 26 della manovra economica approvata di recente dal parlamento decreto legge n. 98/2011. Questo articolo ribadisce la previsione della tassazione agevolata del salario e dello sgravio dei contributi dovuti da lavoratori e datori di lavoro sui premi previsti da accordi aziendali o territoriali sottoscritti da organizzazioni comparative più rappresentative del quadro nazionale (si usa qui la formula tradizionale). Ma l'impegno vale ancora una volta per un solo anno (il 2012) e sarà finanziato entro il 31 dicembre 2011, nei limiti delle risorse stanziare.

10. L'accordo del 28 giugno e l'articolo 8 del decreto n. 138/2011.

L'accordo del 28 giugno ha mostrato la capacità delle maggiori confederazioni di reagire a condizioni particolarmente difficili con una decisione e un'unità che sembravano improbabili a molti.

L'impatto che l'intesa saprà esercitare sul futuro delle nostre relazioni industriali è legato alle variabili appena ricordate. Sarà misurato anzitutto sul piano dell'effettività⁽²⁷⁾, cioè della capacità degli attori ai vari

⁽²⁶⁾ *Ibidem.*

⁽²⁷⁾ Il principio di effettività è stato più volte invocato per supplire alla mancanza di indicazioni legislative circa l'efficacia giuridica dei contratti collettivi: da ultimo A. PANDOLFO, A. CONSOLINI, *Applicazione del ccnl come condotta antisindacale*, in *DPL*, 2011, 422, 1279 ss., in riferimento al contratto collettivo separato dei metalmeccanici del 2009 per sostenere che questo contratto deve ritenersi sostitutivo del precedente (unitario) del 2008. L'efficacia "persuasiva" dell'accordo del 28 giugno sulle dinamiche contrattuali è affermata anche da M. MAGNANI, in *28 giugno 2011:*

livelli di sostenere coerentemente l'applicazione e di estenderla alle diverse situazioni contrattuali italiane.

Gli eventi successivi agli accordi del 2009 e del 2011 hanno fornito indicazioni diverse in ordine all'applicazione delle intese. I rinnovi dei contratti nazionali di categoria si sono susseguiti con regolarità (maggiore che in passato) senza grandi conflitti, e sono stati firmati unitariamente dai sindacati con le due eccezioni del contratto dei metalmeccanici e del commercio.

I nuovi contratti presentano variazioni dei contenuti economici, soprattutto nella loro costruzione e destinazione nel tempo, ma non tali da stravolgere le linee guida dell'accordo del 2009. In tal modo al contratto nazionale è stato riconfermato il ruolo di strumento centrale del sistema per la tutela del potere d'acquisto e per la definizione delle regole base comuni, valide per tutta la categoria. Non hanno avuto invece seguito finora i propositi indicati nello stesso accordo del 2009 di sfoltire il numero pletorico dei contratti e di alleggerirne i contenuti per lasciare spazio alla contrattazione decentrata.

Lo sviluppo del livello contrattuale decentrato, specie aziendale, perseguito come obiettivo principale dalle parti sindacali, specie da Cisl e Uil, ha dovuto fare i conti con l'imperversare della crisi economica che ha ridotto i margini economici delle aziende per accordi "acquisitivi" e ha impegnato le parti soprattutto nella difficile gestione di processi di ristrutturazione e nella definizione di "accordi in deroga" del contratto nazionale, spesso implicanti modifiche peggiorative rispetto alle condizioni di lavoro previgenti.

Le polemiche e le controversie giuridiche hanno avuto come epicentro le iniziative della Fiat, con i vari accordi in deroga di Pomigliano e di Mirafiori, contestati dalla Fiom; ma, com'era prevedibile, hanno investito l'intero equilibrio del sistema definito nel 2009 e dello stesso contratto nazionale.

La vertenzialità giudiziaria su queste vicende è senza precedenti nella storia delle nostre relazioni industriali, finora sottratte quasi completamente a interventi della magistratura. I giudizi provocati ad iniziativa del sindacato Fiom hanno sollevato questioni di carattere generale circa l'efficacia dei contratti collettivi che erano finora rimaste fuori dall'orizzonte pratico del nostro sistema se non del tutto teorico.

Le implicazioni si sono manifestate in tutta la loro criticità in quanto le decisioni finora intervenute hanno palesato divergenze di fondo su tutti

come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto, che segue in q. Fascicolo.

gli aspetti del tema, ponendo così una pesante ipoteca sui fragili equilibri raggiunti con gli accordi interconfederali.

L'incertezza giuridica resa evidente dalle sentenze sul caso Fiat ha motivato le sollecitazioni provenienti da più parti al legislatore ad intervenire in materia. In un primo momento tali sollecitazioni sono rimaste inascoltate dal governo, che ha più volte ribadito la volontà di non prendere l'iniziativa se non su richiesta espressa dalle parti sociali. Tale orientamento è bruscamente cambiato a seguito dell'emergenza finanziaria che ha costretto l'esecutivo alla manovra d'urgenza contenuta nel decreto n. 138 del 13 agosto 2011. Non posso qui esaminare il contenuto del decreto che è stato approvato mentre questo scritto era già in bozze, ed è all'esame del Parlamento.

Mi limito ad alcuni cenni sull'articolo 8, intitolato *Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità*, che riveste una vera e propria rilevanza di sistema.

Il sostegno legislativo si rivolge alla contrattazione di secondo livello, aziendale, ma anche territoriale; e già questa è una novità. Nel comma 1 dell'articolo il sostegno si sostanzia nella attribuzione agli accordi collettivi di tale livello di efficacia generale nei confronti di tutti i lavoratori interessati; ciò a condizione che gli accordi siano conclusi da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle loro rappresentanze operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti (nella versione del testo presentata all'aula del Senato sono state aggiunte anche le associazioni rappresentative «sul piano territoriale»).

Questo primo comma dell'articolo 8 introduce nel sistema una innovazione di grandissimo rilievo, che risolve una questione, quella dell'efficacia generale dei contratti collettivi, su cui si sono affaticate da decenni dottrina e giurisprudenza.

Anche in passato l'attenzione dei giuristi e interventi specifici del legislatore si sono diretti soprattutto a sostenere l'efficacia generale dei contratti aziendali; perché l'ostacolo dell'articolo 39 Cost. è stato ritenuto più facilmente aggirabile per questi contratti che non per quelli di categoria. Ma gli argomenti utilizzati per giustificare l'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali non sono estendibili ai contratti territoriali che pure sono considerati al comma 1⁽²⁸⁾. Si apre dunque qui un dubbio di costituzionalità, di cui non è chiaro se il legislatore sia stato consapevole o non abbia voluto tener conto.

⁽²⁸⁾ Rimando per le motivazioni alla larghissima letteratura in proposito: da ultimo F. LUNARDON, *op. cit.*

L'articolo 8, comma 1, si riferisce a intese «finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività».

Si tratta di una elencazione di obiettivi che rinvia a contenuti propri della contrattazione decentrata, compresi, ma non solo, gli accordi in deroga («specifiche intese» è il termine usato dall'accordo 28 giugno 2011 per indicare tali accordi).

L'elenco è così generico da ricomprendere pressoché qualunque contenuto contrattuale, e quindi risulta di scarso rilievo definitorio. Se così non fosse bisognerebbe ritenere che accordi non finalizzati agli obiettivi indicati resterebbero privi di efficacia generale e operanti secondo le tradizionali regole privatistiche. Ma mi sembra una conclusione poco plausibile, anche in un contesto legislativo così confuso come l'attuale.

Probabilmente – ma il dubbio è d'obbligo – l'indicazione di questi obiettivi ha il valore di generica premessa rispetto ai contenuti più pregnanti del comma 2, dove si indicano le materie che la contrattazione di prossimità può regolare, anche in deroga alle norme di legge. Ritengo che sia una premessa generica perché non mi sembra, neppure qui, possibile attribuirvi il valore di condizione necessaria per riconoscere ai contratti in questione il potere di regolare le materie di cui al comma 2.

Secondo l'articolo 8, comma 1, i soggetti abilitati a stipulare gli accordi in questione sono di due tipi. Il primo agente negoziale è indicato con la formula tradizionale «associazione di lavoratori comparativamente più rappresentative». Ma la norma riferisce la misura di tale rappresentatività non solo alla dimensione nazionale, finora utilizzata dalla normativa in materia, ma anche alla dimensione territoriale. La introduzione di questo nuovo criterio di misura ⁽²⁹⁾ implica un cambiamento radicale del senso della rappresentatività. La dimensione nazionale è stata tradizionalmente richiesta per individuare soggetti sindacali in grado di esprimere nelle loro scelte interessi dell'intera comunità nazionale, secondo l'orientamento generalista tendenzialmente proprio del nostro sindacalismo.

Il riferimento a una rappresentatività territoriale, sollecitata in particolare dalla Lega Nord, sembra ricollegarsi alla ispirazione federalista che

⁽²⁹⁾ Un precedente (l'unico) è costituito dall'art. 7, comma 2, del c.d. collegato lavoro (l. n. 183/2010), peraltro di portata circoscritta in quanto la rappresentatività territoriale è qui rilevante limitatamente alla contrattazione in materia di orario di lavoro dei marittimi.

dovrebbe così estendersi dall'ambito delle politiche e delle amministrazioni pubbliche a quello delle relazioni industriali. Ma, a prescindere dalle incertezze e dalle controversie tuttora esistenti circa il senso del nostro federalismo, le soluzioni ricercate in ordine alla sua accezione istituzionale non sono trasferibili meccanicamente nel sistema contrattuale: tanto meno secondo indicazioni generiche come quelle dell'articolo 8, comma 1.

Il federalismo istituzionale presuppone una definizione condivisa nell'intero ordinamento circa gli ambiti, i poteri e gli obblighi delle diverse autonomie territoriali, salvo adottarne una versione separatista estranea alla nostra Costituzione.

Il riferimento dell'articolo 8 alla rappresentatività territoriale, invece è del tutto indeterminato e privo di criteri orientativi, per cui questa rappresentatività può essere espressione di ambiti territoriali variabili, anche molto circoscritti (provincia, comune, oppure ambiti più ristretti), senza nessun ancoraggio a dimensioni significative alla stregua di parametri riconoscibili e accettati. Il che presenta il rischio di una frammentazione arbitraria del sistema delle relazioni industriali e può legittimare il potere negoziale di organizzazioni portatrici di interessi particolaristici e micro corporativi.

Proprio per evitare tale rischio anche la legittimazione degli agenti negoziali a livello aziendale è stata tradizionalmente ancorata nel nostro ordinamento al loro legame, variamente configurato, con soggetti rappresentativi esterni (di carattere nazionale).

Il legame con le organizzazioni sindacali esterne all'azienda (nazionali o territoriali) è confermato dall'articolo 8, comma 1, per quanto riguarda il secondo tipo di agenti negoziali abilitati a concludere gli accordi in questione, cioè le rappresentanze sindacali operanti in azienda.

È peraltro da notare che la rappresentatività attribuita dalla norma alle associazioni sindacali non è qualificata dalle condizioni previste dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (soglia minima del 5% calcolata su iscritti e voti delle associazioni e certificazione degli iscritti). Infatti il richiamo all'accordo del 2011 è operato solo con riferimento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda e non con valore generale tale da potersi riferire anche alla rappresentatività dei sindacati esterni. È una sfasatura interna la norma, non facilmente correggibile in via interpretativa; anche se è poco giustificabile in rapporto al senso complessivo dell'intervento legislativo che ha voluto valorizzare l'accordo interconfederale, sia pure *in extremis* (il riferimento a tale accordo non compariva nel decreto n. 138 ed è stato inserito nel testo presentato in aula al Senato).

La valutazione della maggiore rappresentatività dei sindacati nazionali resta dunque affidata ai parametri tradizionali. L'accertamento della rappresentatività "territoriale" dipenderà dalla dimensione di volta in volta assunta dal territorio di riferimento. Se si considerano le dimensioni territoriali fin qui usate a fini istituzionali e contrattuali, in particolare le province ⁽³⁰⁾, la posizione dei sindacati aderenti alle maggiori confederazioni storiche potrebbe non essere alterata, in quanto esse possano dimostrare la loro maggiore rappresentatività comparativa anche in tali ambiti territoriali.

Per quanto riguarda il secondo agente negoziale indicato all'articolo 8, «rappresentanze sindacali operanti in azienda», la formula si può riferire sia alle RSU che alle RSA. Entrambe hanno competenze negoziali anche secondo l'accordo del 28 giugno 2011 che in questo innova sulle precedenti intese confederali, a cominciare da quella del 1993.

L'articolo 8, comma 1, nel riconoscere la capacità negoziale di queste rappresentanze aziendali precisa che essa va esercitata secondo le regole di legge e dagli accordi interconfederali vigenti, compreso quello del 28 giugno 2011. L'accordo del 2011 indica due procedure diverse (si veda *supra*) per la conclusione di accordi aziendali destinati ad avere efficacia generale. Il rinvio dell'articolo 8 a questo accordo come fonte regolatrice delle procedure negoziali implica che tali procedure devono essere rispettate in ogni caso di contrattazione, non solo in aziende rientranti nell'ambito di applicazione dell'accordo (quelle dell'industria) ma anche in imprese di altri settori. Per questo aspetto si realizza così l'estensione delle regole definite fra i contraenti del settore industriale a tutto il sistema di relazioni industriali, sancendo per legge una tendenza solo in parte affermata di fatto nei decenni passati.

Nel testo presentato in aula l'articolo 8, comma 1, specifica che le intese in questione devono essere sottoscritte «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali». È dubbio quale sia il valore di tale indicazione, dato che il principio maggioritario è già contenuto nell'accordo del 2011, con puntuali specificazioni ai paragrafi 4 e 5 (vedi *supra*). Il fatto che tale criterio sia riferito dalla legge «alle predette rappresentanze aziendali», potrebbe essere inteso come una (implicita) esclusione del possibile uso del referendum. Ma una simile ipotesi non sembra accettabile, perché contrasterebbe con il

⁽³⁰⁾ Il livello provinciale è usato per la contrattazione di varie categorie e per definire l'ambito di istituzioni riguardanti la gestione del mercato del lavoro e la composizione delle controversie (commissioni di conciliazione, di arbitrato e di certificazione).

rinvio dello stesso articolo 8 all'accordo del 2011, e lo vanificherebbe, introducendo un'altra aporia nel testo.

Il comma 2 dell'articolo 8 attribuisce alle specifiche intese indicate al comma 1 il potere di regolare materie inerenti all'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento: «a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie; b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale; c) ai contratti a termine, ai contratti a orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro; d) alla disciplina dell'orario di lavoro; e) alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

Come si vede l'elenco è ampio ed eterogeneo; anzi l'indicazione «disciplina del rapporto di lavoro» è comprensiva dell'intero settore centrale del diritto del lavoro, quello riguardante le regole del rapporto individuale.

Non è la prima volta che il legislatore delega alla contrattazione poteri di deregolazione /flessibilizzazione di norme di legge. Questa tecnica è stata utilizzata da tempo per introdurre elementi di flessibilità negoziata in singoli aspetti della regolazione del rapporto di lavoro ritenuti rilevanti per un migliore funzionamento del mercato del lavoro (contratti a termine, lavoro intermediato, orario di lavoro, assunzioni nominative, ecc.).

In questi precedenti peraltro i poteri di flessibilità negoziata sono stati sempre contenuti entro limiti più o meno ampi definiti dallo stesso legislatore, in conformità con l'idea che quelli conferiti alla contrattazione collettiva sono poteri "delegati". Qui, viceversa, la delega alla contrattazione è senza limiti e senza criteri direttivi pur riguardando anche materie fondamentali dell'ordinamento, vere e proprie norme di sistema, a cominciare da molte di quelle contenute nello Statuto dei lavoratori.

Si tratta dunque di una innovazione senza precedenti, anche se annunciata in passato dal governo con una bozza di Statuto dei lavori, peral-

tro con la dichiarata intenzione di definirla previa consultazione con le parti sociali.

Non sorprendono quindi le riserve rivolte alla norma da varie parti, anche da commentatori non contrari a valorizzare la contrattazione decentrata. Le riserve riguardano sia l'ampiezza dei poteri attribuiti a tale contrattazione sia il fatto che tali poteri non sono riferiti alla contrattazione nazionale, com'è stato nelle versioni originarie di flessibilità negoziata, ma a intese aziendali e territoriali, concluse anche da soggetti aziendali o da rappresentanti territoriali, con i rischi sopra richiamati.

Di conseguenza le modifiche alle norme di legge potrebbero essere decise non da soggetti che per la loro dimensione nazionale sono in grado di operare un bilanciamento degli interessi e dei valori in gioco sulla base di valutazioni generali, come si conviene alle materie in questione, ma da organismi locali o aziendali, che possono essere indotti a decidere secondo valutazioni particolaristiche.

La scelta del legislatore apre la strada a una frammentazione senza criteri dalla disciplina dei rapporti di lavoro, che può portare ad avere regole diverse in aziende operanti fianco a fianco e in territori contigui⁽³¹⁾.

Il carattere del tutto indifferenziato della delega alla contrattazione contenuta nel testo del decreto legge n. 138 è stato temperato nel corso del dibattito, con l'aggiunta del comma 2-*bis* ove si precisa che anche nella contrattazione in deroga restano fermi il rispetto della Costituzione e i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Si tratta di una precisazione diretta a prevenire possibili obiezioni di legittimità anche costituzionali e che riecheggia in parte la modifica introdotta dal parlamento nella versione finale del c.d. collegato lavoro (legge n. 183/2010, articolo 31, comma 8), dopo il richiamo del presidente della Repubblica, per definire i limiti da rispettarsi dal lodo arbitrale, ancorché configurato come arbitrato di equità.

Il comma 3 dell'articolo 8 attribuisce efficacia generale (anche) alle disposizioni contenute in contratti collettivi aziendali vigenti, sottoscritti prima dell'accordo 28 giugno 2011.

⁽³¹⁾ Non è mancato il tentativo di interpretare restrittivamente la portata del decreto 138, nel senso che essa non implicherebbe il potere degli accordi di derogare ma solo di integrare le norme di legge in questione. Una simile tesi è difficilmente sostenibile a fronte della indicazione ampia della norma sul potere di regolazione degli accordi; ed è ora smentita dal testo arrivato in aula al Senato, ove al comma 2 *bis* si precisa che le intese in questione operano «anche in deroga alle disposizioni di legge».

Il riferimento alla data della stipula, come la condizione che l'accordo sia stato approvato con votazione a maggioranza dai lavoratori, è tale da ricomprendere molti accordi aziendali conclusi prima del 28 giugno, compresi quelli Fiat oggetto delle controversie sopra ricordate. In tal modo il legislatore ha sancito quella sanatoria retroattiva di tali accordi che le parti sociali non hanno voluto né avrebbero potuto concordare.

Anche questa norma non mancherà di sollevare dubbi; ad es. riguardanti l'ambito della sanatoria. L'attribuzione di efficacia generale agli accordi non dovrebbe comportare la sanatoria di eventuali vizi delle intese: si pensi alle controversie circa la qualificazione della *newco* di Pomigliano come trasferimento d'azienda e alle conseguenze in ordine ai rapporti di lavoro trasferiti.

Per altro verso la condizione richiesta dal comma 3 dell'approvazione per referendum dell'accordo destinato ad avere efficacia generale è diversa da quelle stabilite al comma 1, perché la procedura dell'accordo 2011 non richiede il referendum come condizione necessaria per l'efficacia delle intese.

Ancora una volta si è di fronte a una sfasatura normativa, non facilmente giustificabile.

L'accordo 28 giugno 2011 e oltre – Riassunto. *L'A. affronta i punti salienti dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 evidenziandone il "merito" di avere rotto, almeno in principio, la situazione di anomia che negli anni ha caratterizzato le relazioni industriali italiane, facendone un caso unico in Europa. L'analisi muove dalle considerazioni degli assetti disegnati dal Patto sociale del 1993 e si sofferma sugli aspetti importanti della recente intesa riguardo ai criteri di misurazione e alla certificazione della rappresentatività sindacale agli effetti della contrattazione nazionale di categoria e all'indicazione secondo cui la contrattazione aziendale si esercita nelle materie delegate dal contratto nazionale (oltre che dalla legge). Particolare attenzione è dedicata alla novità sulla esigibilità dei contratti aziendali: le clausole di tregua sindacale inserite in tali contratti hanno effetto vincolante per le RSU e per le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo. A fronte di queste premesse, l'A. analizza i contenuti dell'accordo Fiat riguardante lo stabilimento di Pomigliano, dove si sono stabilite sanzioni nel caso di scioperi e di comportamenti lesivi degli impegni assunti dalle parti e rispetto al quale si sono appuntate le maggiori critiche da parte dei giuristi, compresi quelli non ostili all'accordo. Rispetto al problema dell'efficacia dei contratti collettivi l'A., invece, sottolinea le criticità di un tema irrisolto nel nostro ordinamento sindacale e divenuto più critico in presenza di divergenze fra le maggiori confederazioni. L'analisi si sofferma dettagliatamente anche su un altro punto controverso: la possibilità che i contratti aziendali definiscano intese modificative delle regole contenute nei contratti nazionali. La regola così stabilita dall'intesa del 28 giugno completa in modo simmetrico quella sul principio di delega presente, con varianti, in gran parte dei Paesi europei e che serve a controllare in generale l'ambito delle materie negoziabili, a livello aziendale. L'A. così coglie una relazione tra*

l'impatto che l'intesa saprà esercitare sul futuro delle relazioni industriali e il piano dell'effettività, cioè della capacità degli attori ai vari livelli di sostenere coerentemente l'applicazione e di estenderla alle diverse situazioni contrattuali italiane. Infine è presentato un breve commento dell'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, di sostegno alla c.d. contrattazione collettiva di prossimità.

The Italian Interconfederal Agreement of 28 June 2011 and future developments

(Article in Italian) – Summary. *This paper examines the Interconfederal Agreement concluded in Italy on 28 June 2011, arguing that it is worthy of attention in that it attempts – at least at a theoretical level – to make up for the lack of social norms that has characterized the Italian system of industrial relations over the years, making Italy a unique case in Europe. The starting point of the analysis is the new legal framework resulting from the Social Pact of 1993, with a focus also on the criteria of certification and evaluation of trade union representativeness set forth in the recent agreement, the impact of industry-wide bargaining, and the assumption that plant-level bargaining should be carried out in accordance with industry-wide agreements, not just in compliance with national laws. Special attention is devoted to amendments enhancing the enforceability of company agreements which set forth measures for industrial peace, as they are binding on the contracting parties, i.e. the unitary representative bodies (RSU) and trade unions. On the basis of these considerations, this paper analyses the terms of the FIAT agreement implemented at the Pomigliano D'Arco production facility, as certain sanctions – laid down to prevent industrial action and any action affecting the commitment of the parties – have been criticised by a number of legal scholars, including some who had previously argued in favour of the agreement. The author goes on to discuss the effectiveness of collective agreements, which is an unresolved issue in Italian Trade Union Law, that is particularly significant in the event of disagreement among the main employees' organizations. The paper also considers another controversial matter, that is the possibility to amend provisions set forth in industry-wide agreements by means of company agreements. As a result, the Agreement of 28 June fills the legal void on the principle of delegation, pertaining in most European countries, and which is aimed at dealing with matters that can be negotiated at company level. The paper goes on with to analyse the impact of this legislative measure on the national system of industrial relations and an assessment of its feasibility, which is related to the capacity of the social actors at different levels to support its implementation by adopting separate contractual arrangements. In conclusion, the author provides some remarks on the effects of Art. 8 included in Decree No. 138 of 13 August 2011 on measures to promote collective bargaining and the effectiveness of agreements.*

28 giugno 2011: come cambiano le relazioni industriali italiane? Opinioni a confronto

L'accordo interconfederale del 28 giugno rappresenta uno spartiacque per le relazioni industriali italiane. L'intesa, che definisce le regole sulla rappresentatività delle organizzazioni sindacali, si prefigge di creare condizioni di competitività e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, la occupazione e le retribuzioni puntando sulla contrattazione collettiva, soprattutto aziendale, e sulla centralità del valore del lavoro. I contributi che seguono analizzano il testo dell'intesa, ne sondano, con sfumature differenti, la portata e la possibile tenuta di fronte alle sfide che l'Italia ha davanti a sé.

*Mariella Magnani **

Le diverse valutazioni che si possono dare – ed in effetti sono state date – dell'accordo interconfederale 28 giugno 2011 dipendono dalle aspettative nutrite verso di esso e dall'approccio adottato, se tipicamente di relazioni industriali o strettamente giuridico.

Sotto il primo profilo, non si può sottacere l'estrema significatività dell'accordo per aver posto le condizioni di un fisiologico funzionamento del sistema di relazioni industriali (al di là delle valutazioni di merito dei suoi contenuti). Sotto il secondo profilo, è chiaro che, per la sua stessa natura, esso non sana l'anomia del nostro diritto sindacale e, dunque, non mette al riparo dal riprodursi dei problemi di governabilità del sistema messi in luce in modo eclatante dal caso Fiat.

Esaminiamo partitamente questi profili.

1) Il valore politico dell'accordo. Il valore politico dell'accordo è indiscutibile, per avere Cgil, Cisl e Uil trovato un punto di incontro sulla questione che molti giudicavano insolubile: la questione della misura-

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

zione della rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva.

Una questione annosa e che, come si è rilevato più volte, appariva di difficile soluzione per la contrapposizione esistente tra le due anime del nostro sindacalismo, che si traduceva poi nella difficoltà di individuare criteri condivisi di misurazione (il criterio associativo, suggerito dall'articolo 39 della Costituzione, ovvero quello elettivo), nonché nella diversa visione della rilevanza degli istituti di democrazia diretta (in particolare il referendum).

Nell'intesa Cgil, Cisl e Uil del 7 maggio 2008 vi era sì un tentativo di comporre questa contrapposizione, ma, come tutti sanno, essa era rimasta lettera morta. La prorompenza del caso Fiat ha impresso una imprevedibile accelerazione alla definizione di una linea unitaria, concordata con Confindustria.

Dunque, l'accordo del 28 giugno 2011 segna il superamento di una doppia contrapposizione: quella tra Cgil, Cisl e Uil, da un lato, e tra una componente importante del movimento sindacale e Confindustria, dall'altro.

Il sistema di relazioni industriali, come definito dall'accordo, ritorna ad essere un sistema unitario, retto da regole condivise dai suoi fondamentali attori; e ciò non è poco in una stagione segnata da accordi separati con conseguente conflittualità, anche giudiziaria.

Il punto dolente dei livelli contrattuali e del rapporto tra contratto nazionale e aziendale, su cui si era consumato lo strappo della Cgil in occasione dell'accordo interconfederale del 2009, trova soluzione con la prevalenza del contratto nazionale ma, nello stesso tempo, con la previsione della possibilità, per il medesimo contratto nazionale, di delegare a quello aziendale l'adattamento delle condizioni economiche e normative agli specifici contesti produttivi.

In più, viene risolto politicamente il problema dell'efficacia generale del contratto aziendale derogatorio, affidata alla regola della maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie, ovvero, nel caso di costituzione di RSA, all'approvazione da parte di rappresentanze costituite nell'ambito di associazioni sindacali che abbiano la maggioranza delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali nell'ambito dell'azienda.

Si innesta qui – vale a dire nel caso di sottoscrizione da parte di RSA e non di RSU – la valorizzazione del referendum, che può essere promosso da almeno una organizzazione sindacale firmataria dell'accordo interconfederale o dal 30 per cento dei lavoratori dell'impresa.

Anche per il contratto nazionale si definiscono i requisiti di rappresentatività (con una combinazione tra il criterio del numero degli iscritti e quello elettivo, già conosciuta nel pubblico impiego); tuttavia, la definizione non è funzionale, neppure nell'impostazione degli stipulanti all'acquisizione di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi. E ciò a differenza di quanto previsto per il contratto aziendale per il quale impegnativamente si prevede che, se stipulato secondo le modalità definite, sia efficace «per tutto il personale in forza» e per «tutte le associazioni sindacali firmatarie».

2) *Il valore giuridico dell'accordo.* Il quesito sul valore giuridico dell'accordo si traduce essenzialmente nella domanda se esso sia "autosufficiente", ovvero necessari, per l'ottenimento dei suoi obiettivi, di un intervento legislativo. L'obiettivo espressamente enunciato è quello dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali stipulati dai soggetti e secondo le procedure descritte. Ebbene, dovrebbe essere evidente – è persino banale rilevarlo – che, trattandosi di disciplina pattizia, essa è priva di natura imperativa. E, tuttavia, una volta ricomposta l'unicità del sistema contrattuale, si può ben dire che il contratto aziendale derogatorio abbia la stessa efficacia del contratto collettivo nazionale.

Certo l'accordo interconfederale non può impedire la stipulazione di contratti nazionali separati e tuttavia il consenso ritrovato, sia in relazione al ruolo del contratto nazionale e di quello aziendale, sia in relazione ai criteri di misurazione della rappresentatività, gli conferiscono un'indubbia valenza pratico-giuridica (per via dell'efficacia persuasiva che l'accordo può avere sui sindacati di categoria e sulle rappresentanze in azienda).

In sostanza, l'accordo segna il ripristino di quella unicità dell'ordine contrattuale che è stata fin qui la condizione fattuale dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi pur nell'inattuazione dell'articolo 39 della Costituzione.

3) *L'accordo interconfederale e gli insegnamenti del caso Fiat.* Certamente l'accordo interconfederale non risolve il caso Fiat, per la mancanza di "retroattività" (si veda punto 7), anche se gli accordi Fiat si collocano perfettamente nel contesto dell'accordo e potrebbero venire ripetuti con le regole del medesimo.

Il caso Fiat è certamente molto rilevante per l'economia del nostro Paese, ma più interessante è domandarsi se l'incertezza circa le regole dei rapporti di lavoro che in esso si è verificata sia riproducibile anche in futuro. Da questo punto di vista, la risposta è sicuramente positiva. Perciò è necessario, pur nell'assoluto rispetto delle scelte delle parti sociali

e lasciando da parte le proprie opzioni personali circa la desiderabilità di un intervento legislativo, che i giuristi comincino a riflettere su una serie di questioni che nel dibattito accademico non hanno mai trovato compiuta risposta, sempre accantonate a seguito del funzionamento di fatto del sistema sindacale. E ciò, come si è detto, a prescindere dalle proprie opinioni personali circa la praticabilità ovvero l'opportunità di un intervento legislativo.

Il primo punto concerne l'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori quale uscito dall'amputazione referendaria del 1995. Non vi è dubbio che quella dei diritti sindacali rappresentati, dal punto di vista sistematico, la questione più rilevante messa in luce dal caso Fiat. Non si dimentichi, tra l'altro, che l'essere firmatari di contratti collettivi fonda, non solo i diritti del Titolo III dello Statuto dei lavoratori, ma anche diritti di consultazione di fonte legale, spesso di derivazione comunitaria.

Senza, in questa sede, riprendere la questione di legittimità costituzionale, è certo che proprio sull'articolo 19 il dibattito dovrebbe andare più a fondo. Sul punto della rappresentanza sindacale in azienda, dobbiamo continuare a rivendicare l'originalità del sistema italiano? Il tema, molto dibattuto vent'anni fa, del canale unico, ovvero doppio, di rappresentanza sindacale è stato definitivamente archiviato? O, al contrario, pensando al doppio canale molti tasselli potrebbero essere rimessi in ordine?

La seconda questione su cui, grazie al fisiologico funzionamento delle nostre relazioni industriali, non si è mai entrati veramente nel merito, in una discussione sufficientemente allargata, concerne l'interpretazione dell'articolo 39 della Costituzione: in particolare che cosa esso consenta o non consenta in ordine alla misurazione della rappresentatività ai fini della acquisizione di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi.

Nell'articolo 39 è, invero, inscritto il criterio associativo ai fini della misurazione della rappresentatività sindacale in vista dell'attribuzione di efficacia *erga omnes*. E occorre ricordare che la Corte costituzionale, quando ha escluso l'illegittimità costituzionale del diverso sistema ideato per il pubblico impiego, l'ha fatto con quello che da tutti è stato giudicato un escamotage, cioè negando che si trattasse del conferimento di efficacia *erga omnes* in senso proprio.

La terza questione è forse quella più difficile: il contratto collettivo aziendale è dentro o fuori l'articolo 39 della Costituzione?

È quella più difficile, anche perché quando parliamo di contratto aziendale non sempre ci riferiamo alla stessa tipologia: una cosa è il contratto aziendale (di primo ed esclusivo livello, lo si denomina negli accordi

Fiat) che sostituisce il contratto nazionale; altra cosa è il contratto che coesiste con il contratto nazionale ma vi deroga.

Vi è un'opinione diffusa in base alla quale l'articolo 39 postulerebbe il contratto collettivo nazionale di categoria; dunque, ben potrebbe legittimarsi, si intende come *extrema ratio*, in presenza di un pluralismo sindacale bloccato, la consacrazione legislativa del "metodo Mirafiori", vale a dire del referendum successivo all'accordo aziendale, promosso dalla coalizione sindacale che, non rappresentando la maggioranza dei lavoratori, intenda conferirgli efficacia *erga omnes*. Una soluzione simile è stata prospettata, in relazione ai contratti collettivi c.d. concessivi, dal disegno di legge n. 1299/1985, primo firmatario Giugni. Ed è quella sposata dall'accordo interconfederale.

Naturalmente su tutto questo possiamo avere opinioni diverse. Ma è urgente che i giuslavoristi almeno ne discutano non limitandosi a celebrare i fasti passati del nostro diritto sindacale.

A meno che il vento della globalizzazione, così come ha fatto incresparsi il mare delle nostre relazioni industriali, soffiando ancora più forte non lo appiani di nuovo. Ma questo non possiamo prevederlo.

*Maurizio Del Conte **

Lo scambio epistolare fra Sergio Marchionne ed Emma Marcegaglia, seguito alla firma dell'accordo Confindustria – Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno sugli assetti contrattuali e rappresentanza sindacale, è stato vissuto da molti commentatori come una doccia fredda, come l'ennesimo segnale che il sistema delle relazioni industriali nel nostro Paese è bloccato e le parti, da sole, non sono in grado di uscire dall'impasse.

Insomma, per molti la lettera di Marchionne conferma che la buona volontà di imprese e sindacati non basta: c'è bisogno di una legge che stabilisca, finalmente ed una volta per tutte, le condizioni per la validità *erga omnes* dei contratti collettivi e fissi le regole di selezione dei sindacati legittimati a firmarli. Ma è davvero questa la lettura più corretta dell'ultima, clamorosa, mossa dell'amministratore delegato Fiat? Stiamo alle parole.

Alla presidente di Confindustria il numero uno del gruppo automobilistico ha espresso apprezzamento per un accordo che rappresenta «un

* *Professore associato di Diritto del lavoro, Università commerciale Luigi Bocconi di Milano.*

risultato di grande rilievo, perché ha affrontato alcuni importanti nodi in materia di rappresentanza e di contratti». «Questo primo importante passo – prosegue la lettera – potrà avere un effetto positivo sul funzionamento delle relazioni sindacali nel nostro Paese e, di conseguenza, portare benefici al sistema industriale, che ha assoluta necessità di disporre di regole che garantiscano le certezze indispensabili per operare in un contesto di mercato sempre più globale e competitivo». Ed esprime, quindi, l'augurio che «nei prossimi mesi il vostro lavoro prosegua con ulteriori passi che ci consentano di acquisire quelle garanzie di esigibilità necessarie per la gestione degli accordi raggiunti per Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco». «In caso contrario – conclude Marchionne – Fiat e Fiat Industrial saranno costrette ad uscire dal sistema confederale con decorrenza dal 1° gennaio 2012».

In realtà, nessuno dei passaggi contenuti nella missiva indirizzata alla Marcegaglia (e significativamente trasmessa in copia alle segreterie nazionali di Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fiom-Cgil, Fismic e Ugl) fa riferimento, diretto o indiretto, all'intervento del legislatore, neppure sotto forma di auspicio. Fiat – icona ultracentenaria non solo dell'industria italiana, ma anche dell'associazione che la rappresenta – non ha invocato l'intervento del legislatore affinché detti nuove regole del gioco sindacale, magari a suo vantaggio.

L'appello di Marchionne è tutto interno al sistema delle relazioni industriali italiano, da sempre caratterizzato dal non interventismo legislativo. È una lettera da imprenditore ad imprenditore, il cui contenuto è stato esteso ai livelli più alti del sindacato, non della politica. Tuttavia, nel nostro Paese quando parla Fiat tutti si sentono in dovere di prendere posizione: e chi non lo fa in proprio, pretende che lo faccia qualcun altro, preferibilmente il legislatore. È il riflesso condizionato dei media, che vedono ancora in Fiat l'epigono di una economia fondata sui poteri forti e, quindi, pervasiva della società in ogni sua dimensione. Nel centocinquantenario della Repubblica è forse venuto il momento di prendere atto dell'attualità: l'Italia non è più un regno, Torino non ne è più la sua capitale e Fiat è un'industria come tante altre, che non egemonizza più la nazione semplicemente perché è troppo impegnata a competere sul piano globale.

Se Marchionne sia davvero un buon imprenditore lo diranno i risultati che sarà capace di conseguire. Di sicuro, egli ha compreso che il mondo è cambiato e si è preso il rischio di privilegiare la competitività sul mercato mondiale piuttosto che far leva sulla storica forza politica del gruppo che dirige. In questo senso, la risposta della presidente di Confindustria può apparire disallineata rispetto al piano del ragionamento

espresso da Marchionne, laddove lo invita a far rientrare nell'intesa appena fatta con i sindacati i tre accordi Fiat di Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco: altrimenti, osserva Marcegaglia, «non vediamo altra strada se non quella di un intervento legislativo con effetto retroattivo, che, in quanto tale, non è nella disponibilità di Confindustria».

In realtà, Marchionne non ha invocato un bizantinismo legislativo in favore della sua azienda. Si è, invece, rivolto alla sua associazione incoraggiandola a proseguire nel cammino degli accordi sindacali, auspicabilmente unitari, affinché il sistema delle relazioni industriali si riprenda il ruolo che gli compete e sia in grado di generare un sistema di regole condivise e rispettate, nel quale «tutti si assumono i propri obblighi e le proprie responsabilità».

E questo sì, è un impegno che rientra a pieno titolo nella disponibilità di Confindustria.

*Roberto Pessi **

L'accordo sottoscritto martedì 28 giugno tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil rappresenta una svolta particolarmente significativa per le nostre relazioni industriali, laddove, in particolare, registra il recupero dell'unità sindacale, dopo un prolungato periodo di tensioni e "rotture", seppur concretizzato nel solo epicentro confederale. Restano, peraltro, ancora irrisolti i nodi del dissenso interno alla maggiore confederazione sindacale, che, per quanto minoritario, si concentra soprattutto nella importante categoria dei metalmeccanici, con i connessi e conseguenti problemi di effettività/praticabilità del percorso negoziale delineato dall'accordo interconfederale sopra richiamato; un accordo che, nelle intenzioni dei sottoscrittori, garantisce l'efficacia generale ai contratti collettivi aziendali «mirati ad assicurare la capacità» della disciplina regolativa dei rapporti di lavoro, quale stabilita dai contratti nazionali, «alle esigenze degli specifici contesti produttivi».

Un indizio significativo di questa potenziale intrinseca debolezza dell'accordo del 28 giugno 2011 è, del resto, offerto dal successivo carteggio, reso volutamente pubblico, tra il Presidente di Confindustria e l'amministratore delegato del gruppo Fiat, a cui pure può ben imputarsi, del tutto positivamente, l'accelerazione del dialogo tra le parti sociali e la conclusione di un buon accordo interconfederale unitario sulle

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

relazioni industriali, proprio in ragione dello svolgersi delle vicende di Pomigliano, Mirafiori e della ex Bertone.

Invero, lo scambio di lettere tra i vertici di Fiat e di Confindustria non evocava in sé la problematica di una sanatoria a posteriori dei contratti aziendali già stipulati, ovvero anche la problematica parallela (ma estranea in ogni caso all'accordo interconfederale) della successione nel tempo tra contratti collettivi nazionali a firma congiunta o separata (che pure ha registrato la condanna per comportamento antisindacale delle aziende che hanno applicato il secondo ai lavoratori iscritti al sindacato non sottoscrittore, anche in presenza di testi contrattuali che differivano solo per l'incremento retributivo assicurato da quello successivo). E, del resto, una sanatoria dell'una ovvero dell'altra problematica sarebbe stata comunque al di fuori delle disponibilità dell'autonomia collettiva (nonché per certi versi dello stesso legislatore), in ragione del connotarsi dei caratteri della retroattività. Piuttosto, quel carteggio segnala un clima che caratterizza proprio il settore metalmeccanico; un clima che vede la Fiom attestarsi su posizioni di sostanziale intransigenza, proiettandosi in buona sostanza al di là dello stesso merito delle singole vicende (ovvero anche dei contenuti dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011), per saldarsi piuttosto con la sinistra antagonista che si fa oggi portatrice di un'ipotesi di protesta sociale diffusa, che recupera linfa anche dal rilancio della democrazia diretta, concretizzandosi nella prova referendaria.

Ora, in un commento, necessariamente sintetico ed "a caldo", dell'evolversi del quadro di riferimento delle nuove relazioni industriali post accordo interconfederale del 28 giugno 2011, non giova intrattenersi ancora sul caso Fiat. I suoi sviluppi restano ancorati a fattispecie specifiche, non del tutto conosciute e conoscibili se non dai colleghi che hanno assistito le controparti durante il lungo ed accidentato confronto; nonché all'interpretazione che i magistrati, investiti dell'inevitabile contenzioso, daranno del succedersi degli accadimenti e dei comportamenti, anche con riferimento a quello che resta, a mio avviso, il profilo chiave, ovvero l'applicabilità o meno dell'articolo 2112 c.c.

Da quel caso sembra, tuttavia, utile prendere spunto, immaginando che si sia svolto tutto dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, per testare la capacità di quest'ultimo di garantire l'efficacia generale dei contratti collettivi aziendali "adattivi" della regolazione nazionale alla organizzazione produttiva della singola impresa (o di un suo stabilimento); e quindi per verificarne l'effettività, e, in qualche misura, in questa fase così complessa sia nella dimensione nazionale che europea, per esprimere anche un giudizio sulla efficienza della sussidiarietà, lad-

dove si tratti di assicurare l'applicabilità a tutti i lavoratori del prodotto dell'autonomia collettiva.

Orbene, appare di sufficiente evidenza a chi scrive che la sostanziale riproposizione del modello del pubblico impiego privatizzato (adattato nella doppia versione RSU/RSA, ma fortemente orientato al bilanciamento tra dato associativo e dato elettorale ed insieme alla valorizzazione di tecniche per il computo delle maggioranze "promozionali" dell'area del lavoro sindacalizzato) non è in grado, in ragione della fonte che lo prevede, di garantire l'effetto dell'efficacia generale degli accordi aziendali (sottoscritti da "quella" maggioranza).

Invero, nel dubitare della effettività (e dell'efficienza della sussidiarietà) non assumo a riferimento il settore metalmeccanico (e la stessa vicenda Fiat), laddove potrebbe essere a rischio, quantomeno in specifiche realtà, lo stesso raggiungimento della soglia di maggioranza quale fissata dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, stante la posizione assunta, prima e dopo l'accordo interconfederale, dalla Fiom.

Prendo, invece, a riferimento la già richiamata vicenda della successione, nel tempo, dei contratti collettivi nazionali, a firma congiunta e separata, e la pretesa antisindacalità dell'applicazione dei secondi, perché la stessa ripropone, come cardine per l'efficacia dei contratti collettivi di diritto comune, la "storica" teoria del mandato (anche nei suoi variegati adattamenti evolutivi dottrinali e giurisprudenziali); ed allora, così ragionando, risulta improponibile ipotizzare che l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 possa generare accordi aziendali derogatori (perfino nei settori a consolidata unità sindacale ed a conseguente ampia maggioranza riconducibile ai tre sottoscrittori), efficaci anche nei confronti di minoranze dissenzienti, siano esse riferibili ad identità organizzative ovvero a pluralità diffuse di singoli prestatori d'opera.

Per queste ragioni (e per quelle espresse nell'accordo del 28 giugno 2011, cioè di garantire certezze finalizzate a rafforzare la competitività del sistema produttivo e la stabilità dell'occupazione) ho ritenuto, sin dal primo commento fatto sull'accordo, che lo stesso, ottimo per il rilancio dell'unità ed il metodo prospettato, avesse, comunque, necessità di un intervento legislativo di sostanziale recezione (quasi che l'accordo, pur non esplicitandolo, avesse anche l'essenza di un avviso comune).

Conservo il dubbio che questo intervento legislativo debba tener conto della persistenza nel testo costituzionale dell'articolo 39, nei commi non attivati. Invero questo dubbio potrebbe essere superato (nel senso della sufficienza di una legge ordinaria e non costituzionale per disciplinare la materia) dalla circostanza che l'efficacia generale è ricono-

sciuta ai soli accordi aziendali, laddove l'articolo 39 si occupa della contrattazione di categoria.

In questa direzione si potrebbe evocare la stessa giurisprudenza costituzionale, rigorosa in occasione della esperienza della legge c.d. Vigorelli ed insieme attenta ad ancorare l'effetto *erga omnes* della contrattazione collettiva nazionale nel pubblico impiego privatizzato alla concausa dell'atto di nascita del rapporto individuale e del principio di parità di trattamento; ma anche pronta ad assecondare, seppur attraverso la "creazione" dei contratti c.d. "regolamento", l'efficacia generalizzata degli accordi aziendali in materia di regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali e dei licenziamenti collettivi.

Peraltro, il dubbio permane laddove nell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 si afferma che «la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di categoria o dalla legge», ribadendone la natura di fonte derivata, ovvero di secondo livello, con i connessi problemi relativi ai soggetti sindacali legittimati alla partecipazione del negoziato, i conseguenti problemi di calcolo della maggioranza (anche in ordine alla eventuale previsione di soglie di accesso a qualsivoglia livello) e di vincolatività per i soggetti collettivi e/o individuali non coinvolti nel negoziato o dissenzienti rispetto al risultato dello stesso.

In questa prospettiva non posso non concordare con una notazione di Michele Tiraboschi, di cui al n. 28/2011 di *Guida al lavoro*; malgrado i dubbi di cui sopra, «l'accordo può essere un punto di partenza verso nuove e più efficienti relazioni industriali ispirate alla ricerca del bene comune», laddove «le parti firmatarie saranno in grado di far rispettare l'accordo nei fatti». Diversamente, «per evitare quella deriva giustizialista» che sta reinvestendo il nostro sistema di relazioni industriali, non credo che questo esecutivo potrà sottrarsi ad un intervento che garantisca regole certe sulla esigibilità degli accordi aziendali, e quindi anche sulla misurazione della rappresentatività.

In proposito, del resto, Franco Carinci, nel saggio in corso di pubblicazione (*L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*), osserva, quanto all'efficacia del contratto aziendale, che lo stesso, anche se concluso ai sensi dei punti 4 e 5 dell'accordo interconfederale, «vale solo per chi l'ha concluso, a meno che [...] non si affermi un indirizzo giurisprudenziale che reinterpreti il diritto vigente o passi un intervento legislativo, nel senso di riconoscergli un'efficacia *ultra partes*»; salvo aggiungere, a mio avviso del tutto coerentemente, subito dopo: «il che, però finisce per cozzare contro il muro dell'art. 39 cost.».

Giampiero Proia *

La rapida trattativa che ha portato alla conclusione di un'intesa che era inimmaginabile sino a poche settimane fa – sia per la delicatezza del tema (rappresentatività ed efficacia della contrattazione aziendale) da sempre oggetto di profonde divergenze di vedute, sia per la problematicità del “recupero” tra i firmatari della Cgil dopo un lungo periodo di contrattazione separata – non può che trovare spiegazione in una “astrale” convergenza di molteplici circostanze.

Tanto per ricordarne qualcuna, basti pensare alla gravità degli attacchi in corso, provenienti dalla speculazione internazionale, che hanno sollecitato uno sforzo straordinario di coesione anche da parte delle associazioni sindacali (che non a caso hanno richiamato nelle *Premesse* dell'accordo l'«obiettivo comune» di «realizzare un sistema di relazioni industriali che crei condizioni di compatibilità e produttività tali da rafforzare il sistema produttivo, l'occupazione e le retribuzioni») e, allo stesso tempo, alla necessità del nuovo Segretario Generale della Cgil di evitare che la propria leadership continuasse ad essere pesantemente condizionata dall'“ala dura” della Fiom.

Non v'è dubbio, però, che tra i vari fattori convergenti abbia avuto un ruolo determinante la vicenda Fiat, e più esattamente la pressione esercitata dalla multinazionale (ancora) torinese affinché il sistema di relazioni sindacali individui le condizioni ritenute necessarie per la conferma degli investimenti programmati in Italia e per la stessa permanenza associativa all'interno di quel sistema.

Pertanto, è inevitabile che la “notizia” della stipula dell'accordo 28 giugno 2011, pur avendo un'importanza “storica” indiscutibile, abbia attirato l'attenzione su di sé, non soltanto per gli effetti complessivi della sua disciplina a regime, ma anche per l'influenza che può avere (o non avere) con riguardo ai suoi antecedenti storici, e cioè con riguardo alla sorte di quegli specifici accordi derogatori e separati che sono stati sottoscritti dalla Fiat, in successione, a Pomigliano, a Mirafiori e a Grugliasco, e la cui tenuta è stata posta in discussione dalla contestazione e dalle azioni giudiziali della Fiom.

Non a caso, i *media*, nei giorni immediatamente successivi alla firma, hanno dato risalto, più che ai contenuti dell'accordo (la cui tecnica poco interessa al grande pubblico della società dell'informazione), al vivace scambio epistolare intercorso tra amministratore delegato della

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

Fiat e presidente della Confindustria, dal quale è emerso subito come – pur nella indubbia condivisione di alcuni giudizi ed obiettivi sostanziali – i due protagonisti (o meglio le entità da essi rappresentati) mantengano posizioni distinte e l'equilibrio dei loro rapporti resti incerto.

La prima mossa è stata quella di Sergio Marchionne, che il 30 giugno, scrivendo al presidente degli industriali, dà atto che l'accordo costituisce «un risultato di grande rilievo» (che «potrà avere un effetto positivo sul funzionamento delle relazioni sindacali nel nostro Paese e, di conseguenza, porterà benefici al sistema industriale»), ma, allo stesso tempo, lo considera soltanto un “primo”, sia pur “importante”, passo, augurandosi che ad esso seguano gli «ulteriori passi che ci consentano di acquisire quelle garanzie di esigibilità necessarie per la gestione degli accordi raggiunti per Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco».

Come a dire che l'accordo 28 giugno 2011 non realizza ancora le «garanzie di esigibilità necessarie» e che, quindi, ove esse non «si realizzeranno entro la fine dell'anno», «Fiat e Fiat Industrial saranno costrette ad uscire dal sistema confederale con decorrenza dal 1 gennaio 2012».

A stretto giro, è arrivata la risposta di Emma Marcegaglia che, lo stesso 30 giugno, rivendicando con orgoglio il risultato raggiunto, evidenzia in particolare l'importanza della ricomposizione dell'unità delle sigle sindacali e dell'introduzione di regole certe, come quelle relative «all'esigibilità degli accordi conclusi con una maggioranza di rappresentanti dei lavoratori, alle clausole di tregua e all'adattabilità dei contratti aziendali», le quali vanno a completare «la maggior innovazione che le relazioni industriali italiane abbiano conosciuto negli ultimi decenni».

Nessuna intenzione, quindi, di rimettere in discussione l'accordo, che anzi si auspica «venga rapidamente ratificato da tutte le organizzazioni che lo hanno siglato», anche perché Confindustria ritiene che esso sia già idoneo a soddisfare anche le specifiche istanze della Fiat, «in quanto gli accordi di Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco possono facilmente rientrare nelle nuove norme pattuite».

Con il messaggio conclusivo che, ove Marchionne non ritenga «utile verificare la praticabilità di questa via», l'unica strada alternativa è «quella di un intervento legislativo con effetto retroattivo, che, in quanto tale, non è nella disponibilità di Confindustria».

Dunque, è sotto gli occhi di tutti che l'accordo 28 giugno 2011, al di là della sua portata generale e delle molteplici implicazioni che ne derivano (meritevoli di un'approfondita riflessione, che si confida di poter svolgere in altra sede), ha lasciato aperti i problemi legati al rapporto tra il sistema di rappresentanza confindustriale e il gruppo automobili-

stico che è da sempre il “simbolo” dell’industria nazionale, atteso che, nella sostanza, quell’accordo è oggetto di una disforme valutazione in ordine alla sua idoneità a dare soluzione (anche) alle specifiche esigenze di quel gruppo.

Ed allora, chi ha ragione, Marcegaglia o Marchionne?

In realtà, entrambi, perché la diversità di valutazione deriva semplicemente dalla diversità dei ruoli e degli obiettivi.

La Fiat, come qualsiasi impresa, tanto più se esposta ad un’aspra competizione internazionale, ha come bussola necessaria il proprio interesse aziendale, che si traduce, nello specifico, nella necessità che le sue «attività italiane procedano a velocità non inferiori a quella dei concorrenti» (non esistendo altrimenti ragione perché i propri investimenti non vengano spostati altrove).

E, rispetto a questa necessità, la Casa torinese non può non guardare con una certa diffidenza alla riaffermata centralità del contratto collettivo nazionale di lavoro (punti 2 e 3 dell’accordo 28 giugno 2011), tanto più perché, nell’inquadramento storicamente determinatosi, la propria area contrattuale (la categoria dei metalmeccanici) è da tempo divenuta troppo ampia e disomogenea, così da non considerare adeguatamente le peculiari esigenze e le specifiche caratteristiche del settore automobilistico. E, allo stesso modo, non può non guardare con diffidenza al confermato richiamo al modello della contrattazione aziendale affidata a quelle «rappresentanze sindacali unitarie elette secondo le regole interconfederali vigenti» (cfr. punto 4 dell’accordo 28 giugno 2011), che si pone in antitesi all’obiettivo perseguito negli accordi di “gruppo” volti alla rivitalizzazione del modello statutario delle rappresentanze sindacali aziendali legate alla effettiva sottoscrizione di contratti collettivi applicati nell’unità produttiva.

La Confindustria è, però, un’associazione di imprese e, quindi, non può non tenere conto della eterogeneità delle esigenze dei soggetti associati e delle situazioni da regolare, che sono rappresentate anche da realtà di imprese (soprattutto medio-piccole) nelle quali il ccnl mantiene una essenziale funzione regolatrice, e il sistema delle rappresentanze unitarie, deideologicizzate dal ruolo politico che taluni vorrebbero attribuirgli quando si tratta di contrapporsi al simbolo del “padronato” italiano, che garantisce in molte aziende un efficace governo delle relazioni sindacali.

E, tuttavia, l’accordo 28 giugno 2011, pur dovendo tener conto di un panorama assai complesso, riprende sostanzialmente il *fil rouge* che lega i tre accordi separati Fiat, ponendo le premesse perché essi possano essere validati e acquisire efficacia generale (almeno sotto il profilo

dell'ordinamento intersindacale), superando l'ostacolo rappresentato dalla perdurante efficacia del ccnl dei metalmeccanici stipulato "unitariamente" nel 2008 nei confronti dei lavoratori iscritti alla Fiom (almeno secondo l'indirizzo quasi univoco espresso dai decreti *ex* articolo 28 della legge n. 300/1970 che hanno esaminato i ricorsi proposti dalla Fiom stessa).

È vero, infatti, che l'accordo interconfederale non ha effetto retroattivo, né avrebbe potuto averlo. Tuttavia, esso prende in considerazione anche l'ipotesi di rottura dell'unità sindacale e di presenza delle rappresentanze sindacali aziendali costituite ai sensi dell'articolo 19 della legge n. 300/1970, stabilendo che, anche in tal caso, possono essere stipulati contratti collettivi aziendali che «sono efficaci per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda» (compresa, quindi, la Fiom) (cfr. punto 5 dell'accordo).

Analogamente, è vero pure che l'accordo 28 giugno 2011 prevede che i contratti aziendali possono modificare le «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro» soltanto «nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro» (cfr. punto 6 dell'accordo). E tale disposizione potrebbe essere interpretata come idonea a "stoppare" nuove intese aziendali Fiat, perché non previste dal ccnl del 2008. Ma si deve, altresì, rilevare come l'accordo in esame si dia cura di prevedere un canale alternativo immediatamente utilizzabile, consentendo che le intese modificative (riguardanti la disciplina sindacale nazionale della prestazione lavorativa, degli orari e dell'organizzazione del lavoro) vengano, comunque, concluse dalle «rappresentanze sindacali operanti in azienda», sia pure «d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali firmatarie del presente accordo interconfederale», tutte le volte in cui si tratti di «gestire situazioni di crisi» o di realizzare «investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale» (cfr. punto 7 dell'accordo).

E, del resto, anche la previsione dell'assistenza delle organizzazioni sindacali territoriali non sembra riattribuire indirettamente alla Fiom un potere di veto, perché l'interpretazione sistematica della clausola n. 7 dell'accordo, che tenga conto in particolare del suo collegamento con l'articolo 5 che lo precede, dovrebbe consentire di affermare che la prevista efficacia generale delle intese modificative opera anche nel caso di accordo separato concluso dalle rappresentanze sindacali maggioritarie, pure laddove con esse non abbiano concordato la totalità delle organizzazioni sindacali territoriali (essendo fatta salva soltanto la possibilità prevista dallo stesso punto 5 dell'accordo di procedere ad una

consultazione referendaria, che, peraltro, nei precedenti Fiat, ha dato, come noto, esito ampiamente favorevole all'approvazione dell'accordo).

In definitiva, dunque, può dirsi che il vero elemento di fondo sul quale si fonda il vivace rapporto dialettico tra Fiat e Confindustria è costituito dal ruolo del contratto nazionale, perché uno strumento nato e "cresciuto" per regolare la concorrenza (tra datori di lavoro e tra lavoratori) entro i confini nazionali può risultare inadeguato per le esigenze delle imprese maggiormente esposte ad una concorrenza che travalica ampiamente quei confini.

E l'inadeguatezza diventa innegabile se le regole che esso detta pretendono di continuare a rappresentare un codice minuzioso di tutti i profili del rapporto di lavoro e di abbracciare, in una disciplina uniforme e "soffocante", realtà troppo diverse tra loro, per caratteristiche ed esigenze.

Il tema centrale torna, così, ad essere quello della gestazione "unitaria" di uno specifico e più "snello" contratto nazionale per il settore automobilistico, sul quale, però, si scontano le note, immotivate riserve di una parte sindacale, che, ad oggi, hanno impedito uno sviluppo decisivo degli interventi che il sistema di relazioni sindacali può "autoprodurre" per quella positiva soluzione della vicenda Fiat, che dovrebbe interessare tutti gli italiani.

Altri interventi non potrebbero che essere "eteronomi". Ma sulla loro opportunità ho già espresso più volte i miei dubbi, legati sostanzialmente alle implicazioni, nemmeno tutte prevedibili, che l'ingerenza della legge nelle materie di competenza dell'autonomia sindacale potrebbero comportare.

*Michel Martone **

È difficile dire se l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil rappresenti una svolta epocale in grado di concludere il processo di riforma del protocollo del 1993 inaugurato con l'accordo del 22 gennaio 2009. A pochi giorni dalla ratifica, da parte del comitato direttivo della Cgil, è però agevole constatare che quest'accordo ha già raggiunto, sia pure indirettamente, un primo importante risultato.

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

Ha infatti concorso, con altri fattori, ad indurre il Tribunale di Torino a dichiarare, con il dispositivo letto all'esito dell'udienza del 16 giugno 2011, la legittimità, anche ai sensi dell'articolo 2112 c.c., dell'impianto contrattuale che ha portato alla costituzione, da parte della Fiat, della *newco* e conseguentemente a dichiarare l'applicabilità della nuova disciplina, che deroga al ccnl del 2008 in materia di orario di lavoro, assenteismo, pause, turni e organizzazione del lavoro, a tutti i lavoratori dello stabilimento di Pomigliano.

Mi spiego meglio. Seppure, come da più parti sottolineato, l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 non è retroattivo e quindi, sotto il profilo rigorosamente formale, non è direttamente applicabile agli accordi già sottoscritti dalla Fiat, come peraltro denunciato dallo stesso Marchionne nella sua lettera a Emma Marcegaglia del 30 giugno 2011, quell'accordo ha comunque assicurato a quell'impianto contrattuale la "copertura politica" o, se si preferisce, la "legittimità sindacale" che infine hanno consentito al Tribunale di Torino di dichiararne la legittimità, anche ai sensi dell'articolo 2112 c.c., come auspicato nella risposta di Emma Marcegaglia a Sergio Marchionne.

Perché questo accordo interconfederale, soprattutto a seguito della coraggiosa sottoscrizione da parte del direttivo Cgil, ha infine reso manifesto a tutti che solamente la Fiom continua a non voler applicare la regola democratica in base alla quale se un contratto collettivo aziendale è accettato dalla maggioranza, delle rappresentanze sindacali o comunque dei lavoratori, esso ha efficacia obbligatoria per tutti i lavoratori.

È questo il grande merito politico degli articoli 5 e 6 dell'accordo interconfederale del 28 giugno. Seppure, in mancanza di una legge, non sono in grado di assicurare l'affermata efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi aziendali, comunque dimostrano che i tempi sono maturi per applicare il principio maggioritario anche alle relazioni industriali. E per questa via pongono le basi, o meglio un insieme di regole condivise, per disciplinare quella competizione sindacale che ha messo in crisi l'assetto di regole, delineato dal protocollo del 1993, che presupponeva un unanimità confederale sempre più difficile da raggiungere.

Come già stabilito dall'accordo interconfederale del 2009, il baricentro di questo nuovo assetto competitivo delle relazioni industriali resta il contratto collettivo di secondo livello che dovrebbe diventare il luogo elettivo del confronto tra diverse visioni dell'azione sindacale. E proprio perché al contratto collettivo di secondo livello si assegna la fondamentale funzione di ricercare nuovi e più avanzati punti di incontro, in grado di aumentare la produttività delle aziende e con essa le retribuzioni dei lavoratori, l'accordo interconfederale si preoccupa di assicu-

rarne l'esigibilità disponendo che anche le clausole di tregua sindacale, seppure non vincolano i singoli lavoratori, hanno effetto obbligatorio per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori ed associazioni sindacali firmatarie dell'accordo interconfederale operanti all'interno dell'azienda.

Si tratta di un passaggio fondamentale soprattutto nell'ottica di assicurare la correttezza della competizione sindacale, perché mira ad evitare che i sindacati che si oppongono alla firma di un accordo possano godere di posizioni di vantaggio, e di una maggiore "capacità conflittuale", rispetto a quelli che, sottoscrivendo gli accordi, accettano le clausole di tregua sindacale.

Ora neanche questa disposizione dell'accordo interconfederale è direttamente applicabile agli accordi Fiat che pure contengono clausole di tregua sindacale, e quindi, a stretto rigore, la Fiom potrebbe scioperare per contestare gli accordi che non è riuscita ad invalidare facendo ricorso al Tribunale di Torino. Ma anche questa disposizione è stata accettata dalla Cgil, alla quale, a tutt'oggi e nonostante i distinguo, continua ad appartenere la Fiom che, pertanto, se dovesse scioperare, finirebbe per contestare persino la sua confederazione di riferimento. E analoghe considerazioni valgono per i possibili ricorsi individuali paventati dalla Fiom per scardinare l'impianto contrattuale che è stato legittimato dal Tribunale di Torino. Ed infatti seppure quei ricorsi, in mancanza di una legge che assicuri l'efficacia *erga omnes* dei contratti aziendali, potrebbero avere successo, finirebbero comunque per far emergere un insana- bile contrasto tra una Cgil che ha accettato il principio maggioritario e una Fiom pronta a tutto pur di far prevalere le sue posizioni su quella di tutti gli altri. E anche questo sarebbe un altro merito "politico" da ascrivere all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

*Michele Tiraboschi **

Lo hanno sottolineato tutti i primi commenti a caldo. L'accordo sottoscritto martedì 28 giugno 2011 tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil rappresenta una svolta importante per le nostre relazioni industriali. Non solo però perché, per la prima volta dopo il 1993, si registra positivamente un accordo unitario sulle "regole" di funzionamento di alcuni

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

aspetti centrali del nostro sistema di relazioni industriali quali rappresentatività, efficacia generale dell'accordo aziendale, clausole di tregua sindacale. Ancor più rilevante, probabilmente, è il fatto che le parti abbiano raggiunto una intesa che appare in tutto e per tutto autosufficiente. Nel senso che – salvo un opportuno richiamo alla necessità di rendere strutturale la vigente normativa di incentivazione fiscale della contrattazione di secondo livello – le parti firmatarie non hanno previsto la necessità, e forse neppure l'opportunità, di alcun intervento legislativo di sostegno o recezione dei contenuti dell'accordo. Tantomeno un intervento legislativo di attuazione dell'articolo 39 della Costituzione. Lo indica chiaramente l'incipit dell'intesa, là dove le parti firmatarie precisano che è «interesse comune definire pattiziamente le regole in materia di rappresentatività delle organizzazioni sindacali dei lavoratori».

Una soluzione che, dopo vari tentennamenti e proposte di intervento legislativo avanzate anche nel corso della presente Legislatura (si vedano in particolare le proposte Ichino e Cazzola), conferma fino in fondo la scelta di escludere l'intervento dello Stato nelle dinamiche interne del nostro sistema di relazioni industriali.

Nell'introdurre significative novità e aprire la strada ad accordi aziendali di produttività, l'accordo conferma dunque un modello di relazioni industriali centrato sull'autonoma capacità regolatrice delle parti sociali. Come celebrano oggi i giornali, la firma dell'accordo è stata dunque una svolta coraggiosa e responsabile di Emma Marcegaglia, Susanna Camusso, Raffaele Bonanni e Luigi Angeletti. Ma anche una vittoria, all'inizio della trattativa non scontata, del metodo sussidiario applicato alle relazioni di lavoro. Quel metodo di astensionismo legislativo che ha caratterizzato l'evoluzione delle relazioni industriali nell'Italia post-fascista e che ha visto positivamente organizzazioni datoriali e sindacali libere che liberamente contrattarono nel rispetto dei reciproci interessi e col consenso dei rappresentati.

Senza replicare, avendo ben presenti le degenerazioni del fascismo e del comunismo, le logiche della rappresentanza politica o, come ipotizzato dalla Carta costituzionale, forme di controllo se non di vero e proprio assorbimento del libero fenomeno sindacale all'interno delle strutture dello Stato.

Del resto una legge di sostegno dell'accordo avrebbe potuto rivelarsi alla lunga controproducente, nel senso di formalizzarne taluni punti di possibile debolezza, specie con riferimento alla vincolatività *erga omnes* delle clausole di tregua o alle inevitabili interferenze con i soggetti legittimati non solo alla attività di negoziazione collettiva, ma anche alla proclamazione dello sciopero. Senza trascurare i rischi di possibili

censure di costituzionalità sollevate da chi avrebbe potuto ritenere, in questo sostenuto da parte della nostra dottrina, che anche l'efficacia generale del contratto collettivo aziendale sarebbe condizionata dalla attuazione dell'articolo 39 della Costituzione. Una norma sbagliata, come sosteneva già negli anni Settanta un giuslavorista di rango come Federico Mancini, perché riproduce uno schema di tipo corporativo.

La nostra impressione è che, senza una legge di sostegno, l'accordo sia al tempo stesso più forte e autorevole. La sua efficacia, nel concreto dispiegarsi degli assetti della contrattazione collettiva, e, segnatamente, della contrattazione aziendale per virtù delle deleghe ricevute dal (o in ragione delle deroghe rispetto al) contratto nazionale di lavoro, non è infatti rimessa al vaglio del legislatore o di un magistrato, ma viene piuttosto affidata a quel principio di effettività che ha sempre caratterizzato, in positivo e fino alle recenti degenerazioni, il nostro sistema di relazioni industriali. Un principio di effettività che viene ora rilanciato e rafforzato, dopo l'accordo separato del 22 gennaio 2009, dal carattere unitario della intesa.

L'accordo non è dunque un punto di arrivo, ma semmai un punto di partenza verso nuove e più efficienti relazioni industriali ispirate alla ricerca del bene comune attraverso quelle "intese possibili" raggiunte a livello aziendale, anche in deroga alle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, da organizzazioni sindacali e espressione della maggioranza dei lavoratori. Se le parti firmatarie saranno in grado di far rispettare l'accordo nei fatti, allora anche i (non irrilevanti) problemi formali che iniziano a prospettarsi tra i giuslavoristi saranno presto superati, evitando quella deriva giustizialista a cui il nostro sistema di relazioni industriali era inevitabilmente destinato, in assenza di regole certe, anche se solo di natura pattizia, sulla misurazione della rappresentatività e sulla esigibilità degli accordi aziendali.

*Carlo Dell'Aringa **

Alcuni aspetti dell'accordo interconfederale dello scorso 28 giugno si prestano ad alcune considerazioni di natura economica, soprattutto se essi vengono considerati e letti alla luce degli avvenimenti che la nostra economia ha sperimentato in questi mesi e in queste ultime settimane.

* *Professore ordinario di Economia politica, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.*

Il nostro problema principale è certamente quello del debito pubblico e gli interventi da mettere innanzitutto sul campo sono quelli tesi a ripristinare accettabili condizioni di bilancio. A ridosso di questo problema esiste l'altro, quello del cosiddetto denominatore del rapporto debito/PIL. Vale a dire il problema della crescita.

La crescita, però, deve essere sostenuta dalla produttività, del lavoro e di tutti gli altri fattori produttivi. Da questo punto di vista, l'accordo del 28 giugno è importante perché ha ricostituito una unità di azione tra le tre sigle sindacali. Con questa ritrovata unità di azione, diventa ancor più credibile l'annunciato rilancio della contrattazione aziendale, che conferma i contenuti dell'accordo interconfederale del 2009. Si è ripetuto ancora una volta che il livello aziendale va privilegiato per rafforzare il circuito virtuoso tra salario e produttività, un circuito favorito dalla defiscalizzazione e dalla decontribuzione (di parte) dei premi di risultato.

Tutto questo va nella direzione di stimolare la produttività del nostro apparato produttivo. Non sarà sufficiente, perché gran parte della bassa produttività delle nostre imprese è dovuta a carenze del contesto a loro esterno, quello che riguarda la fornitura di servizi, privati ma soprattutto pubblici, di cui esse hanno bisogno per nascere e crescere.

Un passo importante è stato comunque fatto in quella direzione. Il legame tra salario e produttività rappresenta una di quelle riforme di carattere microeconomico di cui abbiamo assolutamente bisogno per aumentare il livello di competitività dell'intero Paese. Purtroppo, al punto cui la nostra economia è arrivata non bastano più queste innovazioni sul piano dell'efficienza. Il motivo è semplice: il recupero della competitività perduta è un viaggio lungo e difficile. Importante è mettersi in viaggio il più velocemente possibile, ma i tempi di percorrenza saranno lenti.

Il costo del lavoro per unità di prodotto e i prezzi dei prodotti esportati sono ormai aumentati troppo e causano problemi al nostro commercio estero. Prima di noi lo stesso problema, in forma ancor più accentuata, si è verificato in Grecia e in Portogallo. In questi Paesi il primo problema è, come da noi, il debito, ma il secondo è la perdita di competitività. I due problemi, insieme, stanno producendo gli effetti che sono sotto gli occhi di tutti.

E passiamo così dalla micro alla macroeconomia. I prezzi dei nostri prodotti e servizi, soprattutto di quelli che hanno commercio internazionale, sono troppo elevati. Non possiamo più svalutare. L'unico modo per deprezzare il nostro cambio "reale" è contenere l'aumento dei prezzi. Si dirà che il nostro tasso di inflazione non è stato mai tanto

basso. È vero, ma il problema è che noi dovremo essere così virtuosi da tenerlo ancora più basso di quello dei nostri concorrenti dell'area-euro. È vero che abbiamo una spirale "prezzi-salari" molto contenuta, ma questo non conta. Il problema è che dobbiamo tenerla più contenuta di quella dei nostri concorrenti dell'area euro.

Che fare? Più o meno una cosa simile a quella che si fece quando le parti sociali fecero la scommessa di rientrare dall'inflazione a due cifre e poi arrivarono all'abolizione della scala mobile. Oggi non abbiamo l'inflazione a due cifre, abbiamo una inflazione a una cifra, ma è una cifra "pesante". Un punto in più di inflazione (che non può più essere recuperato da un deprezzamento sul cambio), deve essere recuperato o da un aumento maggiore di produttività o da un aumento dei prezzi più basso nell'anno seguente. Ed è quello che dobbiamo fare noi. Le parti sociali in primo luogo.

La strada non può più essere quella dell'inflazione "programmata". È una strada già battuta e lo strumento è stato usato e abusato. Non credo sia più utilizzabile. Abbiamo un'altra opportunità, che ci viene suggerita dal recente accordo. Ed è quella di alleggerire il contratto nazionale. Occorre alleggerirlo non solo sul versante normativo, come ormai viene proposto da molti, ma anche sul versante economico, come nessuno ha ancora proposto. Può darsi che il clima sindacale e i tempi dei rinnovi dei contratti nazionali (ancora lontani) rendano la proposta di scarsa attualità. Ma prima o poi i nodi, credo, arriveranno al pettine. In qualche settore, come quello bancario, il problema si sta affacciando. Le banche che per decenni hanno condiviso le loro rendite con i loro dipendenti, hanno scoperto di essere diventate, in poco tempo, quelle maggiormente soggette alla concorrenza internazionale. E hanno capito che devono "cambiare registro", cominciando ad "alleggerire" economicamente il contratto nazionale. I sindacati giustamente difendono le loro posizioni, soprattutto quelli che maggiormente si sono impegnati a cambiare le regole del gioco con l'accordo interconfederale del 2009. Ma ritengo che anche quell'accordo, in fase di rivisitazione, dovrà subire una significativa manutenzione.

Un contratto nazionale più leggero, proiettato sia pure con grande gradualità a svolgere il ruolo di sola garanzia dei livelli salariali minimi nazionali, permetterà di raggiungere due obiettivi. Il primo è di dare più spazio alla contrattazione aziendale, almeno nelle imprese dove questa si può fare e, per questa via favorire la crescita della produttività. Il secondo è di garantire una dinamica dei redditi non solo reali (questo comunque succede) ma anche nominali in linea con la produttività. Come

succede nei Paesi più virtuosi dell'Euro. Se nell'Euro vogliamo rimanere.

*Giovanni Tria **

L'accordo interconfederale del 28 giugno tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil può essere analizzato da più punti di vista. Il primo è quello che vede l'accordo come una prima risposta a Marchionne ed al suo intendimento di uscire dalla Confindustria; intendimento che ha un significato dirompente per tutto il meccanismo delle relazioni industriali perché mette in discussione la rappresentatività stessa di sindacati e organizzazione dei datori di lavoro. Non vi è dubbio, infatti, che gli uni e l'altra sono inevitabilmente legati nel difendere il loro ruolo, sia che esso sia stato giocato fino ad oggi nell'ambito di un capitalismo corporativo che mostra la corda, sia che esso venga aggiornato per adeguarlo ad un capitalismo dinamico e votato all'innovazione. La firma dell'accordo anche da parte della Cgil dà certamente forza alla rilegittimazione reciproca delle sigle in gioco. Ma sarebbe sbagliato ridurre a questo significato, non secondario di per sé, il contenuto dell'accordo. I giuslavoristi sono già al lavoro per analizzarlo e capire in che modo ed in che misura il meccanismo barocco delle relazioni industriali italiane sia stato innovato e se da esso nasca o meno un sistema gestibile, in una economia moderna, o se invece contenga già in sé quegli elementi di ambiguità che hanno fatto sì che anche il mercato del lavoro in Italia sia governato dalle magistrature.

Lascio il giudizio su questo punto ai giuslavoristi, per andare allo spirito essenziale dell'accordo che risiede nello spostamento del fulcro della contrattazione dal livello nazionale al livello aziendale. La tecnica adottata è complessa e rimane aperto il nodo della validità degli accordi aziendali verso i sindacati non firmatari degli accordi e soprattutto verso i singoli lavoratori. Forse, per ovviare al problema, è necessaria una modifica legislativa, se non anche costituzionale, ma certamente la strada per una maggiore libertà negoziale a livello di impresa è aperta. Si tratta di un passo importante e necessario per la crescita economica, ma sono anche importanti la chiarezza e la semplicità che si riusciranno a dare al nuovo assetto contrattuale.

* *Professore ordinario di Economia politica, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.*

Il contratto nazionale, strumento principe di un capitalismo corporativo, funziona in una economia sostanzialmente chiusa in cui la contrattazione si propone di fissare condizioni uniformi di competizione tra le imprese per quanto riguarda l'uso del fattore lavoro. Di qui il vecchio dibattito tra economisti sul carattere quasi-fisso del costo del lavoro, ma anche il prodursi del dualismo, nel mercato del lavoro stesso, tra coloro che il sistema è in grado di occupare e coloro che ne rimangono fuori o come disoccupati o come occupati nel mercato informale.

Al di là del grado di equità di questo sistema duale, esso non può più sopravvivere perché le imprese competono su mercati aperti e globali in cui le regole sono molto differenziate ed il progresso tecnologico e l'innovazione sono condizione di successo o di estinzione. I nuovi termini della competizione non implicano di per sé un peggioramento delle condizioni di salario e di lavoro, ma il fatto che queste condizioni dipendono dalla capacità di ciascuna impresa di trovare il modo per massimizzare la sua capacità competitiva ed i suoi guadagni attraverso gli incrementi di produttività. Questo lascia, naturalmente, ampio spazio contrattuale per mettere in discussione la ripartizione dei benefici del successo. Bene o male, si tratta di accettare in pieno la libertà di impresa, a cominciare dal diritto di contrattare liberamente con le rappresentanze dei propri dipendenti le condizioni di salario e di organizzazione del lavoro in base alle condizioni di mercato, e di poter programmare investimenti e sviluppo senza che queste condizioni vengano rimesse in discussione una volta accettate. Ma maggiori articolazione e flessibilità della contrattazione permettono di negoziare salari differenziati anche a vantaggio dei lavoratori, i quali possono adattare le richieste alle condizioni di impresa, chiedendo di più ove è possibile ottenere di più. Ed è vantaggioso per le imprese offrire a livello aziendale salari tali da incentivare la produttività. Ciò è tanto vero che, in condizioni difficili, in cui si pone il problema di una politica dei redditi tesa a contrastare l'inflazione, la teoria consiglia un meccanismo di contrattazione centralizzata, che proprio da questa esigenza ha tratto in passato la sua forza e la principale motivazione. La contrattazione nazionale può essere anche considerata, in teoria, come preferibile per evitare il fenomeno della prevalenza degli *insiders*, cioè del comportamento negoziale degli occupati che non si curano del livello di disoccupazione o degli interessi generali che possono essere danneggiati da fenomeni di esternalità negative conseguenti alle contrattazioni a livello aziendale. Tuttavia si tratta di riflessioni sostenibili solo se riferite, come si è detto, ad una economia chiusa. In primo luogo non ci sembra che la contrattazione nazionale abbia ostacolato il fenomeno del dualismo del mercato del

lavoro, per il motivo che gli interessi degli *insiders* hanno sovrastato, nei concreti comportamenti negoziali delle organizzazioni nazionali, l'interesse generale che la contrattazione nazionale avrebbe dovuto maggiormente tutelare. Il fatto più importante, comunque, è che, in una economia aperta, è la concorrenza internazionale che agisce principalmente per il contenimento dell'inflazione ed è dalla capacità di competere delle singole imprese che dipende il livello di occupazione. La politica dei redditi è uno strumento del passato come gli strumenti negoziali da essa motivati.

*Giorgio Santini **

I contenuti dell'accordo interconfederale sono a ben guardare semplici ed essenziali, ma al tempo stesso straordinariamente importanti perché hanno la caratteristica di permettere, alle rappresentanze sindacali e datoriali, di poter decidere, in situazioni di divergenza, senza ricadere nella situazione di paralisi che spesso hanno contrassegnato le vicende sindacali nel nostro Paese.

Sono previste, per quanto riguarda la legittimità alla contrattazione nazionale, la certificazione degli iscritti e la ponderazione con i voti raccolti nelle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie, costruendo in questo modo un indicatore di rappresentatività che, se necessario, potrà essere usato per stabilire anche la legittimità alla stipula degli stessi contratti nazionali.

Per la contrattazione decentrata, ed in particolare per gli accordi aziendali, si definisce con chiarezza che essi sono validi se approvati dalla maggioranza degli RSU e soprattutto che, una volta approvati, impegnano tutti al mantenimento degli impegni assunti, ivi comprese le clausole di tregua eventualmente definite dagli accordi.

In caso di presenza di RSA, il criterio della maggioranza deriva dalla percentuale delle iscrizioni alle organizzazioni sindacali e, ai fini della valenza generale degli accordi aziendali, si potrà effettuare, se richiesto da un'organizzazione sindacale o dal 30% dei lavoratori, un voto tra i medesimi sull'accordo.

Infine, ma non certo per importanza, vengono condivise, anche dalla Cgil che finora le aveva sempre avversate, procedure per le c.d. intese modificative attraverso la contrattazione decentrata di istituti e norma-

* *Segretario generale aggiunto, Cisl.*

tive dei contratti collettivi nazionali, che possono agire, in caso di crisi aziendali o nuovi investimenti, anche da subito con accordi aziendali e territoriali in attesa di essere disciplinate dalla futura contrattazione nazionale.

Sul piano più generale, l'accordo interconfederale rappresenta un importante segnale di responsabilità delle parti sociali in un momento particolarmente difficile del Paese, stretto nella morsa della crisi finanziaria del bilancio pubblico e delle conseguenze occupazionali della grave crisi economica e produttiva. Il messaggio dell'intesa è chiaro: da questa fase così difficile è possibile uscire solo attraverso un grande impegno generale a realizzare patti che in tutti i luoghi di lavoro e in tutti i settori rilancino la qualità, la competitività, la produttività del sistema delle imprese e con esse dell'occupazione.

Riguardo agli assetti della contrattazione l'accordo risulta l'ultimo decisivo tassello della riforma della contrattazione collettiva del gennaio 2009 che ha permesso, in questi due anni, la stipula dei contratti nazionali in scadenza e l'avvio di una robusta stagione di contrattazione decentrata. Quest'ultima, con nuove regole condivise da tutti, utili a dare efficacia e validità ai contratti aziendali, troverà sicuramente nuovo impulso, potendo contare anche sulla conferma della detassazione e della decontribuzione degli accordi aziendali e territoriali, che il Governo ha positivamente riconfermato e che l'accordo chiede di rendere strutturale.

Si tratta di una evoluzione pienamente coerente con i contenuti dell'accordo sulla contrattazione del 2009 ed è motivo di particolare soddisfazione per le organizzazioni firmatarie che, dopo molti rifiuti ed auto-esclusioni, sia stata apposta la sigla anche della Cgil, in particolare sulle questioni più problematiche come le clausole di tregua e le intese modificative (nuova definizione di deroghe) che spesso in questi anni sono state oggetto di incomprensioni e lacerazioni anche dolorose tra le organizzazioni sindacali.

L'accordo interconfederale definisce altresì un significativo pluralismo dei modelli di rappresentanza, facendo evolvere, senza cancellarlo, l'accordo del 1993.

Accanto alle RSU, che vengono confermate nelle loro funzioni nei settori dove hanno avuto una diffusione e un radicamento, mantengono piena legittimità le RSA, anche in proiezione futura, andando, quindi, oltre la prospettiva residuale e in via di esaurimento delineata dall'accordo del 1993.

La pluralità nei modelli di rappresentanza e la definizione condivisa di regole, per decidere a maggioranza anche nei casi in cui esistono forti

divergenze tra le organizzazioni sindacali, configurano un nuovo assetto del sindacalismo confederale italiano che resta fondato sulla vocazione alla sintesi tra diverse culture e modelli senza che ciò possa, tuttavia, mai presupporre per nessuna organizzazione un diritto di veto e porti quindi ad una paralisi nell'azione del sindacato.

Ai fini dell'attuazione, l'accordo è immediatamente applicativo e potrà essere utile in particolare per favorire nuovi accordi per investimenti e occupazione nelle tante realtà aziendali e settoriali in crisi e in ristrutturazione, come già avvenuto nei mesi scorsi con gli accordi di Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco, tra Fiat e organizzazioni sindacali firmatarie.

Se si guarda alla sostanza, i criteri individuati dall'accordo interconfederale, in particolare la validità e l'efficacia degli accordi aziendali, quando approvati dalla maggioranza degli RSU, avrebbero permesso il superamento condiviso delle divisioni fatte registrare in quelle vicende e conseguentemente avrebbero impegnato tutte le organizzazioni alla stipula degli accordi.

Vista l'importanza dei progetti industriali, degli investimenti, della occupazione prevista, che gli accordi Fiat mettono in atto, sarebbe davvero auspicabile un rapido ripensamento di chi non li ha sottoscritti, uscendo dalle paludi delle vie giudiziarie.

Una strada parallela e praticabile, utile anche per chiarire definitivamente in positivo i rapporti tra Fiat e Confindustria, appare quella di far confluire questi accordi in contratto nazionale Auto (che in Italia coincide quasi del tutto con il gruppo Fiat), rientrando così pienamente negli accordi del 2009 e del 28 giugno 2011.

*Paolo Pirani **

Non appaia una *diminutio* se non usiamo per l'accordo del 28 giugno l'abusato aggettivo "storico". È stato certamente un accordo importante perché ha dato continuità e compiutezza alla riforma del sistema contrattuale del 2009. Ed è stato utile perché ci ha aiutato a superare i conflitti e le lacerazioni che hanno caratterizzato le relazioni industriali negli ultimi anni. Ma si è inserito in un solco già tracciato, rafforzando la contrattazione di secondo livello, esaltandone il carattere della esigibilità. Nel senso che questa intesa consolida e conferma il valore della con-

* *Segretario confederale, Uil.*

trattazione nazionale ma stabilisce, in particolare, una serie di regole che si prefiggono l'obiettivo di rendere esigibili e generalizzabili i contratti aziendali.

Noi non possiamo dimenticare che la competitività e la produttività sono i presupposti per una crescita occupazionale e salariale. Ora, anche grazie a questo accordo, i contratti aziendali potranno porsi questi obiettivi di crescita e potranno adattarsi secondo logiche certe e condivise.

Già la riforma del 2009 aveva mandato in soffitta l'idea che il lavoro fosse una derivata della politica, introducendo il concetto secondo cui la misurazione del suo valore dipende esclusivamente da fattori economici. Con l'intesa del 28 giugno, l'attribuzione di un adeguato peso specifico alla contrattazione di secondo livello nasce dalla consapevolezza che la chiave di volta per la ripresa sia la produttività e che, conseguentemente, lavoro e salario possano crescere a partire dal luogo in cui la ricchezza si produce direttamente. Questa moderna visione assume i temi della competitività e del merito come obiettivi da realizzare anche a tutela dei soggetti più deboli. È qui che risiedono senso e significato nuovi di un immutato ruolo sindacale.

Analogo ragionamento vale per la tormentata vicenda Fiat che ha plasticamente manifestato la priorità del microcosmo aziendale nelle scelte di politica industriale messe in campo dalle imprese che puntano ad un'espansione fondata sulla competitività. Non vi è dubbio, peraltro, che l'insieme della vicenda contrattuale si intreccia con la recente storia della casa automobilistica. Ed è noto che l'amministratore delegato, Sergio Marchionne, pur apprezzando l'intesa tra Cgil, Cisl, Uil e Confindustria, ha chiesto che vengano fatti ulteriori passi avanti, altrimenti la Fiat si vedrà costretta ad uscire dal sistema confindustriale. Ora, noi ben comprendiamo le ragioni della Fiat. Nessuno più di noi vuole salvaguardare gli accordi di Pomigliano, di Mirafiori e della ex Bertone, soprattutto perché rappresentano la salvezza di molte migliaia di posti di lavoro. Accordi che, peraltro, sono stati approvati dalla maggioranza dei lavoratori. Noi però pensiamo che, nelle prossime settimane, si potrà dimostrare come questi accordi siano difendibili anche restando dentro Confindustria.

D'altro canto la Fiat e le organizzazioni sindacali firmatarie di quelle intese aziendali non chiedono altro che il rispetto di una vecchia regola che ha retto per decenni il sistema delle relazioni sindacali: *pacta sunt servanda*. È nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti, a partire dai lavoratori, che vi sia una certezza delle regole e della loro effettiva applicazione da parte di tutti. Regole che spesso sono a tutela proprio della

parte contrattuale più debole. L'intesa del 28 giugno punta a risolvere questi aspetti per il futuro; mentre il futuro di Fiat, in queste ore, è in qualche misura sospeso anche a decisioni giudiziali.

L'accordo di giugno, che ha visto anche la firma della Cgil, ha affrontato e risolto, inoltre, l'annosa questione della certificazione degli iscritti e ha definito un'efficace sistema della misurazione della rappresentatività sindacale. Tuttavia, l'intesa è stata firmata non solo, e non tanto, per regolare i rapporti tra le parti sociali, quanto per meglio tutelare gli interessi dei lavoratori e del Paese. È stata aperta una nuova frontiera perché è ormai evidente a tutti che le regole scritte, senza tener conto delle esigenze concrete che emergono nei singoli luoghi di lavoro, hanno esaurito la loro funzione.

Il lungo e tormentato cammino delle relazioni sindacali è giunto ad un traguardo: porre la persona-lavoratore al centro delle dinamiche aziendali esaltandone le capacità personali e professionali. È la concretizzazione di un principio di vecchia data ma di grande e perenne modernità, quello che puntava a coniugare, nel sociale come nel lavoro, i meriti e i bisogni. L'ultimo miglio di questo cammino è stato fatto insieme alla Cgil che ha così recuperato parte del tempo perduto. Sarà il futuro a dirci se si è trattato di un effimero episodio o di un rinnovato afflato unitario costruito sulla partecipazione e sul riformismo.

*Luigi Sbarra **

Non si può negare il rilievo delle vicende Fiat negli ultimi mesi, né per gli eventi che ne sono scaturiti, né per gli effetti sul piano generale. Tuttavia, dal "caso Fiat" è stato alimentato un dibattito più d'immagine che di sostanza, su temi come la struttura della contrattazione, gli assetti delle relazioni industriali, la rappresentanza e rappresentatività, la validità *erga omnes* degli accordi sindacali.

È importante sottolineare che una parte importante della contrattazione è già ben oltre gli schemi della contrapposizione politica e strumentale che ha caratterizzato gli accordi di Pomigliano, Mirafiori e Grugliasco.

Una parte della contrattazione che ha il "difetto" di non fare notizia, ma che ha consentito in molte aziende e – in certi casi – in interi comparti di rispondere alle esigenze organizzative delle imprese, recuperando flessibilità, efficienza, produttività e, più in generale, competitività.

* *Segretario confederale, Cisl.*

In molte imprese lo spirito partecipativo – o quantomeno collaborativo – è presente da anni ed ha consentito di fare accordi “personalizzati” su contesti specifici e realtà particolari, trovando risposte alle esigenze delle imprese ed utilizzando la contrattazione per risolvere i problemi di quel contesto, trovando un punto di equilibrio tra le istanze delle aziende e quelle dei lavoratori.

Questo patrimonio è stato ulteriormente valorizzato ed ampliato dagli accordi sul nuovo modello contrattuale, non firmato dalla Cgil, ma sostanzialmente recepito in quasi tutti i contratti nazionali firmati unitariamente ad eccezione di quello dei metalmeccanici e del terziario.

L'accordo del 28 giugno scorso, sottoscritto anche dalla Cgil, ha completato il quadro con quanto mancava, da anni, al sistema di regole delle relazioni industriali. C'è, infatti, una risposta chiara al tema della rappresentanza-rappresentatività, alla validazione degli accordi e alla loro vincolatività, alle clausole di tregua, al maggior peso e articolazione della contrattazione di secondo livello.

In questo senso l'accordo è un atto di responsabilità che rilancia il ruolo delle parti sociali come soggetti fondamentali per aiutare il Paese ad uscire da momenti difficili. Le regole definite dall'accordo possono consentire alla contrattazione di divenire un volano anche per la competitività, come contrattazione che supera la concezione antagonistica e diventa lo strumento per costruire soluzioni condivise e partecipate, per conseguire obiettivi chiari e trasparenti di sviluppo che sono nel comune interesse dei lavoratori e delle imprese.

Aver raggiunto un'intesa su questi punti, attraverso un accordo tra le parti e non attraverso la legge, rappresenta un valore aggiunto politico-sociale e rende più autorevoli le norme ed i soggetti che le hanno determinate.

Il ritorno alla sostanza del documento unitario del maggio 2008 era stato indicato dalla Cisl come il punto di riferimento per un accordo sulla rappresentanza e sulle regole per l'approvazione degli accordi. E alla sostanza di quell'accordo siamo tornati, recuperando parte della esperienza già fatta nel pubblico impiego ed, anzi, introducendo, rispetto alla precedente impostazione, un *quid* che è più vicino alla nostra concezione associativa. L'accordo del 28 giugno “riscoffre”, infatti, le RSA come soggetto di rappresentanza e di validazione degli accordi.

Le regole scaturite da questo accordo sono un utile mix tra diverse culture ed impostazioni: un mix che riteniamo positivo, sostenibile e compatibile con le nostre convinzioni. La Cisl crede profondamente nei propri valori fondativi di tipo associativo, ma rispetta anche quelle dei

propri interlocutori, privilegiando il metodo del dialogo per raggiungere sintesi condivise.

Una parte importante del dibattito sorto intorno al futuro della contrattazione e all'alternatività tra contratto aziendale e nazionale si può ritenere quanto meno ridimensionata, perché l'accordo del 28 giugno dà importanti risposte di merito.

Alla luce delle nuove regole ed anche del nuovo clima di responsabilità che si è creato, la struttura contrattuale articolata su due livelli assume una logica ed una coerenza ancora più evidente.

Il contratto nazionale si conferma come la fonte normativa più autorevole in tema di regolazione dei rapporti di lavoro, in alternativa alla legge ed in modo più efficace della legge stessa, perché offre riferimenti di base comuni, ma con un'articolazione settoriale che, attraverso gli oltre 400 contratti collettivi nazionali, coglie già una prima capacità di risposta specifica da sviluppare ulteriormente col secondo livello di contrattazione.

Il nuovo modello contrattuale ed il recente accordo sulle regole rappresentano una risposta esaustiva per la stragrande maggioranza delle imprese italiane; regole che sarebbero state sufficienti anche per la Fiat, se fossero intervenute prima dell'accordo di Pomigliano, a cui va riconosciuto un ruolo di forte sollecitazione.

Francamente è difficile chiedere che un accordo sindacale possa avere effetti retroattivi. Se oggi il dibattito resta aperto è "solo" perché la Fiat ha il problema delle cause aperte dalla Fiom e non può giuridicamente avvalersi di norme concordate solo pochi giorni fa. Ma se l'accordo del 28 giugno è valido sul piano giuridico-formale, il clima nuovo di responsabilità portato dall'accordo stesso riguarda tutti e non può non influenzare tutti i soggetti della società, dell'economia, della politica e delle istituzioni.

Si può e si deve lavorare per trovare una strada per individuare una soluzione inclusiva del problema Fiat all'interno delle nuove regole. La legge resta per noi un'estrema *ratio*, tendenzialmente da evitare.

La Fiat, di cui comprendiamo le ragioni ed apprezziamo le strategie di sviluppo, deve però abbandonare lo stile da *ultimatum* con il quale negli ultimi tempi si rivolge ai lavoratori, al sindacato, al Governo ed alle stesse proprie organizzazioni imprenditoriali. I percorsi di partecipazione non nascono da *ultimatum*, ma dalla trasparenza, dal coinvolgimento intorno alle proprie scelte strategiche che diventano così fattori di consapevolezza e di condivisione.

Una riflessione su un ulteriore aggiustamento della struttura contrattuale andrebbe fatto fuori dall'emergenza e non riferendosi ad un solo caso aziendale (per quanto di grandissima importanza).

Il concetto da acquisire, anche culturalmente (come in molti contesti contrattuali è già avvenuto), è che le deroghe, l'adattabilità, le norme modificative o come vogliamo definirle, vanno assunte non solo come elemento da utilizzare a fronte di fatti eccezionali (crisi o rilevanti processi di investimento) ma in termini ordinari.

Questo concetto lo si può desumere dalla sottolineatura contenuta sia negli accordi sul nuovo modello contrattuale sia nel recente accordo sottoscritto unitariamente: trasferire maggiori competenze e responsabilità al secondo livello di contrattazione. Gli orari, l'organizzazione del lavoro, la professionalità del lavoratore, i sistemi incentivanti, la remunerazione della produttività, vanno gestiti laddove concretamente si formano e si sviluppano: in azienda e sul territorio.

Le “dimensioni” della responsabilità sociale dell’impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza

Andrea Sitzia, Daniela Segà

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Le “dimensioni” della RSI: tra etica, economia e diritto. – **3.** RSI, etica e diritto d’impresa. – **4.** RSI e documenti comunitari. – **5.** RSI e sicurezza del lavoro: aspetti del decreto legislativo n. 81/2008.

1. Premessa.

Negli ultimi anni il tema della “responsabilità sociale dell’impresa” (in seguito, RSI) è diventato argomento di discussione sempre più ricorrente, soprattutto nelle scuole di *business*. In questa sede intendiamo affrontare l’argomento nel quadro del rapporto tra responsabilità (anche sociale), funzione dell’impresa e sistemi normativi. Nello specifico, intendiamo considerare i modi nei quali il principio della “responsabilità sociale” dovrebbe avere, ha avuto e può avere attuazione in relazione alla disciplina (giuridica) dell’impresa e del lavoro, riflettendo sul rapporto tra “responsabilità sociale” e diritto positivo.

Il tema si compone di una serie molto estesa di capitoli, che dovrebbero essere tutti affrontati partitamente: in termini generali, si parte dal problema di precisare il concetto stesso di impresa nella prospettiva di verificare in che modo essa concorra alla realizzazione del benessere (da leggere nel senso non solo economico, ma soprattutto umano, inteso come fine, e non come puro strumento nell’ottica della massimizzazione del profitto, che pure resta un parametro necessario, seppure non esclusivo); si passa attraverso la questione della responsabilità delle isti-

* *Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova.*

** *Ricercatore di Diritto commerciale, Università degli Studi di Padova.*

Questo scritto è frutto del lavoro congiunto dei due Autori. Tuttavia, A. Sitzia ha curato individualmente i §§ 1, 2, 4 e 5; D. Segà il § 3.

tuzioni e delle organizzazioni, la nozione stessa di responsabilità, il rilievo dell'etica, la promozione della sicurezza del lavoro, intesa nella sua dimensione generale/valoriale di tutela e promozione dell'uomo. Si tratta, nel complesso, come è evidente, di convergenti aspetti di un capitolo della questione, fondamentale e perenne, del bene comune ⁽¹⁾.

Sulla base di questa premessa, intendiamo qui trattare dell'argomento sotto tre differenti, se pure convergenti, direttrici.

In primo luogo, ci sembra necessario porre una preliminare questione definitoria: il fenomeno della RSI è un fenomeno complesso che appartiene al mercato ⁽²⁾ e affonda il suo fondamento teorico nella cosiddetta "etica degli affari" ⁽³⁾. Esso richiede al giurista di tenere conto del dibattito circa il rapporto tra etica, diritto ed economia, per lo meno con riferimento alle regole che si impongono all'attività di impresa ⁽⁴⁾,

⁽¹⁾ La questione evocata nel testo rinvia alla questione educativa, anch'essa di carattere generale: sull'esigenza di una educazione sociale dell'individuo si veda per tutti A. AGAZZI, *L'educazione al senso ed all'azione sociale secondo la Mater et Magistra*, in AA.VV., *I nuovi termini della questione sociale e l'Enciclica Mater et Magistra*, Vita e Pensiero, Milano, 1961, 174 ss.

⁽²⁾ Cfr., tra gli altri, G. CONTE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2008, X; M. NAPOLI, *Prefazione. Un dialogo sulla responsabilità sociale delle imprese*, in ID. (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, VII ss.

⁽³⁾ Il concetto di "responsabilità sociale dell'impresa" è comparso negli scritti economici americani agli inizi degli anni Cinquanta; la dottrina (cfr. N. DENTCHEV, *To What Extent Is Business and Society Literature Idealistic?*, Faculty of Economy and Business Administration Working Paper, 2004, 245) menziona come "padre della RSI" H.R. BOWEN (*Social Responsibilities of the Businessman*, Harper & Brothers, New York, 1953); sul tema si vedano anche, in generale, D. VOGEL, *The Market for Virtue. The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility*, Brookings Institution, Washington D.C., 2006; D. MATTEN, A. CRANE, W. CHAPPLE, *Behind the Mask: Revealing the True Face of Corporate Citizenship*, in *Journal of Business Ethics*, 2003, 45, 1, 109 ss.; J. WEBER, D.M. WASIELESKI, *Managing Corporate Stakeholders*, in J. ANDRIOF et al. (eds.), *Unfolding Stakeholder Thinking. Relationships, Communication, Reporting and Performance*, vol. 2, Greenleaf Publishing, Sheffield, 2003, 180 ss.

⁽⁴⁾ L'attività di impresa, a sua volta, interessa la radice del problema lavoristico nella misura in cui il rapporto di lavoro importa l'ingresso del lavoratore in una organizzazione; in questi casi il diritto del lavoro, oltre ad «arricchire il contenuto del rapporto con una serie di poteri e doveri collegati all'esistenza di una organizzazione di lavoro, [...] tende a temperarlo, in quanto rapporto di scambio, associando l'imprenditore e i lavoratori in una comunità d'impresa fondata sulla circostanza che gli interessi delle parti – in principio contrapposti – trovano a lungo andare un punto di convergenza nell'obiettivo della massima produttività del lavoro» (così L. MENGONI, *Lo sviluppo del diritto del lavoro fattore essenziale del progresso sociale*, in AA.VV., *I nuovi ter-*

nell’ambito delle quali entra (ne è un esempio molto evidente la disciplina della sicurezza del lavoro) la RSI.

Il secondo livello dell’analisi è immediatamente correlato al primo e riguarda il sistema delle fonti. Il tema della RSI pone il problema del rapporto tra diritto “forte” e diritto “debole” (nel linguaggio europeo, si parla di *hard* e *soft law*) e richiede di inquadrare giuridicamente il fenomeno delle cosiddette “buone prassi” e dei “codici etici” ⁽⁵⁾.

Il terzo e ultimo profilo attiene più in dettaglio alla prospettiva giuslavoristica. Si svolgeranno alcune considerazioni relativamente alla sicurezza del lavoro perché, in Italia, il decreto legislativo n. 81/2008 tratta anche di responsabilità sociale d’impresa: molte sono le norme che se ne occupano e questo consente (o meglio impone) di passare dalla riflessione teorica a quella più propriamente interpretativa. La “giuridificazione” della RSI (esemplificata dal caso della sicurezza del lavoro) richiede al giurista uno sforzo esegetico/ricostruttivo, che rifugga ⁽⁶⁾ al tempo stesso da enfattizzazioni (più o meno entusiastiche) o drastiche sottovalutazioni del problema, nel tentativo di offrire una lettura delle norme che tenga conto dei principi di riferimento, che in questo caso attingono alla sfera etico-morale, prima ancora che tecnico-giuridica.

2. Le “dimensioni” della RSI: tra etica, economia e diritto.

Non è questa la sede per tentare un approfondimento analitico del concetto di RSI, né per proporre una dettagliata precisazione del rapporto che intercorre tra la stessa e il diritto, nemmeno nella sua sotto-partizione lavoristica. È necessario però, almeno schematicamente, inquadrare le “dimensioni” nell’ambito delle quali si muove il fenomeno della RSI, sotto i distinti profili del dover essere e dell’essere. L’espressione “responsabilità sociale di impresa” rinvia a una sequenza

mini della questione sociale, cit., 42). Per una recente analisi delle funzioni del diritto del lavoro si veda P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 87 ss. Più in generale si vedano, per tutti, A. VALLEBONA, *Fini e tecniche del diritto del lavoro*, in ID. (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2009, 3 ss.; M. PERSIANI, *Considerazioni sulla nozione e sulla funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2010, I, 455 ss. e ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁽⁵⁾ In letteratura vi è chi sottolinea che il tema rinvia a problematiche molto più complesse, attinenti il binomio libero mercato-democrazia (in questo senso si veda R.B. REICH, *Supercapitalismo*, Fazi, Roma, 2008, spec. 196 ss.).

⁽⁶⁾ Cfr. in questo senso R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale d’impresa e diritto del lavoro*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa*, cit., 120.

terminologica imperniata su di un concetto di “responsabilità” che si muove su di un piano non prettamente giuridico, atteso che rinvia a regole/precetti/principi di carattere etico/morale/sociale.

A questo proposito, è opportuna una prima notazione: non può dirsi consolidata una concordanza di opinioni circa il significato del concetto di RSI. La stessa letteratura economica rileva che «corporate social responsibility means something, but not always the same thing to everybody. To some it conveys the idea of legal responsibility or liability; to others, it means socially responsible behavior in the ethical sense; to still others, the meaning transmitted is that “responsible for” in a causal mode; many simply equate it with a charitable contribution; some take it to mean socially conscious; many of those who embrace it most fervently see it as a mere synonym for legitimacy in the context of belonging or being duty imposing higher standard of behavior on businessmen than on citizens at large»⁽⁷⁾.

È stata recentemente proposta una classificazione delle principali teorie sulla RSI in quattro categorie⁽⁸⁾: le prime, definite “strumentali”, assumono che l’impresa è solamente uno strumento per la produzione di ricchezza ed ogni sua attività sociale è diretta a raggiungere risultati economici⁽⁹⁾; le seconde, definite “politiche”, nelle quali viene enfatizzato il potere delle imprese nella società e le sue responsabilità di carattere politico; il terzo gruppo, al quale appartengono le teorie cosiddette “integrative”, che include le dottrine secondo le quali l’impresa dovrebbe preoccuparsi delle domande sociali; il quarto gruppo, al quale appartengono le teorie cosiddette “etiche”, secondo cui la relazione tra impresa e società è correlata e dipende, appunto, da valori di carattere etico. In quest’ultimo raggruppamento rientrano le teorie cosiddette “normative” sugli *stakeholders*, le teorie che fanno riferimento ai diritti umani, quelle che richiamano il tema dello sviluppo sostenibile ed, infine, quelle che pongono il bene comune della società come valore di riferimento per la RSI⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Così D. VOTAW, *Genius Became Rare: A Comment on the Doctrine of Social Responsibility*, in *California Management Review*, 1972, 15, 2, 25 ss.; per un tentativo di definizione si veda anche P. GRECO, *Responsabilità sociale delle imprese e mercato del lavoro*, in *DML*, 2006, 1-2, 127 ss.

⁽⁸⁾ Si veda E. GARRIGA, D. MELÉ, *Corporate Social Responsibility Theories: Mapping the Territory*, in *Journal of Business Ethics*, 2004, 53, 51 ss.

⁽⁹⁾ A questo primo gruppo appartiene la nota teoria di M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970.

⁽¹⁰⁾ Questo approccio è quello che è stato fatto proprio anche dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica. Si veda al riguardo J.B. CAREY, *The Common Good in Catholic*

L’accezione di RSI con la quale riteniamo di doverci confrontare in questa sede è quella, rientrando nel quarto gruppo della ripartizione sopra evocata, che potremmo definire etico/normativa. I documenti normativi comunitari e nazionali, invero, assumendo una nozione “legale” di RSI, consentono di per sé di ritenere quest’ultimo concetto attratto alla sfera del diritto, donde la delimitazione concettuale operata si spiega non solo in forza di premesse di carattere teorico/ideologico, ma anche in ragione della prospettiva positiva nell’ottica della quale il tema viene qui esaminato.

In una prospettiva etico/normativa, dunque, può dirsi “socialmente responsabile” quell’impresa che svolge la propria attività (nel perseguimento di legittime finalità lucrative) «non limitandosi a rispettare prescrizioni e vincoli giuridici, ma premurandosi di adottare tutte quelle cautele utili a prevenire ed evitare i pericoli e i pregiudizi che dalle proprie iniziative potrebbero derivare alla comunità in cui opera o anche alle generazioni future»⁽¹¹⁾.

Quello della “responsabilità sociale dell’impresa” è uno “strumento” che intende fronteggiare il «rischio che l’impresa risponda quasi esclusivamente a chi in essa investe e finisca così per ridurre la sua valenza sociale»⁽¹²⁾. Il fenomeno evocato dalla RSI è (o per lo meno dovrebbe essere) quello dell’impresa che adegua le proprie iniziative e attività a standard di comportamento informati a parametri etico-sociali-ambientali responsabili.

A monte di una tale definizione della RSI si pongono questioni complesse, che è opportuno qui almeno evocare:

– Cosa spinge un’impresa a conformare le proprie iniziative a regole che non sono né giuridiche né economiche, ma direttamente attinte dalla sfera “etica”?

Social Thought, in *St. Jhon’s Law Review*, 2001, 72, 2, 311 ss.; più di recente cfr. D. TETTAMANZI, *Intervento*, in F. BUZZI, R. POZZO (a cura di), *Imprenditori cristiani per il futuro dell’Europa*, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 2009, 54 ss.

⁽¹¹⁾ G. ALPA, *Prefazione*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa*, cit., VI. A questo Autore è riferibile esclusivamente la definizione riportata tra virgolette; egli invero non effettua alcuna premessa in ordine alla delimitazione come proposta nel testo.

⁽¹²⁾ Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, cit. (# 40), ove la sottolineatura del fatto che «si va sempre più diffondendo il convincimento in base al quale la gestione dell’impresa non può tenere conto degli interessi dei soli proprietari della stessa, ma deve anche farsi carico di tutte le altre categorie di soggetti che contribuiscono alla vita dell’impresa: i lavoratori, i clienti, i fornitori dei vari fattori di produzione, la comunità di riferimento».

- Quali sono i beni e i valori che le “buone prassi” intendono salvaguardare?
- Quali sono le metodologie più efficaci per perseguire tali comportamenti socialmente responsabili?
- Quali sono i beneficiari delle prassi socialmente responsabili? Costoro dispongono di prerogative e strumenti di tutela dei propri interessi?
- Che rapporto intercorre tra la sfera morale-sociale e quella giuridico-economica dell’impresa?

Trasversale, rispetto alle questioni sopra richiamate, si pone il problema del senso da attribuire all’aggettivo “etico” così insistentemente sottolineato dalle diverse teorie sulla RSI. Se è vero, addirittura scontato, che l’economia ha bisogno di “etica” per il suo funzionamento, è anche vero che non può trattarsi di un’etica qualsiasi ⁽¹³⁾; la “responsabilità sociale” rischia altrimenti di tradursi in un “falso mito”, avente lo stesso significato del «*cotton candy*», cioè dello zucchero filato ⁽¹⁴⁾. Il tema della RSI, del resto, è intimamente correlato a quello dello sviluppo (autentico) dei popoli, che appare oggi fortemente squilibrato e caratterizzato da una esplosione del fenomeno della cosiddetta “globalizzazione” o interdipendenza planetaria, accompagnata dalle significative

⁽¹³⁾ Dietro codici etici formalmente ineccepibili si nascondono talvolta obiettivi ambiziosi e comportamenti spregiudicati. L’adozione degli strumenti etici non deve essere utilizzata a scopi autoreferenziali o di legittimazione a priori. In un articolo apparso sul *Corriere della sera* (P.L. CELLI, *Poche storie, l’azienda è diventata una bella senz’anima*, 16 febbraio 2004) viene utilizzata la metafora del «Lego organizzativo» per definire i modelli organizzativi aziendali imposti a priori dai grandi colossi anglo-americani della consulenza che «hanno sottovalutato drammaticamente l’importanza delle qualità personali degli uomini da promuovere nelle posizioni di responsabilità» e reso le imprese delle “belle senz’anima”. L’importanza delle qualità delle persone è stata sostituita dalla tenuta dei processi e dalla logica complessiva delle scelte degli schemi strategici. Considerazioni analoghe si rinvengono nella enciclica *Caritas in veritate* del 2009, ove si afferma che i processi legati alla RSI «suscitano apprezzamento e meritano un ampio sostegno. I loro effetti positivi si fanno sentire anche nelle aree meno sviluppate della terra. È bene, tuttavia, elaborare anche un valido criterio di discernimento, in quanto si nota un certo abuso dell’aggettivo “etico” che, adoperato in modo generico, si presta a designare contenuti anche molto diversi, al punto da far passare sotto la sua copertura decisioni e scelte contrarie alla giustizia e al vero bene dell’uomo». Cfr., per un esame complessivo dell’enciclica nella prospettiva del giustilavorista, A. VALLEBONA, *Caritas in veritate e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2009, I, 439 ss.; si veda, più in generale, A. SCOLA, *Dignità, solidarietà, sussidiarietà. Tornano i cardini della dottrina sociale*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 luglio 2010, nonché ID., *Buone ragioni per la vita in comune*, Mondadori, Milano, 2010.

⁽¹⁴⁾ Così R.B. REICH, *op. cit.*, 199.

limitazioni che il nuovo contesto economico-commerciale e finanziario internazionale pone alla sovranità dei singoli Stati ⁽¹⁵⁾.

In questa prospettiva, il diritto del lavoro risulta fortemente coinvolto, in quanto strumento ontologicamente deputato alla correzione delle carenze (o riduzioni) di tutele da parte di alcuni Stati, al fine di accrescere la competitività internazionale delle proprie imprese, attuando in tal modo una concorrenza fondata sull'inammissibile sfruttamento del lavoro ⁽¹⁶⁾. Non è questa la sede per lo studio analitico di tali questioni che, tuttavia, costituiscono lo scenario di fondo nell'ambito del quale l'argomento della RSI si colloca. Occorre tenere presente, però, che il tema in oggetto si lega indissolubilmente alla questione del "dumping sociale" il quale trova la sua causa primaria nell'apertura dei mercati alla dimensione "globale".

Attenta dottrina ha precisato, in questa prospettiva, che «i processi di integrazione delle attività produttive e commerciali e l'estrema libertà delle imprese di operare in uno spazio globale di mercato, senza più limiti e confini, hanno ridotto sensibilmente il potere degli Stati nazionali di imporre una seria ed efficace regolazione delle iniziative economiche; gli Stati nazionali per contro soggiacciono al ricatto della *corporation mobility* [...]. In effetti, molti governi nazionali sembrano avere intrapreso una gara nel rimuovere vincoli e ostacoli allo svolgimento di

⁽¹⁵⁾ Sul tema A. TURSI, *Responsabilità sociale dell'impresa, "etica d'impresa" e diritto del lavoro*, in *LD*, 2006, 1, 65 ss.; A. PERULLI, *Diritti sociali e mercato globale*, in *RGL*, 2000, I, 957 ss.; si veda poi, per una analisi fortemente critica, R.B. REICH, *op. cit.*, nonché i saggi di V. FERRARI, *Una sfida al binomio "libero mercato-democrazia"*; M. PEDRAZZOLI, *Per un diritto del lavoro plurale (omaggio a Robert Reich)*; M. SALVATI, *Il "supercapitalismo" di Robert Reich sotto la lente della political economy*, tutti in *DLRI*, 2008, 4, 717 ss. Per una interessante prospettiva di diritto privato comparato si veda, di recente, F. VIGLIONE, *I "confini" nel diritto privato comparato*, in *NGCC*, 2011, 3, II, 162 ss.; cfr. anche F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; S. SCARPONI, *Globalizzazione e responsabilità sociale delle imprese transnazionali*, in *LD*, 2006, 156 ss.; D. GOTTARDI, *Il diritto del lavoro nelle imprese socialmente responsabili*, in *LD*, 2006, 9 ss.

⁽¹⁶⁾ Il rimedio evocato dalla RSI sembra essere quello della ristrutturazione etica dell'economia, della responsabilità sociale d'impresa, della creazione di un'autorità politica mondiale di tipo sussidiario con poteri coercitivi, secondo il rilievo per cui la tutela inderogabile funziona solo se copre l'intero mercato, determinando altrimenti la fuga delle imprese verso i c.d. paradisi fiscali, finanziari, lavoristici o ambientali; si tratta, in altri termini, del ben noto fenomeno del c.d. "law shopping". Gli economisti parlano, al riguardo, di "sindrome del Delaware" dal nome dello Stato della confederazione statunitense che ha introdotto una regolamentazione giuridica particolarmente favorevole alle imprese, attirando, per questa via, società e capitali stranieri.

attività economiche, pur di invogliare le imprese a operare nei confini dei propri mercati domestici»⁽¹⁷⁾.

Il diritto tradizionale (e quindi anche il diritto del lavoro) tende ad essere percepito come un ostacolo alla libera esplicazione della concorrenza, della libertà d'impresa. Ciò dipende, secondo autorevole dottrina, da una «diffusa carenza nella società generale di una sedimentata “cultura delle regole”, spesso vissute da parte di vasti settori del mondo imprenditoriale come un incomprensibile vincolo alla libera espressione di quegli *animal spirits* del capitalismo che ha storicamente permesso lo sviluppo dell'economia di mercato»⁽¹⁸⁾.

Questa insofferenza verso le regole si muove entro una dimensione che ci riporta al primo dei quesiti sopra posti in evidenza: per capire cosa spinge le imprese a conformarsi a comportamenti di responsabilità sociale, occorre confrontarsi con le teorie aziendalistiche più tradizionali, e soprattutto con quella, appartenente alla prima delle ripartizioni teoriche cui sopra si è fatto riferimento, secondo la quale «la sola responsabilità sociale [dell'impresa] è di accrescere i profitti»⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ G. CONTE, *La disciplina dell'attività di impresa tra diritto, etica ed economia*, in ID., *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 8 ss.

⁽¹⁸⁾ S. LIEBMAN, “*Impresa al plurale*” e diritto del lavoro: una nota a margine del dibattito sulla Corporate Social Responsibility, in www.i-csr.org, 2008.

⁽¹⁹⁾ Così M. FRIEDMAN, *op. cit.* Non è questa la sede per sviluppare tali tematiche. Basti dire, però, che già nel 1931 l'economista tedesco Eugen Schmalenbach affermava che l'unico scopo dell'impresa non può essere la produzione di reddito: l'interesse privato che si esprime nello scopo di lucro non deve, infatti, andare a discapito dell'interesse pubblico che si manifesta nella partecipazione alla produttività generale del sistema economico (cfr. E. SCHMALENBACH, *Dynamische Bilanz*, Lipsia, 1931). Schmalenbach aveva intuito la valenza economico/sociale delle componenti patrimoniali e reddituali d'impresa. Un altro illustre studioso, negli anni Cinquanta, definì l'azienda come «istituto economico destinato a perdurare che, per il soddisfacimento dei bisogni umani, ordina e svolge in continua coordinazione la produzione, o il procacciamento ed il consumo della ricchezza» (G. ZAPPA, *Produzioni*, 1954, 1257). Si veda su questi profili F. DALLA SEGA, *Le implicazioni per la gestione, la contabilità e il controllo delle imprese*, in M. NAPOLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, cit., 51 ss.; S. CAPECE, *Lettura economico-finanziaria della responsabilità sociale dell'impresa*, in P. GRECO (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Atti del seminario di studi, Università di Salerno, dicembre 2005-marzo 2006, Giappichelli, Torino, 2007, 97 ss.; V. BUONOCORE, *Etica degli affari, impresa etica e impresa socialmente responsabile*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, cit., 46 ss.; I. MUSU, *L'analisi economica e la responsabilità sociale d'impresa*, in A. PERULLI (a cura di), *L'impresa responsabile. Diritti sociali e (corporate social responsibility)*, Halley, Matelica, 2007, 63 ss.; S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2007; P. TARCHI (a cura di), *Etica del profitto e responsabilità sociale dell'impresa*, Città Nuova, Roma, 2005.

Nel contesto globalizzato la competizione si svolge, invero, sempre più frequentemente, anche sul “mercato delle regole”: il fenomeno di delocalizzazione della produzione fuori dagli originari confini nazionali delle imprese è, in genere, funzionale alla ricerca delle opportunità offerte da paesi ove vigono regole che consentono il livello massimo di risparmio dei costi di produzione, primo fra tutti di quello del lavoro, nella logica del *race to laxity*. Questo fenomeno si associa al venir meno della capacità regolativa (e sanzionatoria) dei singoli sistemi giuridici nazionali nel fornire standard minimi e uniformi di protezione degli interessi di masse crescenti di lavoratori ⁽²⁰⁾.

Ne risulta una dimensione della RSI che desta serie preoccupazioni: sembra infatti manifestarsi con una reale tendenza all’“ammorbimento” e all’“arretramento” delle tutele, possibili solo con la valorizzazione del principio dell’autonomia (delle imprese, specialmente multinazionali) nella produzione di regole e nell’assunzione di impegni “socialmente responsabili” ⁽²¹⁾. A questo si aggiunga che la pretesa giuridicità delle prassi di RSI si fonda sul “carattere volontaristico” delle stesse.

Riflettendo su questi aspetti una dottrina autorevole ha affermato che il tema della RSI «contiene, a dispetto della sua esteriore ed ecumenica mitezza, una carica non indifferente di aggressività intellettuale. È, al fondo, la carica che proviene da un pensiero economico che non si accontenta più di elaborare modelli di efficienza costruiti intorno a semplici assunti di comportamento egoistico dell’*homo oeconomicus*, ma che cerca sottilmente di impossessarsi anche di valori non originariamente economici, così da riversarsi nel grande imbuto dell’efficienza, e riassorbirne, in tal modo, l’alterità» ⁽²²⁾.

Questa dimensione della RSI può dirsi però viziata, atteso che «la volontarietà nell’assunzione di un obbligo o di un impegno non significa a-giuridicità dello stesso. “Volontarietà” e “volontà” significano autonomia, ma l’autonomia è di per sé impegnativa. Dopo tutto, lo Stato

⁽²⁰⁾ Cfr. S. LIEBMAN, *op. cit.*, 4.

⁽²¹⁾ Tra le critiche più rigorose si veda M. DELL’OLIO, *Per non concludere*, in L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e responsabilità sociale dell’impresa*, Zanichelli, Bologna, 2006, 247 ss., il quale esprimeva forte disagio, oltre che gravi perplessità, riguardo al concetto e ai contenuti della RSI; con riferimento al tema della volontarietà, con specifico riguardo alla procedura SA 8000, Dell’Olio affermava che «mettere in un cofanetto in cui c’è scritto “volontarietà” quello che per noi è obbligatorio, da oltre un secolo, è francamente imbarazzante».

⁽²²⁾ R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale d’impresa e diritto del lavoro*, in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell’impresa*, cit., 98.

non si è mai posto in prima linea nella lotta per il diritto jheringhiano, quindi ci sono altri modi per conquistare la giuridicità: il più antico è proprio la volontarietà, la volontà dell'impegno, purché l'impegno sia mantenuto, una volta assunto»⁽²³⁾.

Al fondo delle problematiche sopra evocate, peraltro, si pone un'esigenza reale. La segnalata "insofferenza verso le regole", invero, «per essere correttamente valutata in riferimento alle tematiche della sicurezza e, più in generale, della regolazione del mercato del lavoro, deve essere oggi collocata nel rinnovato contesto di una competitività che si gioca a livello planetario e la cui esasperazione rischia di mettere in discussione alcuni dei principi base della convivenza civile. Che la globalizzazione dei mercati comporti un'accentuazione della concorrenza – fra singole imprese o comparti di imprese, così come fra sistemi economico-sociali – è un fatto assodato e ormai quasi banale da rilevarsi. Altrettanto può dirsi dei benefici che derivano da una tale competizione, nel momento in cui essa si gioca sul piano del maggior soddisfacimento possibile del consumatore. Ciò su cui è necessario concentrare gli sforzi nel prefigurare scenari di uno sviluppo socialmente sostenibile è il modo in cui essa possa correttamente svolgersi, senza superare i limiti che derivano dalla necessità di salvaguardare la vita, la salute e la libertà dei cittadini»⁽²⁴⁾.

La sicurezza sul lavoro (e così ogni altra tutela di interessi primari) certamente costituisce un costo che si ripercuote sulla redditività delle imprese: prima, e soprattutto, però, è un valore che non può essere sacrificato sull'altare della competitività.

Posto che anche la libertà d'iniziativa economica privata risponde alla tutela di un interesse di primaria rilevanza, ed è costituzionalmente garantita, si può ipotizzare di rendere l'impresa socialmente responsabile senza snaturarne i caratteri strutturali?

3. RSI, etica e diritto d'impresa.

Se è vero che l'impresa non può prescindere dal contesto in cui si colloca – con il quale deve continuamente relazionarsi per costruire, conservare e accrescere una presenza virtuosa con tutti gli attori che si trovano, direttamente o indirettamente, a operare all'interno della struttura

⁽²³⁾ M. DELL'OLIO, *op. cit.*, 249.

⁽²⁴⁾ S. LIEBMAN, *op. cit.*

sociale – è altrettanto vero che l’impresa deve essere socialmente responsabile?

Pur se auspicabile, è realistico immaginare che l’impresa si occupi di cose ulteriori e diverse dal suo *core business*?

Questi sono solo alcuni dei molti quesiti che dividono i sostenitori e i detrattori della RSI, nella sua declinazione giuscommercialistica.

È opportuno fare chiarezza *in primis* su alcuni concetti giuridici, che vengono troppo spesso “confusi”, e quindi male utilizzati, in rapporto anche alla RSI: parlare di impresa, di imprenditore, di azienda, di società, di *management*, come se si trattasse di un unico fenomeno giuridico-economico descrivibile utilizzando dei sinonimi, è un errore di fondo che non può non condizionare analisi e giudizi, che confonde i piani e non aiuta a fare chiarezza anche rispetto alla RSI.

L’impresa non viene espressamente definita dal legislatore; il suo significato si desume in via indiretta dalla norma che descrive la figura dell’imprenditore: se quest’ultimo è, ai sensi dell’articolo 2082 del codice civile, «colui che esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi», risulta evidente che l’impresa è l’attività economica in sé e per sé, la quale peraltro potrà essere esercitata in modo individuale o collettivo.

Ancora diverso è il concetto di azienda, così come definita dall’articolo 2555 del codice civile, che rappresenta il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa ed è, quindi, lo “strumento” attraverso cui l’attività economica viene posta in essere.

Il fenomeno societario non è nient’altro che una delle forme collettive di esercizio di impresa, laddove i soggetti imprenditori/soci sono più d’uno (pur essendo contemplata l’unipersonalità di alcune forme societarie) e spesso non tutti svolgono anche funzioni gestorie.

Il *management*, la *governance* di un’impresa (sia essa esercitata individualmente o in forma collettiva) sono cosa diversa dalla proprietà della stessa; vi può essere coincidenza, ma più spesso vi è alterità tra proprietà e gestione.

Di qui la domanda più importante: chi o che cosa deve essere socialmente responsabile? L’imprenditore individuale/socio o chi si occupa fattivamente della gestione? O, invece, l’attività d’impresa in sé? O addirittura l’azienda?

Qualora si ritenga la RSI un fenomeno comunque riconducibile alle persone e ai loro comportamenti – che, chiaramente, si ripercuotono sulle attività da loro svolte – va da sé che un imprenditore o un manager “etici” svolgeranno *naturalmente* i loro compiti in modo etico,

organizzando e gestendo eticamente l'azienda, ottenendo come risultato che la stessa impresa (individuale o collettiva) venga considerata socialmente responsabile. Posto che sia dunque l'individuo, la persona, l'elemento fondante della RSI, non potremmo addirittura sostenere che l'attività imprenditoriale sia socialmente responsabile *in re ipsa*?

La risposta sarà negativa, qualora si ritenga che il suo obiettivo sia unicamente generare profitto, pur se nel rispetto della legge e degli standard minimi internazionali sui diritti umani, il lavoro e l'ambiente ⁽²⁵⁾.

La risposta risulterebbe, invece, meno scontata qualora si considerasse che l'impresa, producendo reddito, esprimendo competitività e capacità di investire, è in grado di contribuire allo sviluppo delle aree in cui opera creando occupazione, innalzando gli standard di vita, trasferendo conoscenze, diffondendo cultura, sviluppando tecnologie, favorendo l'innovazione, ecc.

Se si ragiona in questi termini, è evidente come l'impegno sociale sia *connaturato* alla vita dell'impresa e, quindi, alle qualità imprenditoriali di chi la gestisce. Anche qui varrebbe la pena dire che l'accezione negativa spesso attribuita al profitto deriva forse da una scarsa conoscenza del suo significato, che induce a considerarlo quasi sempre un sinonimo di speculazione. Profitto, lucro, utile: sono tutte facce della stessa medaglia o sono concetti diversi tra loro?

Spesso, proprio in riferimento alla RSI, si dice che l'imprenditore abbia come unico fine il raggiungimento del profitto, dando una connotazione negativa all'attività d'impresa, quando invece è più che auspicabile che un'attività nasca e si sviluppi in modo "economico". L'economicità di un'attività è strettamente legata alla sua astratta capacità di produrre ricchezza, indipendentemente dalla sua effettiva realizzazione e dalla sua destinazione successiva, ed è, ai sensi dell'articolo 2082 del codice civile, uno degli elementi che qualificano il soggetto imprenditore; non è impresa quella che nasce senza l'obiettivo di conseguire un'utilità economica, consista questa in un vantaggio patrimoniale quanto in un risparmio di spesa ⁽²⁶⁾.

Alla domanda «cosa spinge un'impresa a conformare le proprie iniziative a regole che non sono né giuridiche né economiche, ma direttamente attinte dalla sfera etica» va forse risposto che l'atteggiamento e l'azione etica si propongono come una necessità: assistiamo a un cam-

⁽²⁵⁾ Cfr. S. CORINALDI, *L'interesse delle imprese per la responsabilità sociale*, in M. NAPOLI (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese*, cit., 75 ss.

⁽²⁶⁾ Si veda in questo senso F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Giuffrè, Milano, 2009, 37.

biamento dello scenario che sembra imporre agli imprenditori, ai manager, più in generale agli operatori economici, di prendere in considerazione fattori e variabili prima forse trascurati e trascurabili. Basti pensare alla crescente complessità e globalizzazione del sistema economico, culturale, geopolitico e tecnologico; basti pensare, ancora, all'impossibilità di continuare a produrre a danno dell'ambiente, senza preoccuparsi di inquinamento certo, ma anche e soprattutto di consumo di risorse originarie e non infinitamente durevoli e via così.

La domanda quindi diventa: pur se necessario o quanto meno opportuno, è davvero possibile concepire una "impresa etica"? Un'impresa socialmente responsabile nei confronti degli *stakeholders*, dei soggetti comunque interessati e interessanti per l'impresa?

In realtà, se pensiamo ai lavoratori sembrerebbe assolutamente naturale convenire che l'attività d'impresa debba auspicare la loro soddisfazione anche oltre la retribuzione, offrendo loro un ambiente di lavoro confortevole e sano, garantendo la possibilità di conciliare lavoro e vita privata, le legittime aspettative di miglioramento economico, nonché l'opportunità di crescere anche culturalmente e intellettualmente: la soddisfazione dei dipendenti riduce il *turnover*, fidelizzandoli alla struttura e valorizzandola.

Altrettanto naturale è ritenere i clienti uno degli elementi chiave della politica imprenditoriale, in grado di condizionarne pesantemente le scelte: sembra, quindi, scontato dover considerare che ad oggi l'utente è un soggetto sempre più maturo e consapevole, tendente a premiare con la fedeltà un'azienda che si dimostri attenta anche e soprattutto al contesto nel quale è inserita.

I fornitori, oltre ad essere una componente fondamentale, in relazione alla possibilità di avere servizi a prezzi competitivi, sono essenziali anche rispetto alla diminuzione del rischio d'impresa correlato alla loro affidabilità, nonché in relazione alla scelta delle modalità operative nel loro segmento.

Scontata è poi l'importanza della società, dell'ambiente circostante, nella misura in cui l'accettazione dei cittadini che vivono nel territorio, la non ostilità, consente all'impresa di operare con il convincimento altrui della positività della sua azione e della sua ricaduta sul territorio.

Alla luce di quanto detto, non si comprende quindi per quale motivo non si debbano pagare i fornitori a scadenza, in presenza di normali condizioni finanziarie, o perché i lavoratori debbano vedersi corrispondere una retribuzione che non risponde all'effettivo valore aziendale apportato, o perché i consumatori possano essere ingannati dissimulando prodotti di bassa se non di scadente qualità o, ancora, perché i pro-

getti ecosostenibili siano ritenuti un fardello troppo dispendioso. Non si capisce perché comportamenti che dovrebbero appartenere di *default* a ciascuna persona, debbano invece essere imposti d'imperio: è ipotizzabile formare una classe dirigente più sensibile alle questioni etiche, senza considerare che dietro e prima di un manager etico dovrebbe esserci una *persona* etica?

A chi si domanda se è giusto rientri tra i compiti dell'impresa il fatto di essere morale o etica, si potrebbe rispondere che essere socialmente responsabili potrebbe non essere considerato un compito, una *mission* ulteriore rispetto all'esercizio di un'attività economica; semplicemente onestà, giustizia, rispetto altrui, lealtà, coerenza, libertà, equità andrebbero considerati *tout court* "valori imprenditoriali" e, come tali, del tutto insiti nel profilo personale, nel modo di essere di coloro che l'attività economica la esercitano.

Tant'è che autorevole dottrina intravedeva la presenza della RSI già negli anni Quaranta, nel neo-codice civile unificato, laddove l'impresa si connotava da un punto di vista ideologico e morale come l'essere di per sé un fatto sociale e solidaristico e ciò in contrapposizione all'esercizio del commercio, inteso invece come sommatoria di atti di commercio speculativi ⁽²⁷⁾.

La concezione – ritenuta dai più utopica – "morale" dell'impresa, come fatto della realtà oggetto di disciplina giuridica, ma "pregiuridicamente" governato da regole economiche e "illuminato" dalla consapevolezza della propria RSI, sembrerebbe però essere avversata già dalla post-codificazione; ciò nella misura in cui per i giuristi l'impresa diventa sempre più uno "strumento concettuale classificatorio", con un contenuto talmente generico da rendere difficile l'elaborazione di regole sul modo in cui gestirla o controllarne la gestione. Molti sembravano condividere la visione di Friedman, il quale rigettò con forza la *stakeholder view* e la RSI, sul piano economico ed etico, sostenendo che «i manager sono agenti per conto terzi e dipendenti dei proprietari-azionisti, e che devono agire nell'interesse esclusivo di questi ultimi»; riteneva che utilizzare il denaro degli azionisti per risolvere problemi sociali significa fare della beneficenza con i soldi degli altri, senza averne il permesso e tassarli senza dare un corrispondente servizio, violando il principio del «no taxation without rapresentation» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Così descrive il pensiero di Lorenzo Mossa, A. MAZZONI, *L'impresa tra diritto ed economia*, in M. NAPOLI (a cura di), *Impresa, mercati e regole*, Vita e Pensiero, Milano, 2009, 43 ss.

⁽²⁸⁾ M. FRIEDMAN, *op. cit.*

Emerge chiaramente come la “dimensione” della RSI molto dipenda dalla “dimensione” attribuita all’impresa: chi ne sottolinea il profilo della proiezione all’esterno della personalità del soggetto imprenditore/manager (inimmaginabile quindi senza di lui), non potrà mai attribuire la valenza economico-sociale che invece riconosce chi pensa all’impresa come a un fatto reale, che esiste in sé e che ha una sua tendenziale vita propria anche senza il suo titolare o qualora egli muti o smetta di trasmettere la sua impronta.

Non possiamo, peraltro, non considerare l’importante ruolo della Costituzione, precisamente dell’articolo 41, in relazione al dibattito sul valore da attribuire all’impresa e, quindi, sulla RSI ⁽²⁹⁾. Fin dall’inizio, è stata data dell’articolo 41 una lettura molto diversa: vi era contrapposizione tra chi riteneva che la norma obbligasse l’imprenditore a gestire perseguendo l’utilità sociale e chi, invece, invocava la libertà di esercizio dell’impresa come valore costituzionalmente protetto in quanto manifestazione dell’iniziativa economica privata e, quindi, come libertà che nella non contrarietà all’utilità sociale trova solo un limite, non la sua ragion d’essere.

L’argomento è quanto mai attuale, data la recente proposta del Governo di modificare lo stesso articolo 41 della Costituzione ⁽³⁰⁾, proposta che deriva proprio da una lettura negativa, non da tutti condivisa, della norma; se è vero che l’Italia è il paese con il quadro istituzionale di gran lunga più avverso alla libertà d’impresa, in virtù di una eccessiva pressione fiscale e di molti vincoli amministrativi all’avvio e all’esercizio della libertà d’impresa, è difficile sostenere che la “colpa” sia della Costituzione.

La “colpa” sta *in primis* in una regolamentazione farraginoso, invadente, nel frazionamento delle responsabilità e dei controlli, nei diversi livelli amministrativi che complicherebbero la vita a qualunque imprenditore; la libertà d’impresa va tutelata semplificando, razionalizzando,

⁽²⁹⁾ Art. 41: «L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

⁽³⁰⁾ Il disegno di legge costituzionale recante modifica degli artt. 41, 97 e 118 Cost., all’art. 1 propone la seguente modifica dell’art. 41: «L’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Non possono svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, con gli altri principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge si conforma ai principi di fiducia e leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni ed ai cittadini prevedendo di norma controlli successivi».

eliminando lacci e laccioli, non certo rinunciando al bene pubblico, ma semplicemente applicando l'articolo 41 così com'è. Infatti, solo il danno alla dignità e alla sicurezza delle persone limita la libertà di iniziativa economica: se non c'è danno, l'iniziativa è lecita e non può essere impedita dalla legge.

Del resto, se si vogliono eliminare i controlli *ex ante* e trasferirli *ex post* bisogna prendere sul serio i vari diritti fondamentali, non solo l'iniziativa economica, ma anche la dignità e la sicurezza, che della prima costituiscono i limiti essenziali, e quindi non è necessario esplicitarlo in Costituzione perché tali principi vi si trovano già affermati.

Come evidenziato in precedenza, la complessità del governo della impresa oggi dipende tanto dall'ampliamento dei mercati di riferimento quanto dall'aumento del numero e del peso delle relazioni con i diversi interlocutori che operano *nell'impresa* e *per l'impresa*.

L'attenzione della *governance*, quindi, non può più limitarsi alle finalità imprenditoriali ma va riferita a un contesto multipolare, rapportato a chi contribuisce alla vita d'impresa e quindi ha dalla stessa forti aspettative.

L'internazionalizzazione, la globalizzazione, la competitività comportano, per stare al passo, la necessità di modificare il proprio atteggiamento gestionale e di fidelizzare gli *stakeholders* primari attraverso il rispetto della RSI, nonché l'inserimento di criteri etici nel procedimento decisionale aziendale. Ciò implica certamente un ampliamento della responsabilità aziendale del *management*, nonché una sua "responsabilità sociale": ma c'è differenza tra etica e RSI?

L'etica è certamente riferita all'agire individuale e al suo relazionarsi con gli altri, mentre la RSI riguarda più propriamente l'agire della impresa all'esterno⁽³¹⁾, ma entrambe vanno contestualizzate e lette in relazione alle dimensioni, alla territorialità dell'impresa, nonché tenendo conto dei diversi rapporti tra proprietà e governo della stessa.

Certo è che se vogliamo preservare e migliorare i rapporti con i vari interlocutori, con i vari portatori di interesse, dobbiamo informare del valore creato, facendolo in modo equo, trasparente e affidabile, e avere una condotta morale (rispettando principi di scelta e di comportamento etici).

È fondamentale assumere come "valori imprenditoriali", come valori aziendali, quelli della trasparenza dell'attività d'impresa, nonché della comunicazione delle politiche aziendali. Parlare di etica aziendale si-

⁽³¹⁾ In questo senso, vedi S. SCIARELLI, *Etica e responsabilità sociale nell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2007, 72.

gnifica inserire l’etica nei modelli di *governance* dell’impresa, distinguendo tra etica *dell’impresa* – redazione dei codici di condotta – ed etica *nell’impresa* – diffusione dei codici stessi: giuridicamente, però, questi strumenti come si inseriscono nel sistema delle fonti? Sono norme giuridiche o norme tecniche? Sono forse atti “senza spada”?

La gestione economica e la gestione etica dell’impresa non individuano modelli contrapposti bensì una gestione di *qualità*, volta a far coesistere valori come onestà, equità e affidabilità con l’efficacia e l’efficienza. L’etica va dunque vista come un’opportunità e non come un vincolo; al pari, la RSI va considerata come un metodo, in grado di aumentare il vantaggio competitivo e di fornire gli strumenti idonei a rispettare valori condivisi.

Forse sarebbe utile “insegnare” agli imprenditori e alla classe dirigente ad avere una visione meno miope dell’attività d’impresa e a comprendere quanto la visione socialmente responsabile diventi sempre più un valore aziendale, in termini di acquisizione di competitività (con la fidelizzazione/acquisizione di nuovi clienti o consumatori), di aumento dell’attrattività tanto per gli investitori quanto per la forza lavoro, di miglioramento dei rapporti con le istituzioni e con la comunità locale, di riduzione dei costi in rapporto a migliori prestazioni ambientali.

Se l’etica, come valore o atteggiamento individuale, è legata ovviamente alla soggettività, è ormai chiaro quanto oggi sia necessaria in riferimento all’impresa, all’organizzazione, agli obiettivi. Per quanto concerne dunque l’etica del profitto, ci si chiede se è realmente pensabile che esistano buone prassi (vincolanti solo se facoltativamente adottate) in grado di “rendere etici” imprenditori e manager.

Non sarà forse che, da sempre, un buon manager è stato un manager etico e socialmente responsabile? Se una persona vive con una condotta morale virtuosa, non va da sé che altrettanto virtuosa sarà la sua condotta di imprenditore/manager, anche senza coazione?

Il profitto è l’indicatore dell’efficacia e dell’efficienza con cui l’imprenditore organizza le sue risorse per il raggiungimento del suo scopo primario, che è certamente quello di produrre ricchezza, senza però poter prescindere da uno sviluppo sostenibile nel tempo ⁽³²⁾: non è forse questa la RSI? A ben vedere, da sempre lo scopo dell’impresa avrebbe dovuto essere molteplice e attento agli *stakeholders* e, quindi,

⁽³²⁾ «Quindi profitto è uguale a sviluppo ed è uguale a creazione di benessere ed occupazione»: così, G. GRIMALDI, *Le best practices aziendali*, in P. TARCHI (a cura di), *op. cit.*, 185 ss.

da sempre gestione economica e gestione etica avrebbero dovuto coesistere nella gestione di qualità dell'azienda.

Di qui la possibilità di fare un'ulteriore considerazione: la RSI non è forse da considerarsi già contemplata dalle norme giuridiche esistenti nel nostro ordinamento? Perché, se così fosse, viene da chiedersi se davvero è necessario normare continuamente sulle cosiddette buone prassi.

Se l'utilità sociale di cui parla l'articolo 41 della Costituzione individua un limite esterno dell'impresa, non è forse questa la RSI? Oppure con la RSI si vuole che l'utilità sociale diventi un limite interno?

L'adozione della Carta costituzionale dell'impresa, che ipotizza il controllo delle politiche d'impresa attraverso il bilancio sociale o il controllo dei comportamenti individuali con un codice etico, forse ha proprio questo scopo di limitazione interna: ma è davvero utopico pensare a un'impresa socialmente responsabile in sé e per sé, nei confronti dei lavoratori, dei clienti, degli azionisti e dell'ambiente?

Paradossalmente, la RSI è stata rilanciata proprio dai grandi scandali finanziari, vera testimonianza di quanto l'impresa fosse diventata socialmente irresponsabile: si è assistito a un forte "restyling" delle imprese multinazionali e un proliferare di codici etici. Ma è credibile? Non sarà forse un'operazione di *maquillage*, se non addirittura di puro *marketing*?

Va da sé chiedersi qual è il giusto modo di procedere: se in assenza di una sanzione forte, solitamente una regola difficilmente risulta efficace, non sarebbe opportuno verificare se esistano norme cogenti, già in grado di obbligare a comportamenti responsabili?

Se esistono nella Costituzione, nel codice civile e nelle leggi speciali alcune norme in qualche modo riferibili alla RSI, viene da sé domandarsi se non vi sia anche un problema di controllo. O di controllore. Perché se è certamente necessario quanto opportuno sensibilizzare, non sarebbe utile quanto sensato anche sanzionare l'irresponsabilità sociale d'impresa?

Se è vero che l'inizio di un'attività imprenditoriale non è soggetto a limitazioni particolari e, quindi, l'etica rimane confinata nell'ambito soggettivo, va capito se nello svolgimento della loro attività i manager/imprenditori possano essere "obbligati" ad avere un comportamento socialmente responsabile sulla base di norme giuridiche esistenti.

In relazione ai requisiti che i manager devono possedere per poter assumere la loro carica, esistono alcuni strumenti a disposizione dell'impresa per provare a incidere sulla RSI, i quali, pur presentando

comunque carattere “volontario”, consentirebbero di selezionare a monte i soggetti gestori dell’impresa facendo riferimento a criteri diversi e ulteriori rispetto al profilo strettamente lavorativo.

L’articolo 2387 del codice civile, ad esempio, consente allo statuto di una società⁽³³⁾ – e quindi all’imprenditore che, individuale e collettivo che sia, ne rappresenta la proprietà – di prevedere la necessità in capo ai manager di alcuni requisiti di indipendenza, di professionalità, di onorabilità (potendo, a tal fine, fare riferimento ai codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione), con lo scopo preciso di affidare l’impresa a “persone etiche”.

Nelle società per azioni quotate è, invece, prevista la possibilità di aderire (volontariamente) al codice di autodisciplina⁽³⁴⁾ che funge da completamento al Testo Unico della Finanza (decreto legislativo. n. 58/1998 e successive modifiche e integrazioni) nella regolamentazione di tali società e che si pone come una *best practice* nei confronti degli investitori, del sistema Italia, degli operatori internazionali, anche e soprattutto in relazione alla qualità della *governance*⁽³⁵⁾: un esempio dal

(33) La norma fa riferimento alla SpA, ma è evidente come nel contratto sociale di qualunque tipologia societaria sia possibile inserire prescrizioni di questo genere, purché condivise dai soci; allo stesso modo è ipotizzabile e auspicabile che anche un’impresa individuale possa occuparsi dell’etica di chi la gestisce.

(34) Nel marzo del 2005 Borsa Italiana – società di gestione di mercati regolamentati – ha promosso la costituzione di un Comitato per la *corporate governance*, fortemente rappresentativo dell’imprenditoria italiana e dei partecipanti ai mercati, al fine di rielaborare i principi di buona *governance* (già codificati nel precedente Codice di Autodisciplina delle Società Quotate pubblicato nel 1999 e rivisitato nel 2002) alla luce delle linee evolutive della *best practice*, tenendo conto del mutato quadro normativo a livello nazionale, comunitario ed internazionale (www.borsaitaliana.it/borsaitaliana/regolamenti/corporategovernance/corporategovernance.htm).

(35) Vedi, ad es., il commento all’art. 3 del codice di autodisciplina delle quotate: «L’indipendenza di giudizio è un atteggiamento richiesto a tutti gli amministratori, esecutivi e non esecutivi: l’amministratore consapevole dei doveri e dei diritti connessi alla propria carica opera sempre con indipendenza di giudizio. In particolare, gli amministratori non esecutivi, non essendo coinvolti in prima persona nella gestione operativa dell’emittente, possono fornire un giudizio autonomo e non condizionato sulle proposte di deliberazione. Negli emittenti con azionariato diffuso l’aspetto più delicato consiste nell’allineamento degli interessi degli amministratori esecutivi con quelli degli azionisti. In tali emittenti, quindi, prevale un’esigenza di autonomia nei confronti degli amministratori esecutivi. Negli emittenti con proprietà concentrata, o dove sia comunque identificabile un gruppo di controllo, pur continuando a sussistere la problematica dell’allineamento degli interessi degli amministratori esecutivi con quelli degli azionisti, emerge altresì l’esigenza che alcuni amministratori siano indipendenti anche dagli azionisti di controllo o comunque in grado di esercitare un’influenza notevole».

quale anche imprenditori di dimensioni diverse possono trarre spunto per “selezionare” i propri manager.

Anche nell’articolo 2428 del codice civile, così come modificato dal decreto legislativo n. 32/2007, scorgiamo traccia della RSI, laddove si prevede che gli amministratori di una società per azioni – nella relazione di gestione che accompagna il progetto di bilancio – debbano informare i soci sull’andamento e sul risultato della gestione, se necessario anche con informazioni relative all’ambiente e al personale ⁽³⁶⁾.

Quest’ultimo è stato un tentativo non troppo coraggioso del nostro legislatore di avvicinarsi a normative ben più strutturate, quali ad esempio il *Companies Act 2006* del Regno Unito, dove è previsto l’obbligo di effettuare un *report* sulla RSI ⁽³⁷⁾; a fronte di una netta semplificazione del diritto societario inglese, si è introdotta la prescrizione espressa dell’obbligo degli amministratori di redigere il rapporto annuale sulla responsabilità sociale, con indicatori riferiti agli aspetti ambientali, sociali, del lavoro ecc., che servono a valutare la reale performance aziendale.

Difficile non concludere chiedendosi se sono davvero utili continue “sovrastrutture” volte a stimolare le buone prassi o se, invece, è ipotizzabile incidere sulla “qualità” della classe manageriale, sia *ex ante* – scegliendo manager “etici” sulla base di precisi requisiti fissati nello stesso contratto di società – sia *ex post*, attraverso azioni di responsabilità “serie”, che eventualmente comportino sanzioni e pene altrettanto “serie”.

⁽³⁶⁾ L’art. 2428 c.c. reca: «Il bilancio deve essere corredato da una relazione degli amministratori contenente un’analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell’andamento e del risultato della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato [...]. L’analisi [...] è coerente con l’entità e la complessità degli affari della società e contiene, nella misura necessaria alla comprensione della situazione della società e dell’andamento e del risultato della sua gestione, gli indicatori di risultato finanziario e, se del caso, quelli non finanziari pertinenti all’attività specifica della società, comprese le informazioni attinenti all’ambiente e al personale».

⁽³⁷⁾ Si veda il testo in www.imolin.org/doc/amlid/UK_Companies_Act_2006.pdf (cfr. in particolare 417 – *Contents of directors’ report: business review*, 196); per un primo commento cfr. G. SCANLAN, A. HARVEY, T. PRIME, T. OGOWEWO, *Companies Act 2006. A guide to the New Law*, The Law Society, London, 2007; K WALMSLEY, *Butterworths Company Law Handbook*, LexisNexis Butterworths, London, 2010.

4. RSI e documenti comunitari.

Inquadrato come sopra lo scenario complessivo nell'ambito del quale si inserisce l'argomento in esame, occorre passare, a questo punto, a verificare quale accezione di RSI si rinviene nei documenti comunitari. Questa ricerca verrà qui condotta dapprima con riferimento al piano generale, per poi passare a quello, più sperimentale, della sicurezza del lavoro. L'analisi si concluderà attraverso una verifica di come il nostro ordinamento abbia introdotto l'argomento della RSI all'interno della regolamentazione specifica della sicurezza del lavoro.

Per quanto concerne il primo livello dell'analisi, il riferimento è dato dalla definizione di RSI fornita dal ben noto Libro Verde della Commissione europea del 18 luglio 2001 dal titolo *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* ⁽³⁸⁾. Il punto 20 del Libro Verde descrive la RSI come «l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate». Il Libro Verde, dunque, pone l'accento sul requisito della volontarietà e fornisce una definizione di RSI estremamente generica, il che comporta il rischio, particolarmente significativo, che ne escano incentivati comportamenti opportunistici da parte di alcune imprese. Queste, infatti, dietro lo schermo di azioni che si assumono come socialmente responsabili, finiscono per violare leggi locali o internazionali.

Il Parlamento europeo sembra avere percepito il rischio sopra evocato, che pare costituire l'implicito presupposto di una recente risoluzione del 13 marzo 2007 (A6-0471/2006), che ha opportunamente collocato la problematica della RSI nell'ambito della competizione globale ⁽³⁹⁾. Al punto 6 della risoluzione si afferma che «la credibilità delle iniziative volontarie in materia di RSI continu[a] a dipendere dall'impegno ad incorporare le norme e i principi vigenti e concordati a livello internazionale e da un approccio pluralistico, quale raccomandato dal FEM, nonché dall'attuazione di un monitoraggio e di una verifica indipendenti». Tale affermazione si compendia con l'esplicito richiamo ⁽⁴⁰⁾ alla raccomandazione, contenuta nella relazione finale del Forum europeo multilaterale (FEM) sulla RSI del 29 giugno 2004, circa l'opportunità

⁽³⁸⁾ COM(2001) 366.

⁽³⁹⁾ Il problema è quello della tenuta del modello sociale europeo di fronte alle sfide sociali della globalizzazione economica: vedi punto 3 della risoluzione.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. il punto 5 delle premesse.

di «azioni tese ad istituire un idoneo quadro giuridico per la RSI» (raccomandazione n. 7).

La definizione di RSI che pare progressivamente farsi strada è, invero, un po' più articolata rispetto a quella originariamente offerta dal Libro Verde del 2001.

Nella letteratura più recente, del resto, si pone in evidenza che «una impresa può essere definita responsabile sotto il profilo economico, sociale e ambientale quando e nella misura in cui sceglie di includere nel quadro decisionale che presiede sia alle sue strategie societarie, sia alle pratiche di gestione di tutte le unità produttive da essa a qualsiasi titolo controllate, le norme, le clausole, i suggerimenti, i divieti, le raccomandazioni, gli obblighi, spesso di natura morale e non giuridica, contenuti negli accordi e nelle convenzioni internazionali richiamati dai suddetti documenti, ovvero le conseguenze della loro violazione od elusione, siano detti accordi e convenzioni formalmente recepiti o meno dalla legislazione in vigore nei paesi in cui le imprese hanno sede legale o in quelli dove esse operano mediante imprese sussidiarie, aziende controllate (quale che sia la base del controllo), o catene di fornitura e sub-fornitura»⁽⁴¹⁾. Siamo, in altri termini, di fronte a imprese che decidono di adottare una strategia di gestione della propria attività capace di coniugare la ricerca del profitto con principi socialmente (oltre che sotto il profilo ambientale) responsabili.

Confrontando il Libro Verde con la risoluzione del 2007 è possibile affermare che la sfida della RSI, intesa in senso virtuoso, si gioca tutta nel rapporto tra la “volontarietà” delle iniziative socialmente responsabili assunte dalle imprese e la sanzionabilità (giuridica) dei relativi impegni.

I comportamenti “socialmente responsabili”, le “buone prassi” delle imprese devono, in altri termini, essere resi partecipi di un processo di progressiva “giuridicizzazione” (incorporazione nel diritto): le buone prassi, che sono il risultato di iniziative volontarie in materia di RSI, devono, cioè, potersi inserire nel processo di produzione del diritto, in guisa di “formante”⁽⁴²⁾. Questo processo passa attraverso la divulga-

⁽⁴¹⁾ L. GALLINO, *Prospettive della Responsabilità sociale delle imprese. Il contesto internazionale, verso una nuova definizione di Responsabilità Sociale*, relazione al forum sulla responsabilità sociale delle imprese, promosso dal Ministero per la solidarietà sociale, Roma, 19 dicembre 2007, consultabile in www.i-csr.org; cfr. anche ID., *L'impresa irresponsabile*, Einaudi, Torino, 2005.

⁽⁴²⁾ Ci si riferisce qui, naturalmente, alla nota dottrina dei “formanti” elaborata da R. SACCO nell'ambito del diritto comparato (cfr. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Com-*

zione delle buone prassi, come espressamente riconosce il punto 5 della risoluzione del 13 marzo 2007, tracciando un processo che, come vedremo, è stato, in qualche misura, recepito dal legislatore italiano.

Per inquadrare compiutamente le indicazioni fornite dalla risoluzione in discorso è necessario completare l'analisi con un riferimento alla comunicazione della Commissione delle Comunità europee del 21 febbraio 2007⁽⁴³⁾. Questo documento, che colloca il tema della sicurezza del lavoro nella più ampia prospettiva della strategia di Lisbona, intende sottolineare il riflesso economico vantaggioso della valorizzazione della garanzia della qualità e della produttività sul luogo di lavoro come contributo alla promozione della crescita economica e della occupazione, evidenziando che le carenze in materia di protezione efficace della salute e della sicurezza sul lavoro possono determinare assenteismo, risultante da infortuni sul lavoro e malattie professionali, nonché forme di invalidità permanente di origine professionale, con una conseguente dimensione umana non trascurabile, ma anche con un impatto negativo sull'economia. L'obiettivo descritto dalla strategia 2007-2010, è quello della riduzione entro il 2012 del 25% del tasso complessivo di incidenza degli infortuni sul lavoro, migliorando la protezione della salute e la sicurezza dei lavoratori, fornendo in tal modo un contributo essenziale al successo della strategia per la crescita e l'occupazione.

Il documento della Commissione parte dal dato costituito dagli ultimi risultati della quarta indagine europea sulle condizioni di lavoro, i quali dimostrano che numerosi lavoratori europei ritengono la loro salute e sicurezza minacciate dallo stesso esercizio dell'attività lavorativa. Per raggiungere l'obiettivo prefissato, la Commissione ritiene che sia strategico: garantire una buona attuazione della legislazione dell'UE; sostenere le piccole e medie imprese nell'applicazione della legislazione in vigore; adattare il contesto giuridico all'evoluzione del mondo del lavoro e semplificarlo. In questo contesto, risulta sottolineata con forza l'importanza di un rafforzamento dell'effettiva attuazione dell'*acquis* comunitario per tutelare la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. Le strategie nazionali dovranno concentrarsi sulla diffusione di buone prassi a livello locale; sulla formazione dei dirigenti e dei lavoratori; sulla diffusione, in un linguaggio semplice, di informazioni e linee gui-

parative Law, 1991, 39, 1, 1-34, e ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 39, 2, 343-400).

⁽⁴³⁾ Si tratta di COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*, COM(2007) 62 def, Bruxelles, 21 febbraio 2007.

da di facile comprensione; sul ricorso a ispettori del lavoro quali intermediari per la promozione di un miglior rispetto della legislazione nelle piccole e medie imprese, in primo luogo grazie all'istruzione, alla persuasione e all'incoraggiamento, in secondo luogo, se del caso, mediante misure coercitive; sul ricorso a incentivi economici a livello comunitario.

Al punto 4.3 della citata comunicazione si afferma che la Commissione si adopererà per adattare il quadro normativo ai progressi tecnici più recenti e all'evoluzione del mondo del lavoro, rispettando al tempo stesso i principi di una legislazione coerente, semplice ed efficace e l'obiettivo comunitario della riduzione degli oneri amministrativi che gravano sulle imprese. Si ricorda poi che, a livello nazionale, qualsiasi sforzo di semplificazione per le imprese deve tradursi in un miglioramento e una semplificazione del quadro normativo nazionale, senza che vi sia una riduzione dei livelli di tutela esistenti.

In termini analoghi si pone anche una recente risoluzione del Parlamento europeo, relativa allo specifico tema della responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione ⁽⁴⁴⁾, nell'ambito della quale si rinviene un invito alla Commissione «a diffondere una migliore conoscenza delle buone prassi, degli orientamenti e degli standard esistenti, oltre che delle prassi in materia di responsabilità sociale tra le società, che si tratti degli appaltatori principali o dei subappaltatori» (lettera o, n. 2), cui si affianca un invito alle autorità nazionali «ad adottare, o sviluppare ulteriormente, disposizioni di legge che escludano dalla partecipazione agli appalti pubblici le imprese che abbiano violato il diritto del lavoro, i contratti collettivi o i codici di condotta» (lettera o, n. 5). Tali affermazioni si compendiano attraverso una significativa precisazione: il Parlamento, invero, «mette in guardia contro eventuali conflitti, sovrapposizioni e duplicazioni tra le disposizioni presenti nei codici di condotta e nel diritto del lavoro, nelle norme e negli orientamenti adottati dalle pubbliche autorità e nei contratti collettivi in vigo-

⁽⁴⁴⁾ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione*, risoluzione del 26 marzo 2009, INI/2008/2249, consultabile in *Boll. Adapt*, 2009, n. 18. Questa risoluzione segue lo studio condotto nel 2008 dalla European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (cfr. M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 13 novembre 2008, consultabile in www.eurofound.europa.eu). Al riguardo si veda A. GIGANTE, *Orientamenti in tema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea: il regime della responsabilità solidale nei subappalti*, in *q. Rivista*, 2009, 2, 485 ss. e P.F. ACQUAVIVA, *La responsabilità dell'impresa nei processi di subappalto*, in *Boll. Adapt*, 19 gennaio 2009, n. 2.

re; per tale motivo, sottolinea la necessità per le imprese di aderire, in via prioritaria, a codici di condotta, alle norme e agli orientamenti elaborati a livello di organizzazioni sovranazionali (OCSE, OIL), o a livello nazionale o settoriale».

Leggendo i documenti comunitari sopra richiamati si può ipotizzare una prima conclusione: il sistema del diritto positivo – anche di quello più incline a impersonarne la versione *soft* quale è quello comunitario⁽⁴⁵⁾ – sembra in qualche misura percepire la tendenza “eversiva” del fenomeno RSI e, quindi, ritenendo di doverne recepire i profili più virtuosi, comincia a definire (abbozzare) i contorni di un processo di progressiva acquisizione delle “buone prassi” all’interno del modello regolativo (eteronomo), valorizzandone la portata quale strumento di ammodernamento e semplificazione del sistema stesso⁽⁴⁶⁾.

Nella prospettiva “virtuosa” il diritto si apre ai valori etici e alla realtà sociale ed economica. Nel caso della RSI, gli ordinamenti giuridici (statuali) promuovono l’adozione di regole di condotta improntate a standard etico-sociali e la diffusione di codici etici, con l’obiettivo di recepirne/“giuridicizzarne” le soluzioni.

Questo modello di inclusione di comportamenti (effettivamente) virtuosi all’interno del processo di formazione delle regole giuridiche, da un punto di vista teorico generale, può essere considerato una novità interessante, e per certi versi inedita, idonea a realizzare una forma di apertura del sistema del diritto positivo verso precetti di provenienza esterna, rispetto al processo tradizionale di formazione del diritto. Parte della dottrina ritiene che questo processo rappresenti una certa forma di apertura del diritto positivo verso precetti appartenenti alla sfera etica e morale, ciò che sarebbe in controtendenza rispetto alla tendenziale affermazione del principio di autosufficienza del diritto rispetto, appunto,

⁽⁴⁵⁾ Il dibattito, così come l’approccio delle istituzioni comunitarie al riguardo è, comunque, in forte evoluzione; cfr. sul punto P. Pochet, C. Degryse, *Agenda sociale: il ritorno della “hard law”?*, in www.etui.org/research/Media/Files/Agenda-social-PP-CD-B08-FR_it. Si veda, in generale, il numero monografico di *LD*, 2003, 1 dedicato al tema *Chi ha paura del soft law?*

⁽⁴⁶⁾ In senso analogo a quanto sostenuto nel testo, altra dottrina evidenzia l’esistenza di uno spazio per il diritto nel contesto del “discorso” sulla RSI. Cfr. al riguardo M. Ferraresi, *Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2004, 2, 391 ss., spec. 393; si veda anche V. Ferrante, *Responsabilità sociale dell’impresa e lavoro subordinato*, in *LD*, 2006, 1, 83 ss.; L. Sacconi, *Responsabilità sociale come governance allargata d’impresa: un’interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, in *Liuc Papers*, 2004, n. 143; A. Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis*, in *Droit Social*, 2002, 9-10, 806 ss.

alla sfera dell'etica e della morale ⁽⁴⁷⁾. Le indicazioni di metodo contenute nella raccomandazione del 2007 potrebbero, in altri termini, consentire ai principi etico/morali/sociali di trapassare negli ordinamenti statuali (per il tramite di una procedura formalizzata) attraverso il varco costituito dal recepimento dei principi di RSI.

Al fondo, come è evidente, resta un problema assai grave da considerare: il recepimento di comportamenti "virtuosi" delle aziende può funzionare solamente qualora si inserisca all'interno di un processo che passi attraverso un'accurata verifica del preteso "virtuosismo" delle imprese stesse, da parte delle istituzioni, (democraticamente) preposte alla specifica e complessa funzione di trovare il compromesso tra l'interesse al profitto e il bene comune ⁽⁴⁸⁾. Questo compito non può dirsi appartenere all'impresa, così come all'impresa non può appartenere il compito di definire cosa è responsabile e cosa no ⁽⁴⁹⁾, come dimo-

⁽⁴⁷⁾ Appare evidente la profonda differenza tra il modello ipotizzato nel testo e il sistema di cui all'art. 2034 c.c. che si limita a impedire la ripetizione della prestazione eseguita in adempimento di un obbligo morale o sociale. In dottrina taluni parlano di una progressiva revisione dei paradigmi tradizionali della scienza giuridica. Cfr. al riguardo G. CONTE, *La disciplina dell'attività di impresa*, cit., 3 ss.

⁽⁴⁸⁾ La questione, assai complicata, soprattutto in una fase, come l'attuale, di crisi dei valori etici e morali di riferimento, è legata a quella del rapporto tra diritto positivo e diritto naturale; al riguardo si veda G. SUPPIEJ, *Preliminari a una dottrina del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1955, 475 ss.

⁽⁴⁹⁾ Gli stessi operatori d'impresa sottolineano l'esigenza, urgente, di una buona regolazione normativa del settore. Significativa al riguardo l'affermazione secondo cui «ancora oggi [...] fra un'utenza (lavoratori, degenti, consumatori, ecc.) sempre più sensibile alla sicurezza dei prodotti e alla qualità dei servizi utilizzati e il fare le cose buone e bene si frappone un mercato troppo poco sensibile alla qualità dei prodotti e troppo interessato al mero taglio dei costi. Meccanismo che genera produzioni sempre più a buon mercato (non remunerative di tutti i fattori produttivi) e meccanismi di concorrenza sleale. Un fenomeno paradossalmente e palesemente in contrasto con quelle che sono le esigenze dello Stato nei termini di diritto alla salute e al lavoro dei cittadini nonché di incremento del reddito interno lordo e quindi del prelievo fiscale» (così P. FERRI nel suo intervento alla giornata di studio *Le imprese di Assosistema, laboratorio ideale per sperimentare il sistema di qualificazione delle imprese (art. 27 d.lgs. n. 81/2008 s.m.i.)*, in *Boll. spec. Adapt*, 2010, n. 29). Per una diversa lettura, contrastante rispetto a quanto sostenuto nel testo, si veda A. TURSI, *op. cit.*, 68 ss., il quale valorizza la possibilità di assegnare all'etica «una dimensione autonoma rispetto al vincolo giuridico, legale o negoziale che sia. Sono infatti concepibili, e si danno sul piano antropologico, comportamenti etici ma non doverosi: a condizione, però, che si ammetta l'esistenza di quella dimensione dell'azione buona non doverosa ("supererogatorio"), che viene negata dall'utilitarismo; che si assuma la centralità della persona nel discorso etico-economico, con conseguente superamento e "banalizzazione" della teoria degli *stakeholders*; che si neghi legittimità teorica all'idea stessa di un'"etica pubblica", "collettiva", "d'impresa", distinta da quella personale».

stra precipuamente il tema della sicurezza del lavoro. L'inserimento, invero, della salute e della sicurezza all'interno della tematica della responsabilità sociale consente di far emergere in tutta la sua complessità la questione del rapporto tra innovazione (comportamenti delle imprese) e valutazioni di tipo economico ⁽⁵⁰⁾.

La dimostrazione di quanto da ultimo sottolineato può ricercarsi nella comunicazione con cui la Commissione europea, nel 2002, nel dettare la strategia comunitaria per la salute e sicurezza sul lavoro per il periodo 2002-2006 ⁽⁵¹⁾, pervenne all'individuazione di tre esigenze da soddisfare per garantire un ambiente di lavoro sicuro e sano: il consolidamento della cultura della prevenzione dei rischi, la migliore applicazione del diritto esistente e l'impostazione globale del benessere sul lavoro.

Per raggiungere tali obiettivi la Commissione proponeva di seguire tre vie: l'adeguamento del quadro giuridico, l'incoraggiamento della spinta al progresso (elaborazione pratiche migliori, dialogo sociale e responsabilità sociale delle imprese), nonché l'integrazione della problematica della salute e sicurezza sul luogo di lavoro in altre politiche comunitarie. Il percorso di innovazione previsto dalla Commissione doveva essere finalizzato alla promozione attiva di «un autentico benessere sul luogo di lavoro che sia fisico, morale e sociale e che non può essere misurato soltanto dall'assenza di infortuni o malattie professionali». Questa evoluzione dell'impostazione comunitaria dimostra l'assunzione di un modello di responsabilità sociale d'impresa finalizzato a obiettivi correlati a un processo di progressivo perfezionamento e miglioramento delle garanzie (giuridicamente stabilite) in materia di salute e sicurezza, evidentemente a prescindere da valutazioni prettamente economiche.

5. RSI e sicurezza del lavoro: aspetti del decreto legislativo n. 81/2008.

La lettura che si è proposta sopra, con riferimento ai segnali che possono trarsi dai documenti comunitari, può trovare un terreno di verifica sperimentale all'interno del sistema regolativo della sicurezza del lavoro.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. GUAGLIANONE, *Responsabilità sociale e ambiente di lavoro*, in L. GUAGLIANONE, F. MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, Milano, 2007, 443 ss.

⁽⁵¹⁾ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006*, COM(2002) 118, Bruxelles, 11 marzo 2002.

ro così come delineato dal legislatore italiano negli ultimi anni. Uno degli obiettivi del Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, come riformato dal decreto legislativo n. 106/2009, è quello, come noto, di «adeguare l'assetto normativo del lavoro alla evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa nell'ottica di una maggiore effettività delle tutele e di una riduzione della burocrazia e del formalismo giuridico»⁽⁵²⁾.

Il problema che si pone, anche in questo caso, è quello di verificare in base a quale processo e a quali parametri l'assetto normativo possa essere suscettibile di adeguamento in relazione all'evoluzione dei modelli organizzativi; si tratta soprattutto di verificare sulla base di quali criteri possa dirsi che l'evoluzione dei modelli organizzativi sia effettivamente adeguata alla realizzazione di un modello socialmente responsabile di gestione dell'impresa.

Il nostro ordinamento, invero, deve dirsi in sé già connotato da un'opzione di fondo per una impresa socialmente responsabile: è lo stesso articolo 41 della Costituzione a racchiudere «il concetto di RSI, nel senso che non si può esercitare un'impresa senza divenire socialmente responsabili delle situazioni giuridiche attive e passive che questo esercizio genera su tutti i soggetti coinvolti, sia esterni (l'intera collettività), sia interni (i lavoratori)»⁽⁵³⁾.

In questa sede non si ritiene necessario ricostruire l'evoluzione del quadro normativo in materia di limiti ai poteri organizzativo e direttivo

⁽⁵²⁾ Si veda in particolare il principio e criterio direttivo dell'art. 1, comma 2, lett. c, della l. 3 agosto 2007, n. 123. Cfr. M. TIRABOSCHI, *Nuovo percorso per la sicurezza dei lavoratori*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 settembre 2010; ID., *Campo di applicazione e tipologie contrattuali*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009). Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, Milano, 2009, 136 ss.; L. ZOPPOLI, *I principi generali e le finalità*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, Milano, 2008, 10 ss.; O. BONARDI, *Ante litteram. Considerazioni "a caldo" sul disegno di legge delega per l'emanazione di un Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro*, in *RGL*, 2007, 2, suppl. 23 ss.; C. SMURAGLIA, *Sicurezza e igiene del lavoro. Quadro normativo. Esperienze attuative e prospettive*, in *RGL*, 2001, I, 465 ss.

⁽⁵³⁾ M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità sociale d'impresa*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 455 ss., qui 458.

dell'imprenditore per individuare i profili di responsabilità sociale d'impresa già presenti nel sistema ⁽⁵⁴⁾.

L'ordinamento italiano ha la chiara consapevolezza del fatto che le esigenze protettive costituiscono un costo che si ripercuote sulla redditività delle imprese, optando, peraltro, in relazione al problema del bilanciamento, per la priorità di queste su quelle produttive, in quanto riconosciute come un valore che non può essere sacrificato sull'altare della competitività, come dimostra la lettura combinata degli articoli 32 e 41 della Costituzione, dell'articolo 2087 del codice civile e della disciplina speciale in materia di salute e sicurezza sul lavoro (si pensi solamente al progressivo passaggio dalla nozione di massima sicurezza ragionevolmente praticabile a quella di massima sicurezza tecnologicamente fattibile) ⁽⁵⁵⁾.

Il problema che si intende qui affrontare è quello relativo alla individuazione delle modalità attraverso le quali il legislatore mostra di voler realizzare il postulato adeguamento dell'assetto normativo del lavoro all'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa, se attraverso un rinvio a un modello puramente volontaristico oppure attraverso un processo di giuridificazione di "buone prassi" sulla falsa riga di quanto sembra emergere dalle indicazioni comunitarie sopra riepilogate. Anticipando le conclusioni, riteniamo che da una lettura sistematica del Te-

⁽⁵⁴⁾ Si vedano, fra gli studi più recenti, nella prospettiva indicata nel testo, con riferimento alla tutela della sicurezza del lavoro, S. SALVATO, *Le buone pratiche quali strumenti di integrazione dei sistemi di sicurezza*, in *Boll. spec. Adapt*, 10 settembre 2009, n. 3; M. CAPECE, *Responsabilità sociale delle imprese e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *LPO*, 2009, 8-9, 1019 ss.; L. GUAGLIANONE, *op. cit.*; M. RICCI, *Sicurezza sul lavoro*, *cit.*; V. FERRANTE, *Responsabilità sociale dell'impresa e lavoro subordinato*, in *LD*, 2006, 83 ss.; L. SACCONI (a cura di), *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'impresa*, Bancaria editrice, Roma, 2005; L. MONTUSCHI, *L'incerto cammino della sicurezza del lavoro fra esigenze di tutela, onerosità e disordine normativo*, in *RGL*, 2001, 4, 501 ss.; ID., *Il quadro legale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in M. RICCI (a cura di), *La sicurezza sul lavoro. Evoluzione legislativa, esperienze applicative e prospettive di riforma*, Cacucci, Bari, 1999, 59 ss.; B. CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in *DLRI*, 1997, 3, 435 ss.

⁽⁵⁵⁾ Si rileva in dottrina che il passaggio alla nozione di "massima sicurezza tecnologicamente fattibile", peraltro già presente nell'art. 2087 c.c., ha determinato un accrescimento dei livelli di tutela e uno sganciamento da calcoli di convenienza economica, in conformità con l'art. 41 Cost. (cfr. al riguardo in particolare M. RICCI, *Alcune osservazioni introduttive in tema di sicurezza sul lavoro*, in M. Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, *cit.*, 17 ss.). Per un riepilogo complessivo della questione, nella prospettiva del rapporto tra diritto nazionale e comunitario, cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2009, V ed., 362 ss.

sto Unico del 2008, come modificato nel 2009, emerge la preferenza per un modello che passa attraverso la diffusione delle “buone prassi” e conduce all’adattamento del quadro normativo nella prospettiva della massima sicurezza tecnologicamente fattibile: le “buone prassi”, attraverso un processo di validazione affidato alla pubblica autorità, sembrano destinate a divenire parametro di integrazione e adattamento del quadro normativo nella prospettiva dell’articolo 2087 del codice civile⁽⁵⁶⁾.

Il legislatore, con l’intervento correttivo di cui al decreto legislativo n. 106/2009, ha inteso eliminare le diverse incongruenze, colmare le lacune dell’originario testo normativo e sostenere soluzioni normative di «semplificazione del quadro legale e dei relativi adempimenti, in un’ottica più promozionale che repressiva, con conseguente ampia ed incisiva rivisitazione dell’apparato sanzionatorio»⁽⁵⁷⁾. Il decreto correttivo ha risentito del dibattito successivo all’emanazione del primo schema di decreto correttivo del 27 marzo 2009, culminato nel parere negativo fornito dalle regioni in sede di conferenza unificata⁽⁵⁸⁾.

Le norme più discusse, come noto, furono gli articoli 2-*bis* (presunzione di conformità) e 10-*bis* (obbligo di impedimento). Lo schema di decreto legislativo del marzo 2009, invero, al fine di garantire una più efficace tutela dei lavoratori e degli addetti attraverso la riduzione della burocrazia e dei vincoli esistenti, prevedeva come prima novità la possibilità per le commissioni di certificazione, competenti per i rapporti di lavoro, di certificare i modelli gestionali e organizzativi adottati dalle imprese per la tutela sul lavoro; in tal modo si intendeva conferire all’impresa stessa una presunzione di conformità alle disposizioni del Testo Unico. La proposta di modifica normativa fu oggetto di numerose critiche da parte di chi intravede la volontà di sovraccaricare organismi di natura privatistica, con compiti di certificazione sostitutivi delle atti-

⁽⁵⁶⁾ Sull’art. 2087 c.c. la bibliografia è vastissima. Si rinvia, per tutti, al recente riepilogo di E. GRAGNOLI, *La tutela della persona e delle condizioni di lavoro del prestatore di opere (art. 2087 c.c.)*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, Torino, 2010 27 ss., e alla bibliografia ivi citata.

⁽⁵⁷⁾ M. TIRABOSCHI, *Il Testo Unico dopo il “correttivo”: guida alla lettura*, Dossier Adapt, 8 ottobre 2009, 16, 3.

⁽⁵⁸⁾ Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, seduta del 29 aprile 2009, verbale n. 9/2009, in www.statoregioni.it/Documenti/DOC_021818_OK%20csr%20n.%209%20-%20seduta%20del%2029%20aprile%202009.pdf.

vità di vigilanza proprie della pubblica amministrazione ⁽⁵⁹⁾. Di tale norma resta solo qualche indiretta e remota traccia, inserita nell'ambito di un modello diverso, caratterizzato dal processo di "giuridicizzazione" delle buone prassi più sopra evocato ⁽⁶⁰⁾. L'articolo 2, comma 1, lettera v, del Testo Unico definisce, infatti, le buone prassi come «soluzioni organizzative o procedurali coerenti con la normativa vigente e con le norme di buona tecnica, adottate volontariamente e finalizzate a promuovere la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro attraverso la riduzione dei rischi e il miglioramento delle condizioni di lavoro, elaborate e raccolte dalle regioni, dall'Istituto superiore per la prevenzione e la sicurezza del lavoro ⁽⁶¹⁾, dall'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e dagli organismi paritetici di cui all'articolo 51, validate dalla Commissione consultiva permanente di cui all'articolo 6, previa istruttoria tecnica dell'ISPESL, che provvede a assicurare la più ampia diffusione».

La lettera f del medesimo articolo 2, recependo la più remota definizione del Libro Verde del 2001, definisce la «responsabilità sociale delle imprese» come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende e organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate».

Un'importanza non secondaria a fini promozionali dei più alti standard di sicurezza nei luoghi di lavoro hanno le attività volte alla diffusione di "buone prassi", di "codici etici e di condotta", di modelli organizzativi e prevenzionali ispirati a principi di "responsabilità sociale dell'impresa". L'articolo 6, comma 8, lettera h, è sintomatico della opzione a favore di una responsabilità sociale con funzione integrativa del precetto legale, per lo più fondato sul metodo negoziale collettivo ⁽⁶²⁾.

La dottrina ha osservato al riguardo che «richiamare i principi in materia di responsabilità sociale, al pari dei codici etici, costituisce una novità importante: il rinvio alle buone prassi, ai codici di condotta, alla re-

⁽⁵⁹⁾ In dottrina vi fu chi parlò di «scampato pericolo» rispetto a un'azione «volta a compromettere la tutela dei beni primari quali la salute e la sicurezza sul lavoro» (così C. FRASCHERI, *La posizione della Cisl*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *op. cit.*, 206 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per un approfondimento relativamente all'adozione dei sistemi gestionali e all'adempimento dell'obbligo di sicurezza del datore di lavoro si veda P. TULLINI, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in *DLRI*, 2010, 3, 403 ss.

⁽⁶¹⁾ Le cui funzioni sono state attribuite all'Inail dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

⁽⁶²⁾ L'art. 12, comma 2, lett. l, della l. n. 123/2007 si esprime per la valorizzazione della contrattazione aziendale insieme ai codici di condotta ed etici, alle buone prassi e ai principi della RSI.

sponsabilità sociale dà un respiro europeo ad una materia che è sempre stata asfittica a livello dei principi ed inflazionata da una miriade di disposizioni tecniche, ad iniziare dai decreti [...] degli anni '50. [...] Il fatto stesso di coniugare l'art. 2087 c.c. con le regole della buona tecnica convalidate a livello europeo, oltre che con i codici etici e di condotta volontariamente confezionati dal datore di lavoro» dovrebbe «consentire di attivare [...] un ammodernamento [...] del sistema prevenzionale»⁽⁶³⁾.

L'obiettivo del legislatore è evidentemente quello di «stimolare comportamenti cooperativi – interni ed esterni all'impresa – tali da indurre alla costituzione di un *security cycle* orientato a rafforzare l'efficacia e l'effettività delle norme emanate, così come a favorire la presa di coscienza aziendale che le azioni virtuose intraprese internamente favoriscono l'innalzamento degli standard di sicurezza generali esterni all'impresa»⁽⁶⁴⁾.

In questo quadro il ruolo dell'Inail è centrale: l'istituto ha il compito di finanziare, con risorse proprie, ora anche nell'ambito della bilateralità e di protocolli con le parti sociali e le associazioni nazionali di tutela degli invalidi sul lavoro (articolo 11 per le attività promozionali), progetti sperimentali ispirati ai principi di responsabilità sociale delle imprese (articolo 11, comma 5).

Un ruolo essenziale avrà altresì la Commissione consultiva permanente, stante la sua funzione di valorizzazione degli accordi sindacali, dei codici di condotta ed etici, adottati su base volontaria «che, in considerazione delle specificità dei settori produttivi di riferimento orientino i comportamenti dei datori di lavoro, anche secondo i principi della responsabilità sociale» – articolo 6, comma 8, lettera *h*⁽⁶⁵⁾.

La Commissione ha una funzione centrale su tutto il versante promozionale della sicurezza, considerata, tra l'altro, la sua competenza a “definire” le stesse attività di promozione e le azioni di prevenzione dell'articolo 11 (articolo 6, comma 8, lettera *c*), nonché a validare le buone prassi, il cui richiamo da parte del decreto legislativo è significa-

⁽⁶³⁾ L. MONTUSCHI, *Verso il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, Atti del convegno di studi giuridici sul disegno di legge-delega approvato dal Consiglio dei Ministri il 13 aprile 2007 (Urbino, 4 maggio 2007), in *DLRI*, 2007, 30.

⁽⁶⁴⁾ F. SAMMARCO, *La sicurezza del lavoro e i principi di responsabilità sociale*, in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *op. cit.*, 514.

⁽⁶⁵⁾ La critica è che questo organismo difetta di tecnicità di fronte a compiti così impegnativi; cfr. F. CARINCI, *Habemus il Testo Unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *op. cit.*, XLIII.

tivo, in quanto riferito alle prescrizioni di buona tecnica fissate dagli organismi europei.

Anche con riferimento alla funzione di validazione delle buone prassi (lettera *d*), la Commissione potrà godere dell'azione dell'Inail, essendo questa chiamata a svolgere altresì funzioni di «elaborazione, raccolta e diffusione delle buone prassi» (articolo 9, comma 2). L'Inail (*ex* Ispesl) ha anche il compito specifico di procedere all'istruttoria tecnica in merito alle "buone prassi" medesime, sì da poterne garantire la successiva validazione da parte della Commissione e la diffusione a opera dell'Inail medesimo (articolo 9, comma 2, lettera *o*). Questo emerge molto chiaramente dalla definizione delle buone prassi offerta dall'articolo 2, lettera *v*, sopra richiamato, e dall'articolo 11, comma 5, dove si prevede che l'adozione delle "buone prassi" costituisce criterio di priorità per l'accesso al finanziamento Inail di cui alla norma stessa⁽⁶⁶⁾.

Nell'ambito dei compiti promozionali attribuiti alla Commissione consultiva permanente rientra la definizione del sistema di qualificazione delle imprese e dei lavoratori autonomi di cui all'articolo 27 (articolo 6, comma 8, lettera *g*). L'importanza che il legislatore intende attribuire alle buone prassi è ravvisabile in ulteriori rinvii legislativi contenuti nel decreto delegato: basti qui richiamare, nell'ambito della valutazione dei rischi, l'articolo 28 e, ancor più specificamente, nel particolare campo dell'esposizione ad agenti fisici, l'articolo 181, a mente del primo comma del quale, «nell'ambito della valutazione di cui all'art. 28, il datore di lavoro valuta tutti i rischi derivanti da esposizione ad agenti fisici in modo da identificare e adottare le opportune misure di prevenzione e protezione con particolare riferimento alle norme di buona tecnica ed alle buone prassi»⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si veda al riguardo G. CIVOLANI, L. SCHIAVO, S. SALVATO (a cura di), *Contrattazione collettiva e buone pratiche in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Boll. Spec. Adapt*, 2009, 3.

⁽⁶⁷⁾ Per gli agenti fisici assume dunque particolare rilievo il richiamo alle norme di buona tecnica e alle buone prassi, soprattutto in carenza di disposizioni specifiche. Secondo le prime indicazioni applicative fornite dal coordinamento tecnico per la sicurezza nei luoghi di lavoro delle regioni e delle province autonome, ISPESL, sulla prevenzione e protezione dai rischi dovuti all'esposizione ad agenti fisici nei luoghi di lavoro (cfr. indicazioni operative, documento n. 1/2009, del 12 novembre 2009, revisionato l'11 marzo 2010, consultabili in www.ispesl.it), si evidenzia che è consigliabile utilizzare le buone prassi come riferimenti primari ogniqualvolta ve ne sia la disponibilità, considerato che il datore di lavoro deve sempre valutare l'effetto del rischio sulla salute dei lavoratori, tenendo conto dell'evoluzione tecnica in materia e che tali documenti sono per definizione documenti di natura applicativa.

L'approccio tracciato dal Testo Unico in materia di sicurezza del lavoro sembra essere una sorta di terza via attraverso la quale sciogliere le potenziali sovrapposizioni tra obblighi giuridici e atteggiamenti spontanei delle singole imprese. Si esplicita pertanto, in tale maniera, il carattere della *socialità* della RSI, nella sua duplice accezione: interna, considerando l'attenzione rivolta al benessere delle persone, alla tutela e alla salute dei propri dipendenti, ed esterna, rilevando il miglioramento indotto per il rispetto e la salvaguardia delle risorse adoperate ma anche per la soddisfazione delle esigenze attuali della collettività e di quelle future delle prossime generazioni»⁽⁶⁸⁾.

Le “dimensioni” della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza – Riassunto. *Gli AA. affrontano il tema della c.d. “responsabilità sociale d'impresa”, che viene analizzato con la prospettiva di indagare circa il ruolo del diritto positivo nella regolazione dell'impresa e del lavoro. La prima parte del saggio ha carattere generale e intende delimitare i parametri concettuali nell'ambito dei quali si colloca il tema della responsabilità sociale d'impresa; nella seconda parte viene offerta una proposta di lettura dell'argomento in dialogo fra regolazione dell'impresa e del lavoro, facendo perno sull'art. 41 Cost. Si è sviluppata, in prospettiva giuscommercialistica, una riflessione sui limiti all'agire dell'imprenditore: posto che la libertà d'iniziativa economica privata risponde alla tutela di un interesse di primaria rilevanza ed è costituzionalmente garantita, ci si è chiesti se si può ipotizzare di rendere l'impresa socialmente responsabile senza snaturarne i caratteri strutturali. Tale riflessione fa da sfondo all'ultima parte del saggio ove si è inteso riflettere, in termini sistematici, nella prospettiva del giuslavorista, sui più recenti documenti (comunitari e nazionali) contenenti un richiamo alla responsabilità sociale d'impresa, selezionati con riferimento alla materia della sicurezza del lavoro.*

The extent of Corporate Social Responsibility and sources of regulation: issues on the subject of enterprise, work and safety – Summary. *The Authors deal with the subject of what is known as Corporate Social Responsibility, which is analyzed from the perspective of investigating the role of positive law in corporate and work regulation. The first part of the paper is of a general nature and is intended to define the conceptual parameters within which the theme of Corporate Social Responsibility is placed; in the second part a suggestion is offered interpreting the subject in a dialogue between corporate regulation and work regulation, pivoting on Art. 41 of the Constitution. Thinking develops, from the perspective of commercial law, on the limitations of action of an entrepreneur. Given that freedom of private economic initiative*

⁽⁶⁸⁾ Così F. SAMMARCO, *La sicurezza del lavoro tra responsabilità sociale e sostenibilità aziendale*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Giuffrè, Milano, 2008, 355.

responds to the safeguard of an interest of paramount importance and is constitutionally guaranteed, there is a question whether one can hypothesize that a company can be made socially liable without damaging its structural characteristics. This thinking is what lies behind the last part of the paper where the intention is to reflect, in systematic terms and from the perspective of the labour law expert, on the most recent documents (both community and national) containing a call to Corporate Social Responsibility, chosen with reference to the subject of safety at work.

Ordini professionali e rappresentanza di interessi

Marco Gambacciani

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** Ordini professionali: natura, struttura e funzioni. – **3.** Ordini professionali, rappresentanza di interessi, compatibilità con i principi costituzionali ed effetti irrazionali. – **4.** Ordini professionali e tutela degli interessi collettivi della categoria. – **5.** Ordini professionali, rappresentanza sindacale e disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

1. Premessa.

Se pure trattasi di problema da tempo dibattuto, è tuttora controverso se gli ordini professionali costituiscano, o no, vere e proprie forme di rappresentanza di interessi (ed in particolare, vere e proprie forme di rappresentanza sindacale degli interessi collettivi della categoria) e, quindi, siano, o no, abilitati ad esprimere gli interessi e, prima ancora, la volontà, dei singoli professionisti.

Ciò dipende soprattutto dalla particolare natura e struttura degli ordini professionali, nonché dalle, altrettanto, particolari funzioni che essi sono chiamati a svolgere (o che, di fatto, svolgono) nel nostro ordinamento. Ed è, quindi, proprio dalla ricostruzione di natura, struttura e funzioni degli ordini professionali che occorre prendere le mosse per tentare di rispondere agli interrogativi ora posti.

2. Ordini professionali: natura, struttura e funzioni.

Com'è noto, gli ordini professionali sono enti pubblici non economici con autonomia patrimoniale e finanziaria ⁽¹⁾.

* *Ricercatore, Università degli Studi Roma Tre.*

⁽¹⁾ Fin d'ora, sulla natura giuridica, la struttura e le funzioni degli ordini professionali, vedi diffusamente F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, in *DDP*, 1995, X, 449 ss.; C. GESSA, *Ordini e collegi professionali*, in *EGT*, 1990, XXII, nonché, in tempi più

Dunque, si tratta di enti di diritto pubblico dotati di autogoverno e di autoamministrazione, sottoposti alla vigilanza dello Stato, che la esercita attraverso il controllo del Ministero della giustizia.

Gli ordini professionali sono istituiti e regolati dalla legge e sono collocati nell'ambito della pubblica amministrazione, trattandosi di organi (necessari) di natura pacificamente amministrativa.

Tradizionalmente, gli organi che compongono gli ordini professionali sono l'assemblea (che è il primo organo collegiale dell'ente e che funge anche da corpo elettorale per la formazione del consiglio) ed il consiglio (che è l'organo, anch'esso collegiale, attraverso il quale gli ordini svolgono le loro più importanti funzioni).

Gli ordini professionali, in virtù dei poteri delegati dallo Stato, svolgono funzioni e perseguono interessi prevalentemente di natura pubblica. Tra queste, particolare rilievo assumono la funzione di vigilanza sulla deontologia professionale (attraverso la tenuta degli albi) e la correlata funzione disciplinare, con la quale gli ordini professionali possono anche adottare sanzioni nei confronti dei loro iscritti (come l'ammonizione, la sospensione e, nei casi più gravi, anche la radiazione).

Attraverso lo svolgimento di tali funzioni, l'ordine vigila sul decoro dei professionisti e sulla loro condotta, tutelando (anche a scapito o, comunque, comprimendo le istanze individuali dei singoli professionisti) il prestigio della categoria ed il corretto e dignitoso esercizio dell'attività professionale (a tutela soprattutto dei clienti). Pertanto, gli ordini professionali perseguono finalità di interesse generale, assicurando forme di controllo pubblico dell'esercizio della professione, in modo tale che sia soddisfatto, innanzitutto, l'interesse pubblico a che la professione sia svolta da professionisti corretti e competenti ⁽²⁾.

In alcuni casi, gli ordini professionali svolgono anche funzioni pubbliche istituzionali, come, ad esempio, nelle ipotesi in cui nominano professionisti presso uffici pubblici (ed anche in questo caso, gli ordini professionali perseguono e tutelano sempre un interesse pubblico, dando la garanzia dell'idoneità del professionista a svolgere i compiti e le funzioni che gli vengono affidate).

risalenti, P. PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, Giuffrè, Milano, 1959; C. LEGA, *Ordinamenti professionali*, in *NDI*, 1965, XII, 6 ss.; A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1976. Più di recente, anche con riferimenti al diritto comparato, vedi P. STANZIONE, *Gli ordini professionali: funzioni attuali e prospettive di riforma*, in *CG*, 2006, 1633 ss.

⁽²⁾ Sugli interessi aventi rilevanza pubblica connessi all'attività del professionista, vedi F. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *NDI*, 1967, XIV, 23 ss.

Inoltre, gli ordini professionali sono (definiti) enti (pubblici associativi) ⁽³⁾ ad appartenenza obbligatoria (o necessaria) ⁽⁴⁾, nel senso che per l'esercizio della professione è obbligatoria l'iscrizione all'albo professionale, dalla quale discende, automaticamente, l'appartenenza del soggetto al gruppo professionale. Dunque, nel nostro ordinamento, gli ordini professionali sono associazioni "coatte", in quanto l'appartenenza ad esse non deriva da un autonomo atto di volontà, di adesione o di partecipazione al gruppo professionale del singolo professionista, ma è l'effetto derivato che consegue all'iscrizione all'albo, a sua volta condizione indispensabile per l'esercizio legittimo della professione.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha escluso che l'iscrizione obbligatoria agli albi professionali (e, quindi, agli ordini professionali) contrasti con il principio della libertà di associazione, garantito dall'articolo 18, comma 1, della Costituzione ⁽⁵⁾ (sia sotto l'aspetto positivo, e cioè come «diritto di associarsi liberamente», sia sotto l'aspetto negativo, e cioè come diritto, o libertà, anche di non associarsi, ovvero di non aderire ad alcuna associazione) ⁽⁶⁾.

Ma quella stessa giurisprudenza ha anche precisato che un limite alla libertà (costituzionalmente garantita) anche di non associarsi, mediante la previsione dell'obbligo di iscrizione a determinati enti a struttura associativa, è possibile e legittimo soltanto quando ciò è (reso) necessario «per il raggiungimento e la tutela di altri fini ed interessi pubblici», anch'essi costituzionalmente garantiti ⁽⁷⁾.

In altri termini, anche la Corte costituzionale ha confermato, da un lato, che gli interessi perseguiti e le funzioni svolte dagli ordini professionali sono soprattutto (se non esclusivamente) di natura pubblica e, d'altro lato, che soltanto il perseguimento di questi interessi e lo svolgimento di queste funzioni giustifica (ed, anzi, impone) l'obbligo di iscrizione del singolo professionista a tali ordini ed ai loro organi collegiali.

⁽³⁾ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 546-548; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Jovene, Napoli, 1979, 72 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. C. Cost. 3 novembre 2005, n. 405.

⁽⁵⁾ Sul quale, in termini generali, vedi P. BARILE, *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, 1958, III, 843 ss.; A. PACE, *Commento all'art. 18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1977, 194 ss.; P. RIDOLA, voce *Associazione (libertà di)*, in *EGT*, 1988, III, 1 ss.; U. DE SIERVO, *Associazione (libertà di)*, in *DDP*, 1987, I, 484 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. C. Cost. 10 luglio 1973, n. 120; C. Cost. 26 giugno 1962, n. 69, in *GCost*, 1962, 738 ss., con nota di V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*.

⁽⁷⁾ C. Cost. n. 120/1973, cit.; C. Cost. n. 69/1962, cit.

3. Ordini professionali, rappresentanza di interessi, compatibilità con i principi costituzionali ed effetti irrazionali.

Già sulla base di questa ricostruzione, a me pare estremamente difficile ritenere che gli ordini professionali, quali enti pubblici che svolgono funzioni prevalentemente pubbliche ed istituzionali, siano titolari anche di una vera e propria rappresentanza sindacale del gruppo sociale di riferimento.

Ed infatti, proprio a ragione della loro funzione (pubblica) di garanti dello svolgimento (e dei valori) della professione ⁽⁸⁾, gli ordini professionali non sembrano idonei a divenire (e ad essere utilizzati anche come) strumento di rappresentanza generale delle diverse categorie dei professionisti, dei diversi interessi professionali che esse esprimono, e delle diverse esigenze che da esse promanano.

Dunque, per la loro natura e struttura (di ente di diritto pubblico) e per le funzioni svolte (anch'esse di natura pubblica e predeterminate dalla legge), appare più corretto ritenere che gli ordini professionali non possono ritenersi abilitati ad esprimere anche gli interessi (che sono necessariamente privati) e, soprattutto, la volontà dei singoli professionisti ⁽⁹⁾.

Inoltre, anche la previsione dell'iscrizione obbligatoria concorre ad escludere che gli ordini professionali possano porsi come forme di rappresentanza degli interessi collettivi dei singoli professionisti. Infatti,

⁽⁸⁾ Cfr. C. Cost. 6 luglio 1970, n. 114.

⁽⁹⁾ Per una diversa impostazione, tutta diretta a valorizzare la funzione rappresentativa svolta dagli ordini professionali, cfr. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati. Contributo allo studio dei rapporti tra rappresentanza politica e rappresentanza di interessi*, Giuffrè, Milano, 2005, 239 ss., secondo il quale la natura pubblica dell'ente non vale «ad inibire la esponenzialità di tale ente rispetto ad una data comunità, e dunque lo svolgimento di una funzione di rappresentanza del gruppo», come sarebbe anche nell'ordine professionale, nel quale «la qualificazione soggettiva pubblicistica, l'esercizio di pubbliche funzioni, anche di carattere autoritativo, la riferibilità all'ente di un certo interesse pubblico convivono con la cura dell'interesse settoriale, cioè dell'interesse della categoria rappresentata». Nella stessa ottica, sembra porsi anche quella giurisprudenza, non soltanto amministrativa, che riconosce agli ordini professionali la legittimazione ad agire (e contraddire) in giudizio per far valere gli interessi (non soltanto degli enti, ma anche) della categoria rappresentata. Cfr., ad esempio, C. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1473, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2009, I, 383; C. Stato, sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2178, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2008, I, 639; C. Stato, sez. V, 30 gennaio 2002, in *FA*, 2002, 115, nonché, per la giurisprudenza di legittimità, Cass. 22 marzo 1993, n. 3361, in *GC*, 1993, I, 2395; Cass., sez. un., 14 febbraio 1992, n. 1811, in *FP*, 1993, I, 25.

non è possibile individuare l'associazione rappresentativa degli interessi di un determinato gruppo, prescindendo del tutto dalle indicazioni di coloro che fanno parte del gruppo stesso.

Pertanto, quando si individuano gli enti rappresentativi degli interessi di una determinata categoria, non si può prescindere dal consenso di coloro che fanno parte della categoria rappresentata. Consenso che si esprime, anzitutto e necessariamente, con la libera adesione ed iscrizione del singolo individuo a quel determinato ente.

Peraltro, ove si dovesse ritenere che gli ordini professionali siano anche organizzazioni rappresentative degli interessi della categoria, la previsione dell'iscrizione obbligatoria sarebbe, molto probabilmente, in contrasto non soltanto con il principio di libertà di associazione garantito dall'articolo 18, comma 1, della Costituzione, ma soprattutto con il principio di libertà sindacale garantito, invece, dall'articolo 39, comma 1, della Costituzione.

Ed infatti, la libertà sindacale implica, tradizionalmente, anche la facoltà di coalizione e di azione per la difesa di interessi collettivi professionali e riguarda, innanzitutto, la posizione dei singoli nella loro facoltà di iniziativa, scelta, adesione e partecipazione all'attività della coalizione. E, quindi, come già la libertà di associazione, anche la libertà sindacale (che ne costituisce, pur nella sua autonomia, una specificazione) ⁽¹⁰⁾ tutela sia la libertà positiva di costituire o aderire ad un sindacato, sia la libertà negativa di non affiliarsi ad alcun sindacato ⁽¹¹⁾.

Peraltro, il principio della libertà dell'organizzazione sindacale sta anche (e soprattutto) a significare che l'organizzazione sindacale è portatrice esclusivamente di interessi privati, sia pure collettivi, e non già di interessi pubblici ⁽¹²⁾. Con la conseguenza che l'organizzazione e l'azione sindacale sono libere soltanto se perseguono interessi privati, e non anche se perseguono (contestualmente, ed in via primaria) interessi pubblici.

⁽¹⁰⁾ Sull'autonomia e le differenze tra i due principi costituzionali, vedi G. GIUGNI, *Commento all'art. 39*, in G. BRANCA (a cura di), *op. cit.*, 265 ss.; M. PERSIANI, *Saggio sull'autonomia privata collettiva*, Cedam, Padova, 1972, 43 ss.; M. DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. DELL'OLIO, G. BRANCA, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in *Enciclopedia giuridica del lavoro*, 1980, 3 ss.; P. BELLOCCHI, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 18 ss.

⁽¹¹⁾ Sulla problematica della c.d. libertà negativa, vedi O. KHAN-FREUND, *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, Milano, 1974, 240 ss.

⁽¹²⁾ Cfr., tra i tanti, M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2009, 19 ss.; nonché G. PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV, 501 ss.

A maggior ragione sarebbero in contrasto con il principio costituzionale della libertà sindacale anche le previsioni secondo le quali gli ordini professionali, quali organismi di diritto pubblico, sono istituiti e regolati per legge, come, peraltro, già ha affermato anche la giurisprudenza più attenta⁽¹³⁾.

Del resto, la dottrina prevalente è concorde nel ritenere che anche i lavoratori autonomi (inclusi i professionisti) siano titolari della libertà di organizzazione sindacale, riconosciuta dall'articolo 39 della Costituzione anche al di fuori del lavoro subordinato⁽¹⁴⁾.

Ed anche la giurisprudenza costituzionale ha confermato che pure le organizzazioni di lavoratori autonomi possono ritenersi tutelate dal principio costituzionale di libertà sindacale (e non soltanto, quindi, dal principio, più generale, della libertà di associazione contenuto nell'articolo 18 della Costituzione). Ed infatti, già da tempo la Corte costituzionale ha affermato che «l'art. 39 della Costituzione riconosce e garantisce la libertà di organizzazione sindacale a tutti i lavoratori, siano essi subordinati o autonomi» e, quindi, anche ai liberi professionisti, che certamente rientrano nell'ambito della (più ampia) categoria del lavoro autonomo⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. Pret. Genova 15 giugno 1994, in *FI*, 1994, I, col. 2267, secondo la quale il consiglio dell'ordine professionale (nella specie, si trattava di un consiglio dell'ordine degli avvocati) «certamente non può configurarsi quale organizzazione sindacale». Ciò perché «l'opposta opinione si porrebbe in insanabile contrasto con il 1° comma dell'art. 39 Cost. che solennemente sancisce che l'organizzazione sindacale è libera. Infatti il consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori è istituito per legge, e la legge ne disciplina la composizione, il funzionamento, la competenza territoriale. Mentre la libertà di organizzazione sindacale comporta che sia rimessa all'autonomia degli associati ogni decisione in ordine all'articolazione dell'associazione stessa ed alle sue competenze; salvo l'unico limite di assicurare un ordinamento interno a base democratica».

⁽¹⁴⁾ Cfr., tra gli altri, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. I – Il diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2008, 76; F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gino Giugni*, Cacucci, Bari, 1999, 1113 ss.; 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, n. 8, 110; U. ROMAGNOLI, *Associazione (associazioni sindacali)*, in *EGT*, 1988, vol. III, 15; R. FLAMMIA, *Organizzazione delle professioni e tutela sindacale*, in *DL*, 1969, I, 4.

⁽¹⁵⁾ Cfr. C. Cost. 17 dicembre 1975, n. 241, nonché C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171. In tema, vedi soprattutto A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1996, XXVII, nonché, per un approccio allo studio del diritto del lavoro autonomo (e delle professioni) tendente a superare le logiche meramente conflittuali, o antagoniste, con

Si aggiunga che, sempre ove si dovesse ritenere che gli ordini professionali possano configurarsi (anche) come enti esponenziali degli interessi delle rispettive categorie, si determinerebbero anche effetti irrazionali. Basti pensare all'evidente conflitto di interessi in cui gli ordini professionali si verrebbero a trovare. Da un lato, sarebbero chiamati a rappresentare gli interessi (privati e particolari) dei singoli professionisti. D'altro lato, stante la cosiddetta «giurisdizione domestica» in materia disciplinare (ma anche in materia di controllo delle tariffe), essi, però, ne controllano anche l'operato e, se del caso, impongono sanzioni nei loro confronti (per tutelare, invece, interessi pubblici e generali) ⁽¹⁶⁾.

Si consideri, altresì, che l'eventuale riconoscimento della funzione di tutela degli interessi privati degli appartenenti alla categoria sarebbe anche difficilmente armonizzabile con l'obbligo costituzionale di imparzialità della pubblica amministrazione (articolo 97 della Costituzione), che riguarda anche gli ordini professionali (proprio in quanto organi della pubblica amministrazione).

4. Ordini professionali e tutela degli interessi collettivi della categoria.

Le considerazioni che precedono inducono, quindi, ad escludere che sia possibile attribuire agli ordini professionali, in quanto organismi di diritto pubblico (ed ai quali i professionisti sono obbligatoriamente iscritti), il compito di rappresentare gli interessi della categoria, ed anche che sia possibile considerare gli ordini professionali come associazioni sindacali dei professionisti ⁽¹⁷⁾.

il lavoro subordinato, G. PROIA, *Attività professionali e diritto del lavoro. Spunti di riflessione da alcuni recenti interventi normativi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, tomo II, 957 ss. Per ulteriori spunti, approfondimenti e riferimenti, vedi anche le relazioni del convegno *Lavoro autonomo e riforma delle professioni*, svoltosi a Ravenna il 16 marzo 2007, in *QADL*, 2008, n. 8, cit.; A.M. GRIECO, *Libertà e azione sindacale dei lavoratori autonomi*, Jovene, Napoli, 2005; nonché la sezione Ricerche *Uno «Statuto» per il lavoro autonomo*, in *q. Rivista*, 2010, n. 3, 597 ss., con contributi di M. MAGNANI, T. TREU e A. PERULLI. ⁽¹⁶⁾ Sulla natura amministrativa del potere disciplinare degli ordini professionali, vedi C. Cost. 12 luglio 1967, n. 110.

⁽¹⁷⁾ Sulla coesistenza tra ordini professionali e sindacati, per la diversità di natura e finalità degli uni e degli altri, vedi C. LEGA, *La coesistenza di ordini e sindacati professionali*, in *q. Rivista*, 1960, I, 12 ss.; nonché G. LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Parigi, 1990, 135 ss. Esclude che possa essere riconosciuta natura

Pare evidente, infatti, che l'organizzazione pubblicistica degli ordini professionali, caratterizzata come una collettività necessaria ed obbligatoria (nel senso che l'esercizio della professione è subordinato all'inserimento del professionista nel gruppo ed alla sottoposizione alle sue regole), risponde a funzioni ed interessi diversi rispetto a quelli tipici delle organizzazioni sindacali.

E pare altrettanto evidente che la funzione di controllo e di garanzia svolta dagli ordini professionali non può né sostituire, né tantomeno assorbire la specifica funzione sindacale di tutela degli interessi dei propri iscritti (che soltanto un'associazione di rappresentanza libera, e cioè un vero e proprio sindacato, può completamente ed adeguatamente svolgere). Anche perché gli interessi dei singoli professionisti che appartengono all'ordine (e che l'ordine dovrebbe unitariamente rappresentare) non sempre sono omogenei e coincidenti, ma anzi tendono sempre più ad articolarsi e diversificarsi ⁽¹⁸⁾.

Del resto, come anche la dottrina più attenta già ha avuto modo di rilevare, «gli interessi comuni di questi professionisti non si esauriscono nell'aspetto pubblicistico della propria attività, sia perché l'esercizio della professione non rappresenta, normalmente e salvo limitate eccezioni, un pubblico ufficio, sia perché l'esercizio professionale costituisce attività lavorativa suscettibile di tutela alla stessa stregua degli interessi collettivi di ogni altra categoria produttiva» ⁽¹⁹⁾.

Basti pensare allo stesso decoro economico della professione con la fissazione (e l'imposizione) di tariffe minime. Tale decoro esprime un interesse pubblico, dovendo garantire la dignità della professione, ma non esclude che possano essere fatte valere ulteriori istanze e rivendicazioni di carattere sindacale, volte a soddisfare, invece, interessi di natura più strettamente privatistica.

Ed allora, deve certamente condividersi quanto affermato da quella stessa dottrina, secondo la quale «il profilo garantistico dell'apparato pubblico riconducibile alla tradizionale attività degli ordini professionali non è più in grado di tutelare gli interessi dei propri iscritti global-

sindacale agli ordini professionali anche C. BALDUCCI, *L'organizzazione sindacale*, in C. BALDUCCI, U. CARABELLI (a cura di), *Il sindacato*, Utet, Torino, 1984, I, 150 ss. Nega, invece, la possibilità di distinguere tra ordini e sindacati in base alla (diversa) natura dell'interesse rappresentato, in quanto riconosce in capo all'ordine la competenza a rappresentare tutti gli interessi del gruppo professionale, G. ROSSI, *op. cit.*, 35 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr., anche per ulteriori approfondimenti, M.T. CARINCI, *op. cit.*, spec. 122 ss.

⁽¹⁹⁾ Così F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, cit., 1118.

mente intesi, rivelandosi talora necessario, di fronte all'evoluzione della realtà socio-economica, la presenza di unioni professionali di carattere volontario con finalità dinamiche di autotutela, che si collocano come gruppi di pressione legittimati sia dalla generale libertà associativa garantita dall'art. 18 Cost., sia dalla stessa norma dell'art. 39, primo comma, Cost.»⁽²⁰⁾.

Ciò anche per evitare il concreto pericolo, avvertito pure dalla Autorità garante della concorrenza e del mercato, che «la difesa da parte degli ordini di interessi meramente di categoria» sia, o comunque possa essere, «legittimata e vestita di rilevanza pubblica», rendendo «sempre più evanescenti i confini tra i due tipi di interessi»⁽²¹⁾.

5. Ordini professionali, rappresentanza sindacale e disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Un'ulteriore conferma della inidoneità degli ordini professionali a costituire forme di rappresentanza sindacale degli interessi della categoria può e deve essere desunta anche dalla disciplina dettata dal legislatore in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Com'è noto, l'articolo 2, comma 1, della legge n. 83/2000 (aggiungendo l'articolo 2-*bis* alla legge n. 146/1990) ha esteso, con i necessari adattamenti, la disciplina dei conflitti sindacali (oltre i confini del lavoro subordinato) anche all'area del lavoro autonomo (in specie, ai lavoratori autonomi, ai professionisti ed ai piccoli imprenditori).

In particolare, il comma 1 dell'art. 2-*bis* della legge n. 146/1990 ha previsto che, al fine di contemperare il diritto all'astensione collettiva dalle prestazioni dei lavoratori autonomi con i diritti della persona costituzionalmente tutelati, debbano essere adottati codici di autoregolamentazione da parte delle «associazioni o organismi di rappresentanza di categoria»⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Così, ancora, F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, cit., 1120, ma già, nello stesso senso, R. FLAMMIA, *op. cit.*, 7-8.

⁽²¹⁾ Cfr. provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) n. 5400 del 9 ottobre 1997, consultabile sul sito www.agcm.it.

⁽²²⁾ Cfr. anche l'art. 4, comma 4, della l. n. 146/1990, come sostituito dall'art. 3 della l. n. 83/2000, che indica come destinatari delle sanzioni a carico dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, le loro «associazioni e gli organismi rappresentativi». Al riguardo, vedi F. SANTONI, *Le sanzioni*, in F. SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero. Commento sistematico alla legge n. 83/2000*, Jovene, Napoli, 2001, 177 ss., spec. 194, anche per la non riconducibilità degli ordini professionali tra le «associazioni» e/o gli «organismi rappresentativi» di quei soggetti.

Orbene, con riferimento a tale disposizione, la dottrina prevalente già ha avuto modo di escludere che anche gli ordini professionali (nazionali o locali) possano considerarsi «associazioni o organismi di rappresentanza di categoria» (tanto più quando vi siano altre organizzazioni sindacali libere rappresentative degli interessi della categoria) e, quindi, possano anch'essi predisporre (ed adottare) codici di autoregolamentazione⁽²³⁾.

Allo stesso modo, anche l'*authority* preposta alla vigilanza del settore (ossia, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero dei servizi pubblici essenziali), in più di un'occasione, ha censurato iniziative di protesta adottate «in prima persona» dai consigli degli ordini (nella specie, quelli degli avvocati), affermando che: 1) a tali enti «non dovrebbero spettare funzioni sindacali, bensì soltanto compiti amministrativi e disciplinari» di tutt'altro e diverso rilievo⁽²⁴⁾; 2) il consiglio dell'ordine deve ritenersi «soggetto pubblico che non può essere coinvolto in prima persona in azioni di carattere conflittuale ed al quale spetta invece una funzione di vigilanza sul rispetto delle regole»⁽²⁵⁾.

E proprio sulla base di queste valutazioni la stessa Commissione di garanzia, quando ha ritenuto opportuno sollecitare le organizzazioni rappresentative dell'avvocatura a dotarsi di un codice di autoregolamenta-

⁽²³⁾ Cfr. G. GHEZZI, *Un'importante riforma tutta in salita: la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1999, 697; F. SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, 150; ID., *Astensioni dei lavoratori autonomi e normativa sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Newsletter CgS*, 2005, 14 ss.; P. PASCUCI, *Lavoratori autonomi e pubblici servizi*, in *Newsletter CgS*, 2001, 9; E. GIANFRANCESCO, *Legali: entro sei mesi l'autoregolamentazione*, in *GD*, 2000, n. 15, 37; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi pubblici essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Il conflitto collettivo nei servizi pubblici*, in *QDLRI*, 2001, n. 25, 106 ss.; M.T. CARINCI, *op. cit.*, 144 ss.; A. PILATI, *Il conflitto collettivo nell'area del lavoro autonomo*, in P. PASCUCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Ipsoa, Milano, 2000, 81. *Contra*, invece, M.G. GAROFALO, *Le sanzioni nell'attuale disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giuffrè, Milano, 2003, 86, nota 50.

⁽²⁴⁾ Cfr. relazione sull'attività della Commissione, periodo 1° gennaio 2007-30 dicembre 2008, n. 86, consultabile sul sito www.commissione-garanziasciopero.it.

⁽²⁵⁾ Cfr. relazione sull'attività della Commissione, periodo 1° maggio 1998-30 aprile 1999, n. 60, in www.commissione-garanziasciopero.it. Cfr. anche le delibere n. 7 e n. 8 del 17 gennaio 2002, nelle quali si rileva «l'irritualità» della proclamazione dell'astensione da parte del consiglio dell'ordine «in quanto organo di rappresentanza istituzionale e non ente esponenziale di rappresentanza sindacale degli interessi della categoria» professionale (sempre in www.commissione-garanziasciopero.it).

zione (da sottoporre alla Commissione ai fini del giudizio di idoneità), ha convocato (in data 3 febbraio 2005) non già i consigli degli ordini, bensì l'organismo unitario dell'avvocatura (OUA), l'associazione nazionale giovani avvocati (AIGA), l'associazione nazionale forense (ANF), l'unione camere penali italiane (UCPI) e l'unione nazionale camere civili (UNCC) e, cioè, le libere associazioni rappresentative degli interessi collettivi dell'avvocatura ⁽²⁶⁾. E sono state queste stesse associazioni sindacali (e non i consigli dell'ordine) che, in data 4 aprile 2007, hanno adottato il codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati, valutato idoneo dalla Commissione di garanzia con deliberazione n. 749 del 13 dicembre 2007 ⁽²⁷⁾.

Ad ulteriore conferma della funzione esclusivamente pubblica (e non di rappresentanza di interessi) svolta dagli ordini professionali è anche la stessa previsione del codice di autoregolamentazione ora richiamato, in base alla quale, in caso di violazione delle disposizioni riguardanti la proclamazione e l'attuazione dell'astensione, oltre alle sanzioni adottate dalla Commissione di garanzia, resta ferma anche «l'eventuale valutazione dei Consigli dell'Ordine in sede di esercizio dell'azione disciplinare. Gli stessi Ordini vigilano sul rispetto individuale delle regole e modalità di astensione» ⁽²⁸⁾.

Ed infatti, l'attribuzione di tale funzione (di «controllo deontologico»), coerente con le funzioni istituzionali e pubblicistiche che gli ordini professionali svolgono, esclude che questi ultimi possano anche indire o proclamare autonomamente astensioni dalle prestazioni (in questo caso, quali enti esponenziali degli interessi collettivi della categoria). Diversamente si verificherebbe il paradosso che, a seguito delle eventuali violazioni segnalate dalla Commissione di garanzia, gli ordini professionali dovrebbero applicare le sanzioni disciplinari previste dall'ordinamento forense, censurando sé stessi (ed i propri iscritti) quando abbiano indetto o proclamato astensioni illegittime ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. delibera n. 26 del 25 gennaio 2007, in *www.commissione-garanziasciopero.it*.

⁽²⁷⁾ Codice e delibera, entrambi, anch'essi, in *www.commissione-garanziasciopero.it*, oltretutto in *Newsletter CgS*, 2007, 42 ss. In precedenza, la materia era disciplinata dalla regolamentazione provvisoria della Commissione di garanzia, adottata con delibera n. 237 del 7 luglio 2002 (sulla quale, vedi G. GHEZZI, *Sciopero dei magistrati e "sciopero" degli avvocati nella valutazione della Commissione di garanzia*, in *RTDPC*, 2003, 113 ss.).

⁽²⁸⁾ Art. 7 del codice di autoregolamentazione delle astensioni dalle udienze degli avvocati.

⁽²⁹⁾ Cfr. F. SANTONI, *L'organizzazione e l'azione sindacale dei professionisti*, cit., 1128.

In conclusione, risulta pertanto confermato, anche sulla base di queste ulteriori considerazioni, che i consigli dell'ordine, non essendo libere associazioni di rappresentanza degli interessi, ma enti dotati di poteri di autogoverno ed autoamministrazione su soggetti obbligatoriamente iscritti, non sono abilitati a manifestare la volontà dei singoli professionisti in contesti ed ambiti diversi da quelli tassativamente indicati dalle leggi che ne hanno previsto l'istituzione ed il funzionamento.

Ordini professionali e rappresentanza di interessi – Riassunto. *Il saggio affronta il tema dei rapporti tra ordini professionali e rappresentanza di interessi. In particolare, affronta il problema, da tempo dibattuto e tuttora controverso, se gli ordini professionali costituiscano, o no, vere e proprie forme di rappresentanza sindacale degli interessi collettivi della categoria e, quindi, siano, o non abilitati ad esprimere gli interessi e la volontà dei singoli professionisti. Dopo aver ricostruito natura, struttura e funzioni degli ordini professionali, l'A. giunge ad escludere la possibilità di attribuire agli ordini professionali, in quanto organismi di diritto pubblico ed ai quali i professionisti sono obbligatoriamente iscritti, il compito di rappresentare gli interessi collettivi della categoria, ed anche quella di considerare gli ordini professionali come associazioni sindacali dei professionisti. Esclusioni che trovano ulteriore conferma anche nella disciplina dettata dal legislatore in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.*

Professional Bodies and representation of interests (Article in Italian) – Summary – *The essay focuses on the relationship between professional bodies and representation of interests. In particular, the essay deals with the problem, for long debated and not yet solved, if the professional bodies can be considered, or not, real form of industrial representation of the category's collective interests and, as a consequence, are able, or not, to manifest the interests and the will of the single professionals. After the reconstruction of the nature, structure and function of the professional bodies, the Author excludes the possibility to assign the professional bodies, being public law institutions of which the professionals are compulsory members, the task of representing the collective interests of the category, as well as the Author excludes the possibility to consider the professional bodies as professional's trade union. These exclusions are confirmed also by the Italian law on strike in the essential public services.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Lo studio delle relazioni industriali: una prospettiva anglo-europea

Richard Hyman

Sommario: 1. Che cosa si intende per “relazioni industriali”? – 2. La tradizione inglese. – 3. Varietà degli approcci in Europa continentale. – 4. L’architettura istituzionale della ricerca. – 5. Verso una europeizzazione della ricerca?

1. Che cosa si intende per “relazioni industriali”?

Lo studio delle relazioni industriali, così come le intendiamo noi oggi, ha inizio più di un secolo fa con il lavoro dei coniugi Webb in Gran Bretagna e dei Commons negli Stati Uniti. Il campo d’indagine, di cui sono stati pionieri, che include le regole disciplinanti i rapporti di lavoro, le istituzioni coinvolte in questo processo e le dinamiche di potere tra i soggetti principali della regolamentazione, si è evoluto nel corso dei decenni con modalità specifiche, rispondendo a esigenze concrete di governi e amministrazioni piuttosto che a logiche intellettuali a questi subordinate. Storicamente, l’ambito di ricerca ha acquisito la etichetta di “relazioni industriali” in maniera quasi casuale, a seguito della istituzione, da parte del Congresso degli Stati Uniti nel 1912, di una Commissione sulle relazioni industriali. Sotto molti aspetti, la suddetta denominazione è da considerarsi impropria: il fulcro della ricerca e dell’analisi riguarda normalmente qualsiasi tipo di attività lavorativa (e non solo quella “industriale”) e non include tutte le “relazioni” (ma solo quelle regolate da accordi istituzionali specifici).

Al centro dello studio delle relazioni industriali vi è una complessa interazione tra teoria e prassi; il termine prevede sia un’attività socio-

** Professore di Relazioni Industriali, Dipartimento di relazioni di lavoro e comportamento organizzativo – London School of Economics. Il presente contributo è stato pubblicato in lingua inglese in Arbetsmarknad & Arbetsliv, årg 13, nr 3-4, hösten/vintern 2007. Traduzione a cura di Pietro Manzella e Maria Tuttobene.*

economica sia un'analisi scientifica della realtà empirica, con questa ultima che, a sua volta, ha determinato una complessa combinazione di teoremi e prescrizioni.

I primi studiosi della materia hanno concentrato i propri sforzi, per comprendere le caratteristiche del mondo del lavoro, soprattutto con l'obiettivo di definire le politiche pubbliche: sia i Webb che i Commons sono stati infatti consulenti influenti del governo. Negli anni successivi, il fine ultimo della ricerca e dell'insegnamento è stato spesso quello di fornire supporto alle amministrazioni nella gestione di questioni attinenti alle relazioni industriali all'interno dell'azienda. Di conseguenza, il contenuto empirico della ricerca, in questo ambito, ha subito variazioni dipendenti dagli interessi a breve termine della politica, combinando un insieme quanto mai variegato di temi e problematiche. Il carattere pragmatico delle relazioni industriali, in ambito accademico, ha inoltre assicurato che le prospettive intellettuali fossero influenzate dalla determinazione delle principali questioni relative ai rapporti di lavoro a livello nazionale in un determinato periodo. Da tali considerazioni emerge come anche tra i paesi anglofoni non vi sia mai stata una visione universalmente riconosciuta sulla natura del settore.

Quale è, quindi, lo stato dell'arte dello studio delle relazioni industriali? Il pragmatismo di cui sopra ha comportato che, per la maggior parte degli Autori anglofoni, le questioni inerenti agli aspetti teorici venissero considerate irrilevanti, o, nella migliore delle ipotesi, di secondaria importanza (atteggiamento stigmatizzato da Dunlop ⁽¹⁾ nei suoi studi classici di circa mezzo secolo fa). Dunlop ha compiuto uno sforzo – a mia opinione piuttosto futile ⁽²⁾ – nel definire una “teoria delle relazioni industriali” indipendente da altre materie, in grado di confermare il campo di ricerca in questione come una disciplina a sé stante. Tale sforzo è da considerarsi incompiuto, lasciando aperta la questione che analizza se le relazioni industriali siano, o dovrebbero aspirare ad essere, una branca di studio autonoma. Mentre alcuni studiosi, in particolare negli Stati Uniti, abbracciano questa prospettiva, per altri le relazioni industriali costituiscono uno strumento inter-disciplinare per avvicinarsi a un campo specifico e per altri ancora un'area dove approcci disciplinari alternativi possono essere legittimamente applicati simultaneamente.

⁽¹⁾ J.T. DUNLOP, *Industrial Relations Systems*, Holt, New York, 1958.

⁽²⁾ R. HYMAN, *Is Industrial Relations Theory Always Ethnocentric?*, in B.E. KAUFMAN (ed.), *Theoretical Perspectives on Work and the Employment Relationship*, IRRA, Madison, 2004.

Considerato che lo studio delle relazioni industriali è nato senza chiare basi teoriche, negli anni, sono state elaborate tesi divergenti circa le origini e i principali contenuti della materia, al punto che una definizione universalmente riconosciuta di ciò che le relazioni industriali significhino o dovrebbero significare potrebbe non esistere. Alla fine, possiamo solo indicare l'oggetto dell'analisi che la maggior parte degli studiosi ha scelto di esaminare sotto il nome appunto di "relazioni industriali". Il *focus* della materia è tradizionalmente stato la regolamentazione collettiva e istituzionale, o – come recentemente suggerito ⁽³⁾ – la *governance* dell'attività lavorativa e del lavoro in senso più ampio. L'ambito di studio – si dovrebbe aggiungere – non ha riguardato la "vita lavorativa" nel significato scandinavo, che, invece, è stata in genere oggetto di analisi della psicologia e della sociologia del lavoro.

Tanto in Gran Bretagna che negli Stati Uniti questa regolamentazione ha sempre trovato consensi che sono andati al di là di qualsiasi previsione. Il sistema di *common law*, con la sua enfasi sulla libertà individuale del contratto e la difficoltà di concepire la presenza di attori collettivi (ad eccezione, aspetto interessante, della società capitalista), ha creato un forte pregiudizio nei confronti della regolamentazione istituzionale del mercato del lavoro (ad eccezione, ancora, della società capitalista come datore di lavoro). Negli Stati Uniti, in particolare, la parte datoriale ha fortemente incoraggiato questo tipo di atteggiamento. In entrambi i paesi, il privilegio del datore è stato rafforzato da un sistema di diritto societario che ha reso il *management* appannaggio esclusivo degli *shareholders*, con gli altri soggetti interessati (*stakeholders*) che non hanno goduto di analoghi privilegi. Nonostante questi ostacoli, e per diversi decenni dopo il 1940, la regolamentazione istituzionale del rapporto di lavoro, attraverso la contrattazione collettiva, sembra essere ben consolidata. Ciò si riflette nella crescita di corsi universitari di relazioni industriali, nella fondazione di associazioni professionali (IRRA, ora LERA, negli USA nel 1947; BUIRA in Gran Bretagna nel 1950) e nel lancio di riviste specializzate (*Industrial and Labor Relations Review* nel 1947, *British Journal of Industrial Relations* nel 1963). Ma nell'ultimo quarto di secolo si è assistito a una "trasformazione" del mondo reale delle relazioni industriali ⁽⁴⁾ nei paesi anglofoni, con un

⁽³⁾ P. EDWARDS, *The Challenging but Promising Future of Industrial Relations*, in *Industrial Relations Journal*, 2005, 36, 4, 264-282; K. SISSON, *Revitalising Industrial Relations: Making the Most of the "Institutional Turn"*, IRRU, Coventry, 2007.

⁽⁴⁾ T.A. KOCHAN *et al.*, *The Transformation of American Industrial Relations*, Basic Books, New York, 1986.

forte calo sia del tasso di sindacalizzazione sia della copertura della contrattazione collettiva.

Questo stato di cose ha messo in crisi gli accademici, soprattutto in America, dove le difficoltà sono state decisamente maggiori: la crescita dell'unilateralismo manageriale; un collasso virtuale dell'appartenenza al sindacato; la revoca o l'indebolimento di supporti statutari preesistenti, sebbene limitati alla contrattazione collettiva; le nuove modalità di discussione della "gestione delle risorse umane" (HRM); la nascita di sistemi surrogati di "relazioni industriali" priva di rappresentanza collettiva indipendente. Se le relazioni industriali si definiscono come una sfera autonoma della disciplina del lavoro attraverso la contrattazione collettiva tra sindacati e singoli datori, non sorprende che le stesse abbiano subito un declino rilevante proprio nel mondo anglosassone. Il vuoto è stato sicuramente riempito, come Kaufman ⁽⁵⁾ ha documentato, dallo sviluppo dell'HRM come disciplina accademica e dalla sua ascesa a pratica manageriale. Il dibattito anglofono è stato altresì dominato, negli ultimi due decenni, da una diagnosi diffusa della fine delle relazioni industriali (collettive), al punto che ci si chiede se il nostro campo di studio, nel suo senso tradizionale, sia ormai un fenomeno marginale. L'idea di crisi è onnipervasiva. Le relazioni industriali accademiche devono essere ridefinite in maniera radicale per sopravvivere?

2. La tradizione inglese.

Nonostante vi siano forti similitudini nella nascita e consolidamento delle relazioni industriali accademiche negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, è importante sottolineare che esistono anche differenze significative nelle dinamiche di sviluppo tra i due paesi; differenze che appaiono particolarmente evidenti nel periodo contemporaneo. La rilevanza della crisi in cui si trovano le relazioni industriali differisce notevolmente tra le due sponde dell'Atlantico. Dai Webb alla fine del diciannovesimo secolo al Donovan Royal Commission del 1968 e oltre, l'analisi in ambito accademico è stata strettamente connessa alla politica pubblica; a questo proposito, e come indicato sopra, l'esperienza inglese rispecchia quella del Nord America. Importanti distinzioni, tuttavia, tanto a livello pratico che accademico, sono emerse in questo periodo. Dall'inizio del

⁽⁵⁾ B.E. KAUFMAN, *The Origins and Development of the Field of Industrial Relations in the United States*, Cornell UP, Ithaca, 1993.

ventesimo secolo, l'argomentazione secondo cui la contrattazione collettiva tra sindacati e associazioni dei datori di lavoro fosse il metodo più efficace per disciplinare le condizioni di lavoro ha trovato ampio consenso all'interno della politica pubblica d'oltremania.

Di conseguenza, le relazioni industriali istituzionalizzate hanno riportato un maggiore grado di consolidamento rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti. Un semplice dato numerico indica che al culmine dell'appartenenza sindacale in Gran Bretagna, alla fine degli anni Settanta, il tasso di sindacalizzazione riportato è superiore al 50%, laddove in America, in quello stesso periodo, è solo del 20%. Peraltro qui la copertura del contratto collettivo di lavoro è di poco superiore a quella sindacale (circa il 25%), mentre in Gran Bretagna supera il 70% – anche se da questo periodo in poi la contrattazione collettiva nazionale è stata decisamente accantonata, a eccezione del settore pubblico. Proprio per questo motivo, lo studio delle relazioni industriali nel Regno Unito ha mostrato un dinamismo continuo, in un momento in cui la controparte americana ha dimostrato di essere in una situazione di stallo⁽⁶⁾.

I percorsi si sono ulteriormente discostati negli ultimi decenni. Il governo Thatcher, eletto nel 1979, ha respinto gran parte del sistema di relazioni industriali oramai consolidato, a vantaggio del "libero mercato". Il tradizionale impegno alla regolamentazione collettiva è stato abbandonato, lasciando il posto a un impegno volto a ridurre, attraverso nuovi vincoli legislativi, il raggio d'azione del sindacato e a rafforzare, in questo modo, il potere decisionale e unilaterale da parte del datore. Il Dipartimento del lavoro (Ministero), organismo indipendente e considerato alleato segreto del sindacalismo all'interno della macchina di governo, è stato soppresso e le sue funzioni divise tra (e subordinate a) un certo numero di altri Ministeri. Contestualmente, gli studiosi di relazioni industriali – la grande maggioranza dei quali strettamente associata al partito laburista – sono stati in buona parte esclusi dalla scena politica. Un'interessante continuità, tuttavia, è stata data dalla serie di ricerche condotte su larga scala e direttamente sul posto di lavoro in merito alle relazioni industriali/di lavoro (WIRS/WERS), grazie a una collaborazione tra università e Governo, realizzatasi a partire dal 1980 a intervalli di circa cinque anni.

⁽⁶⁾ G. STRAUSS, P. FEUILLE, *Industrial Relations Research: A Critical Analysis*, in *Industrial Relations*, 1978, 17, 3, 259-277.

Tuttavia, come osservato da Elvander ⁽⁷⁾, nonostante alcune evidenti analogie nelle recenti tendenze in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, le differenze risultano essere considerevoli. Nel Regno Unito il crollo delle relazioni industriali collettive è stato più graduale: la densità sindacale è ancora vicina al 30%, contro solo il 12% negli USA, e la copertura contrattuale è del 35%, rispetto al 14% d'oltreoceano. Lo sviluppo dell'HRM come disciplina in Gran Bretagna è avvenuto più lentamente che in America e in armonia con il sindacato, non essendo utilizzato come strumento di esclusione dello stesso. Ultimamente, infatti, ci sono stati elementi di una nuova regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro, principalmente fondata sulla legislazione "sociale" dell'Unione europea. Per gli aspetti principali, la pratica delle relazioni industriali in Gran Bretagna si è parzialmente europeizzata, dando nuova vitalità, ma anche un nuovo *focus* allo studio delle stesse ⁽⁸⁾. Inoltre, nonostante un discreto livello di ambiguità da parte del New Labour nei confronti delle relazioni industriali organizzate, le politiche pubbliche si sono mostrate, a partire dal 1997, più accondiscendenti verso la rappresentanza collettiva.

Di conseguenza, le relazioni industriali accademiche non sono scomparse, anche se in qualche misura hanno assunto nuove etichette – come nel caso delle HRM – sviluppandosi in aree tra loro non comunicanti di insegnamento e di ricerca. A questo punto è importante sottolineare come in Gran Bretagna l'ambito delle relazioni industriali non sia mai stato particolarmente legato all'economia istituzionale, così come avviene negli Stati Uniti, subendo meno dell'influente corrente neo-classica sviluppatasi all'interno delle economie accademiche. L'ambito di ricerca inglese ha quindi alla base una varietà di tradizioni teoriche, con una tendenza alla interdisciplinarietà nei suoi tratti salienti. Si può notare come gli studiosi siano stati reintegrati nella scena politica sotto il governo laburista – circostanza questa importante, se si considera il loro ruolo di membri della Low Pay Commission, riconosciuto con l'introduzione del salario minimo. Di conseguenza, come concluso da Edwards ⁽⁹⁾, le relazioni industriali in Gran Bretagna hanno un "futuro promettente".

⁽⁷⁾ N. ELVANDER, *Industrial Relations: A Short History of Ideas and Learning*, Arbetslivsinstitutet, Stockholm, 2002.

⁽⁸⁾ Si può notare come, in questa fase, l'espressione "partenariato sociale" sia stata inglobata nel lessico britannico, anche se le origini istituzionali e i diversi e contraddittori significati del termine nell'Europa continentale sono raramente apprezzati.

⁽⁹⁾ P. EDWARDS, *op. cit.*, 264-282.

3. Varietà degli approcci in Europa continentale.

È difficile, e forse presuntuoso, fornire una lettura generalizzata degli approcci europei alla ricerca in ambito delle relazioni industriali. Così come l'idea di un "modello sociale europeo" comune è al massimo una mezza verità – poiché esistono differenze notevoli nei sistemi nazionali di protezione sociale e di regolamentazione del mercato del lavoro – con il risultato che differenti tradizioni intellettuali e accordi istituzionali danno luogo ad approcci nazionali per l'analisi delle questioni in merito al mondo del lavoro. Divergenze nelle istituzioni del mercato del lavoro e nelle priorità politiche hanno come conseguenza anche la variazione dell'oggetto stesso della ricerca a seconda del contesto nazionale. Il "rapporto di lavoro", anche se riconosciuto come il cuore dello studio delle relazioni industriali, non è di per sé sufficiente a descrivere i processi di lavoro nei diversi paesi europei⁽¹⁰⁾. Nei paesi anglofoni il rapporto di lavoro è in genere concepito come uno scambio bilaterale tra datore di lavoro e dipendente, anche se spesso intermediato da agenzie "esterne", come sindacati e governi. Al contrario, l'oggetto d'indagine è tipicamente molto più diffuso e ampio in Europa continentale. Si consideri l'espressione *rapport salarial*, a prima vista un equivalente letterale. Questo concetto, riferimento centrale per la scuola normativa francese⁽¹¹⁾, implica un rapporto non solo limitato ai datori di lavoro e ai dipendenti, ma coinvolge direttamente altri attori, in particolare lo Stato; non solo perciò uno scambio economico, ma un complesso di diritti, responsabilità e obblighi che garantiscono ai lavoratori uno *status* riconosciuto⁽¹²⁾. Anche in termini economici, il contesto della trattativa non definisce esclusivamente il rapporto salario-lavoro, ma anche una vasta gamma di diritti sociali.

Ne deriva che il "volontarismo" anglo-americano – il principio per cui sia meglio affidare la regolamentazione dell'occupazione ai sindacati e ai datori di lavoro, con una minima "interferenza" da parte dello Stato, che a sua volta ha sostenuto una visione delle relazioni industriali accademiche come largamente indipendenti dallo studio della politica – ha scarsa risonanza nella maggior parte dell'Europa continentale. Tuttavia

⁽¹⁰⁾ S. MILNER, *Comparative Industrial Relations: Towards New Paradigms?*, in *Journal of Area Studies*, 1994, 5, 28.

⁽¹¹⁾ Cfr. ad esempio R. BOYER, *Rapport salarial et analyse en termes de régulation: une mise en rapport avec les théories de la segmentation du marché du travail*, in *Economie appliquée*, 1980, 2, 491-509.

⁽¹²⁾ A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, OUP, Oxford, 2001.

vi sono alcune realtà nazionali, in particolare Svezia e paesi limitrofi del Nord Europa, dove è largamente diffuso il principio secondo il quale lo Stato dovrebbe mantenere un certo controllo ⁽¹³⁾, tutto ciò in un mercato del lavoro universalmente concepito per essere socialmente costruito e delimitato: che lo Stato sia, direttamente o indirettamente, implicato nelle relazioni di lavoro è un dato ampiamente scontato. Nella maggior parte dei paesi la legge e la contrattazione collettiva sono considerate come elementi complementari anziché come entità tra loro opposte ⁽¹⁴⁾. Questa prospettiva è altrettanto influente per gli attori delle relazioni industriali, per i rappresentanti politici e per gli analisti accademici: tutti riconoscono che la pratica delle relazioni industriali ha una base fondamentale politica. Nell'Europa occidentale la regolamentazione collettiva dei rapporti di lavoro è stata recepita in maniera sostanziale: ciò che per gli studiosi anglo-americani richiede una spiegazione qui è dato per scontato. Inoltre il senso dell'azienda e del posto di lavoro come entità separate non ha trovato particolare consenso (anche se a questo proposito si potrebbe avere un cambiamento a fronte della internazionalizzazione dell'economia). La società non è soltanto proprietà privata dei suoi azionisti, ma è un soggetto responsabile per i diversi attori coinvolti, tra cui i più importanti sono i dipendenti, ai quali vengono riconosciuti diritti inalienabili. Nei paesi anglosassoni, la solidarietà del datore di lavoro e la contrattazione collettiva nazionale contrastano con il decentramento contrattuale in maniera più significativa. I sindacati, anche se in alcuni casi fortemente radicati nei luoghi di lavoro, hanno un'identità sociale molto più ampia e il loro ruolo si estende spesso all'impegno specifico nella formulazione del *welfare* pubblico, nella politica del mercato del lavoro e nella gestione dei beni sociali ⁽¹⁵⁾. Sembrerebbe quindi avere carattere sintomatico il fatto che nella maggior parte dei paesi europei, e all'interno della Commissione europea, i Ministeri responsabili delle relazioni industriali abbiano denominazioni come "lavoro" e "affari sociali". Si può anche notare come l'espressione *espace social*, utilizzata nell'Eurospeak, di solito tradotta come "dimensione sociale", abbia anche il significato più prosaico di sfera delle relazioni industriali. Così in gran parte dell'Europa occidentale la realtà e l'atteggiamento mentale verso la questione si sono diffe-

⁽¹³⁾ La dottrina cattolica di "sussidiarietà", abbracciata come un principio fondamentale nell'Unione europea, è anche qui rilevante, in particolare come fonte della nozione tedesca di "*Tarifautonomie*".

⁽¹⁴⁾ A. SUPLOT, *op. cit.*, 95-98.

⁽¹⁵⁾ In alcuni paesi, come la Francia e forse anche l'Italia, questo aspetto potrebbe essere più significativo rispetto al ruolo di negoziatori collettivi.

renziati in maniera significativa da quelli dei paesi anglofoni ⁽¹⁶⁾. Come detto, l'organizzazione collettiva degli interessi economici, la regolazione sociale delle transazioni di mercato e la presenza sistematica dello Stato, sia in primo piano che sullo sfondo di questi processi, sono state date per scontate nello svolgimento pratico e analitico delle relazioni industriali. Questo è, ovviamente, un motivo per cui il concetto stesso di relazioni industriali ha difficoltà ad essere tradotto nelle lingue continentali, e in molti paesi la traduzione è completamente evitata. Infatti la International Industrial Relations Association fa uso di accezioni diverse nelle sue due altre lingue ufficiali (Association internationale de relations professionnelles e Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo). Si noti che l'associazione nazionale svedese è la Svenska II-RA-Föreningen (forse non particolarmente nota se non agli addetti ai lavori), mentre l'associazione delle relazioni industriali tedesca ha assunto la dicitura inglese (German Industrial Relations Association). Diverse altre associazioni nazionali seguono il modello svedese o tedesco, mentre molte altre ancora (come quella spagnola) adottano la denominazione di "relazioni di lavoro" (una volta tradotta nella rispettiva lingua). In questo senso, un dibattito tra gli specialisti francesi in merito all'adeguatezza del termine ormai accettato *relations professionnelles* è tutt'ora in atto.

I problemi di traduzione riflettono il fatto che quanto viene studiato nei paesi anglofoni come relazioni industriali è altrove, in particolare in Europa, normalmente il *focus* di diverse discipline (diritto, economia, psicologia, sociologia). Di conseguenza si determina una segmentazione tra le diverse discipline, piuttosto che una integrazione, segmentazione che fornisce tuttavia anche solide basi teoriche per la ricerca e l'analisi, a tal punto che sembra appropriato affermare che l'Europa continentale ha una tradizione teorica molto più forte dei paesi anglosassoni in termini accademici, e che le identità disciplinari sono spesso più omnicomprensive. In alcuni paesi dell'Europa continentale accade anche che il carattere gerarchico e autoritario della politica accademica, con tutte le conseguenze negative del caso, garantisca, a coloro che raggiungono lo *status* di professore, l'autonomia di perseguire i propri interessi intellettuali senza alcuna approvazione dei loro pari. Pur inibendo l'emergere di un campo interdisciplinare distintivo di "relazioni industriali", questa situazione ha anche fatto sì che gli studi del mondo del lavoro siano stati meno superficiali in termini pragmatici e più ri-

⁽¹⁶⁾ C.M. FREGE, *Employment Research and State Traditions*, Oxford UP, Oxford, 2007.

flessivi di quanto avvenuto nel contesto anglosassone⁽¹⁷⁾; infatti, con maggiore frequenza rispetto a questi ultimi, l'attenzione si è rivolta verso ciò che Cox⁽¹⁸⁾ ha definito "grandi cambiamenti strutturali". Tutti i paesi europei (oggi anche la Svezia) hanno registrato un'erosione del tasso di sindacalizzazione nelle "lotte" per gli accordi istituzionali di tutela dell'occupazione e regolamentazione del mercato del lavoro, che per molti decenni sono sembrati consolidati. Eppure, pochi paesi hanno visto una "trasformazione" delle relazioni industriali paragonabile all'esperienza inglese o americana (lasciando da parte il caso molto particolare dell'Europa centrale e orientale), dimostrando che la regolamentazione collettiva rimane solida. Piuttosto che ammettere la fine del collettivismo e cedere al datore di lavoro tutte le possibilità di regolamentazione, la questione centrale nel dibattito europeo attuale è come re-istituzionalizzare le relazioni di lavoro a livello sociale⁽¹⁹⁾, anche se alcuni sostenitori della *flexicurity* sembrano ansiosi di rimodellare i mercati del lavoro sulla falsa riga di quello americano.

È da notare che l'idea di HRM, come alternativa alla regolamentazione collettiva del lavoro, è poco diffusa nella gran parte dei paesi dell'Europa continentale, sia tra gli attori politici che in campo accademico (la Francia rappresenta l'eccezione più evidente, ma ciò è dovuto al fatto che qui i sindacati sono ancora così deboli nella maggior parte dei luoghi di lavoro che l'esclusione sindacale non rappresenta certamente la questione principale). Di conseguenza, il paradigma collettivista sopravvive in gran parte intatto.

Il corollario è che in Europa continentale non vi è quella crisi della ricerca sulle relazioni industriali che Kaufman, facendo riferimento all'esperienza nordamericana, considera quasi universale. A mio parere, invece, è ravvisabile un salutare avanzamento dell'indagine europea che mostra un grado di convergenza analitica con i tradizionali studi sulle relazioni industriali anglosassoni della regolamentazione istituzionale del lavoro.

In tutta l'Europa continentale, di certo, la materia del lavoro non viene studiata in facoltà di relazioni industriali distinte (né, in generale, in quelle di *management*), bensì nell'ambito delle scienze sociali a più ampio raggio: diritto, economia, sociologia ecc. Se in passato questo ha comportato una certa frammentazione della ricerca e dell'analisi, la mia

⁽¹⁷⁾ R. HYMAN, *Industrial Relations in Europe: Theory and Practice*, in *European Journal of Industrial Relations*, 1995, 1, 1, 17-46.

⁽¹⁸⁾ R.W. COX, *Approaches to a Futurology of Industrial Relations*, in *International Institute for Labour Studies Bulletin*, 1971, n. 8, 142.

⁽¹⁹⁾ A. SUPLOT, *op. cit.*, 52.

impressione è che oggi ciò sia un problema molto meno grave rispetto a un paio di decenni addietro: molti economisti del lavoro, sociologi industriali, giuslavoristi hanno scoperto una modalità di comunicazione e sono diventati sensibili alle reciproche problematiche.

In molti paesi europei negli ultimi anni si è così sviluppata una crescente attenzione verso il mondo del lavoro in ottica interdisciplinare, sui mercati del lavoro e sui processi di regolamentazione dello stesso. Al riguardo è opportuno sottolineare l'alto profilo europeo della SASE (Società per l'avanzamento della socio-economia), in origine invenzione eterodossa degli Stati Uniti, ma che ben rappresenta le crescenti preoccupazioni degli studenti europei di relazioni di lavoro. Si può altresì prendere in considerazione l'importanza degli studi socio-giuridici in Europa: i più importanti giuslavoristi europei considerano come temi centrali di analisi le fonti legislative socio-politiche e il loro impatto pratico sul posto di lavoro.

In ogni caso, una profonda preparazione teorica è un requisito pressoché scontato. In genere, gli Autori continentali sulla regolamentazione dell'occupazione sono consapevolmente teorici: il tentativo è illuminare le dinamiche delle relazioni industriali e, allo stesso tempo, chiarire la natura della teoria stessa. Suddetto approccio teorico può essere trattato dai "classici" di Marx, Weber e Durkheim, o da innovatori più recenti, implicando tuttavia un *focus* sulle "grandi" questioni, quale tentativo di collocare gli sviluppi locali in un contesto più ampio. Ciò significa che le teorie che si rivolgono al mondo del lavoro non possono essere descritte come teorie delle relazioni industriali, e non sono perciò intese come tali.

L'aspetto descritto poc'anzi ha ulteriori implicazioni. Quando è stata lanciata la rivista (bilingue) tedesca *Industrielle Beziehungen*, i suoi editori hanno sottolineato ⁽²⁰⁾ la necessità di collegare «le micro prospettive dei dipendenti e delle imprese» alla «prospettiva di mezzo delle associazioni e degli attori intermediari» nonché a quella «macro dello Stato e della società».

Una tale enfasi sull'interdipendenza dei diversi livelli di analisi è molto più comune negli approcci continentali alla regolamentazione del lavoro rispetto alla Gran Bretagna o al Nord America. Concettualmente, e anche metodologicamente, l'Europa continentale riscuote un consenso molto più diffuso rispetto ai paesi anglofoni, a seguito della dichiara-

⁽²⁰⁾ INDUSTRIELLE BEZIEHUNGEN, *Editorial*, in *Industrielle Beziehungen: Zeitschrift für Arbeit, Organisation und Management*, 1994, 1, 1, 6.

zione di Miguélez e Prieto ⁽²¹⁾, secondo cui «i rapporti tra lavoro-salario devono essere affrontati attraverso tre prospettive complementari e analitiche: la struttura dei rapporti di produzione (cioè i rapporti di mercato capitalista), gli attori di questi rapporti e le pratiche di questi attori [...]. Strutture, attori e pratiche fanno parte di una medesima realtà o meglio sono la stessa realtà».

Un ultimo aspetto che vorrei evidenziare sugli approcci continentali alle relazioni industriali è l'importanza della ricerca e dell'analisi comparata. Il confronto tra le nazioni obbliga il ricercatore a relativizzare le prospettive sulle istituzioni e le pratiche che sono comunemente date per scontate; e uno dei compiti della ricerca è sicuramente quello di rendere familiare ciò che è estraneo, ed estraneo ciò che è familiare.

Più ampia è la gamma di riferimento comparativo, maggiormente fondate sono le nostre generalizzazioni e più comprensive le nostre inferenze casuali. A differenza degli inglesi insulari – e degli americani, spesso autoreferenziali – è difficile per gli studiosi europei restare ancorati a prospettive ristrette, in particolare per quelli provenienti da paesi di piccole dimensioni in cui si parlano lingue minoritarie, nel caso in cui desiderino confrontarsi con un pubblico internazionale (che di fatto significa di lingua inglese).

La familiarità dei nostri colleghi dell'Europa continentale con le tendenze e letterature anglo-americane può essere umiliante nel caso in cui pochi di noi possono ricambiare.

Si noti comunque che il punto di riferimento accademico per gli studenti europei del mondo del lavoro non è necessariamente quello delle relazioni industriali o dell'HRM, ma comunemente quello di sociologi o politologi che hanno applicato gli aspetti più teorici delle loro discipline allo studio della regolamentazione del lavoro ⁽²²⁾.

È possibile sostenere che la ricerca nell'Europa continentale ha assorbito parte dell'eclittismo del mondo anglofono. Questa convergenza è associata a nuove intuizioni teoriche, in particolare a seguito della crescita dell'analisi comparata tra le nazioni, con l'Unione europea che ha svolto una funzione di integrazione e ha dato un nuovo *focus* alla ricerca industriale. I quesiti a cui rispondere a questo punto sono: come gli attori nazionali si rapportano con l'emergente regolamentazione euro-

⁽²¹⁾ F. MIGUELEZ, C. PRIETO (coord. de), *Las relaciones laborales en España*, Siglo XXI, Madrid, 1991, XXII.

⁽²²⁾ È opportuno evidenziare lo sviluppo di una forte tradizione, basata sull'esperienza statunitense, di studi comparati sulle relazioni industriali, ma solitamente improntata verso le scienze politiche, piuttosto che nei rapporti industriali o nei dipartimenti dell'HRM.

pea e con le istituzioni coinvolte in questo processo, e come, a loro volta, le iniziative europee influenzano la pratica a livello nazionale?

Il concetto in voga di *multi-level governance* è sicuramente un tentativo di dare un senso a queste dinamiche. A livello più astratto, gli sviluppi dell'Unione europea propongono in una nuova formula la classica controversia analitica tra "struttura-attore". L'approccio dominante nei confronti di questa tematica implica una qualche variante dell'"istituzionalismo attore-centrico" ⁽²³⁾: vi è un crescente interesse per «ciò che realmente accade» sul campo, ma riconoscendo che tale aspetto è in larga misura condizionato dal contesto istituzionale. Come Crouch ⁽²⁴⁾ ha recentemente affermato, sia la continuità che il cambiamento sono altrettanto problematici e la ricerca nelle relazioni industriali a livello europeo si sta sempre più occupando della loro interdipendenza contraddittoria.

4. L'architettura istituzionale della ricerca.

Come è finanziata la ricerca accademica sulle relazioni industriali? Chi determina le tematiche su cui indagare e chi ne controlla i risultati?

Nella maggior parte dei paesi l'analisi accademica "indipendente" resta il principale vettore dell'attività di ricerca. Questo è soprattutto il caso della ricerca svolta all'interno di una singola disciplina, laddove non si ricorre a metodologie onerose (ricerca a tappeto sul campo internazionale, indagini su larga scala ecc.). Anche quando i progetti hanno bisogno di finanziamenti più consistenti, questi, in molti paesi, possono essere reperiti dagli stessi accademici universitari, su base competitiva, rivolgendosi ai Consigli di ricerca o alle fondazioni nazionali. In linea di principio ciò massimizza l'autonomia intellettuale dei ricercatori, anche se entro limiti che possono variare da paese a paese. Per esempio, in Gran Bretagna, il Consiglio di ricerca economica e sociale (ESRC), probabilmente la principale fonte di sostegno finanziario per i ricercatori di relazioni industriali, negli ultimi anni è stato visto da molti come sempre più influenzato da un'agenda orientata al datore di lavoro, dando così alla ricerca critica meno possibilità di ricevere un supporto rispetto al passato.

⁽²³⁾ F. SCHARPF, *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*, Westview Press, Boulder, 1997.

⁽²⁴⁾ C. CROUCH, *Capitalist Diversity and Change*, OUP, Oxford, 2005.

Gran parte della ricerca viene anche svolta all'interno delle agenzie governative, o commissionata dalle stesse. In Gran Bretagna, la divisione *Employment Market Analysis and Research* (EMAR) ha come obiettivo quello di «fornire la base concreta per la realizzazione di una buona politica in materia di rapporti di lavoro, mercato del lavoro, nonché di uguaglianza e discriminazione sul posto di lavoro». ⁽²⁵⁾ Pur avendo un proprio *team* di ricercatori, la maggior parte della sua produzione è costituita dal lavoro eseguito su commissione da accademici esterni.

In alcuni paesi, squadre di ricercatori molto più ampie sono impiegate dalle agenzie governative: un esempio è l'Institut für Arbeitsmarkt-und Berufsforschung (IAB) in Germania, con uno staff di circa 300 persone, o la Direction de l'animation, de la recherche, des études et des statistiques (DARES) in Francia, con uno staff di quasi 200 componenti.

In talune nazioni, i progetti di ricerca principali sono condotti da centri finanziati dal sindacato. L'esempio più evidente nei paesi nordici è probabilmente il FAFO (Institute for Labour and Social Research) in Norvegia, che ora riceve una parte dei fondi aziendali e dispone di poco meno di 100 addetti. In Francia, l'Institut de Recherches Economiques et Sociales (IRES) è gestito congiuntamente da tutte le principali confederazioni sindacali, anche se è principalmente finanziato dal governo. In Germania, l'Hans-Böckler-Stiftung è associato alla confederazione sindacale DGB, e incorpora il Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) che analizza soprattutto gli sviluppi nella contrattazione collettiva. Entrambe le principali confederazioni sindacali italiane, Cgil e Cisl, sono legate a importanti centri di ricerca, rispettivamente: l'Istituto di ricerche economiche e sociali (IRES) e il Centro di studi economici e sindacali (CESOS). La lista potrebbe essere facilmente estesa. Ovviamente, anche le associazioni datoriali (oltre alle imprese individuali) sono impegnate in attività di ricerca, ma in questo caso raramente ha carattere analitico in senso accademico e le suddette organizzazioni sono molto meno propense a diffondere i risultati. Probabilmente l'eccezione più importante in questo senso è rappresentata dall'Institut der deutschen Wirtschaft (IW) in Germania, che distribuisce numerose pubblicazioni su tematiche inerenti alle relazioni industriali e al mercato del lavoro.

Per quanto è in mia conoscenza, ci sono pochi esempi a livello nazionale di centri di ricerca tripartiti. L'esempio più lampante, ora soppresso attraverso un atto di vandalismo politico, è stato senza ombra di dubbio l'Arbetslivsinstitut in Svezia.

⁽²⁵⁾ Cfr. www.bis.gov.uk/policies/employment-matters/research.

La dipendenza da finanziamenti esterni comporta evidenti rischi. Evidentemente, “chi paga i suonatori sceglie la melodia”, con il programma di ricerca che può, quindi, essere esternamente definito, e con ricercatori costretti a concentrarsi su questioni di scarsa operatività, piuttosto che di significato analitico, e su obiettivi a breve termine piuttosto che su temi di rilevanza più prolungata nel tempo. Un simile finanziamento è anche soggetto a vincoli di bilancio e, in alcuni casi, come mostra l’esperienza svedese, a “vendette” governative.

5. Verso una europeizzazione della ricerca?

Gli studiosi di relazioni industriali in Europa stanno imparando un linguaggio comune? Sembra esserci una crescente consapevolezza transnazionale dei risultati chiave della ricerca, un numero di progetti di ricerca multinazionali in aumento e un’evidente convergenza negli approcci metodologici.

C’è anche stato un *focus* comune su una serie di importanti dibattiti analitici: come si fa a comparare i sistemi nazionali? Le recenti tendenze indicano una confluenza o un percorso di dipendenza? A livello di Unione europea, lo sviluppo della *multi-level governance* rappresenta una difesa adeguata contro l’erosione del modello sociale europeo? Tutte queste tematiche sono diventate la moneta comune dei ricercatori europei nelle relazioni industriali, nel processo tracciato dagli studiosi britannici più vicini alle prospettive continentali.

In particolare, poiché molte nazioni hanno ridotto gli stanziamenti per la ricerca, la stessa Unione europea ha acquisito una crescente importanza come sponsor della settore. La European Foundation è esistita per trenta anni e ha pubblicato on line i suoi rapporti per dieci anni, fornendo una preziosa fonte di dati empirici alle analisi accademiche. La Commissione è anche una fonte diretta di finanziamento, sia attraverso programmi quadro (di cui tuttavia le scienze sociali rappresentano il parente povero) che attraverso il lavoro direttamente commissionato dalla Direzione generale dell’occupazione. Per certi aspetti questa situazione ha contribuito ad arricchire l’agenda di ricerca delle relazioni industriali, in particolare evidenziando questioni di uguaglianza. Ma da un altro punto di vista c’è stato un restringimento: come a livello nazionale, il finanziamento è rivolto a questioni di immediata priorità politica e a problemi che presuppongono una risposta specifica. Per esempio, la recente attenzione sulla *flexicurity* ha fornito occupazione ai ricercatori

del mercato del lavoro, ma raramente a coloro che adottano una prospettiva critica.

Per tornare al punto di partenza: in Europa la pratica delle relazioni industriali non è in crisi, e neppure la sua analisi a livello accademico. Le istituzioni della regolamentazione occupazionale rimangono robuste, e la ricerca scientifica in merito alle loro dinamiche è in espansione. Ciò nonostante, ci sono chiare sfide a ogni compiacenza. Le concezioni neoliberali dell'attività economica in generale, e dei rapporti di lavoro in particolare, sono in ascesa e ricevono un forte sostegno all'interno delle istituzioni governative dell'Unione europea. Gli sforzi governativi e aziendali per definire l'agenda intellettuale e di ricerca sono sempre più evidenti. Ora è il momento per l'IIRA – anzi per la sua organizzazione svedese – di prendere una posizione decisa in difesa delle relazioni industriali regolamentate collettivamente.

Per sostenere una ricerca che sia intellettualmente innovativa e che favorisca la promessa di emancipazione delle scienze sociali, abbiamo bisogno di una comunità europea di studiosi delle relazioni industriali critici e indipendenti.

Lo studio delle relazioni industriali: una prospettiva anglo-europea – Riassunto.

L'A. propone un'analisi dei differenti approcci utilizzati nello studio delle relazioni industriali in Gran Bretagna e nell'Europa occidentale continentale e prende in esame le differenze nelle prospettive di indagine tradizionali nell'ambito del mondo del lavoro, non solo tra i diversi paesi europei, ma anche tra Gran Bretagna e Stati Uniti. Le argomentazioni principali differiscono notevolmente da quelle proposte da Bruce Kaufman: mentre in America l'indagine accademica "tradizionale" in materia di relazioni industriali è in declino, la situazione europea è molto diversa: negli ultimi anni si registra una tendenza verso una sintesi feconda tra i diversi approcci utilizzati nello studio di tale ambito di indagine.

An Anglo-European Perspective on Industrial Relations Research (Article in English) – Summary.

In this paper the Author reviews approaches to industrial relations research in Britain and in continental western Europe. The aim is to explore the diversity of traditions towards the analysis of the world of work, not only within Europe but also between Britain and the USA. The core argument differs in important respects from that of Bruce Kaufman: if the field of 'traditional' industrial relations scholarship is in decline and disarray in America, the situation in Europe is very different: recent years have seen moves towards a fruitful synthesis of the diversity of understandings of this field of study.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Conciliazione vita e lavoro

- *congedo di maternità e parto prematuro (1.1.)*

Contrattazione collettiva

- *rappresentanza sindacale ed efficacia dei contratti aziendali (2.1. – 2.13.)*

Distacco

- *responsabilità civile per danni a terzi (3.1.)*

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- *collocamento obbligatorio (4.1.)*

Lavoro in cooperativa

- *soci lavoratori e retribuzione proporzionata (5.1.)*

Licenziamento individuale

- *giustificato motivo oggettivo (6.1.)*

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- *sospensione dell'attività imprenditoriale (7.1.)*

Trattamento di fine rapporto

- *accesso al Fondo di garanzia Inps (8.1.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza italiana ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* L'Osservatorio di giurisprudenza è realizzato in collaborazione con Assindustria di Genova, Associazione Industriale Bresciana, Associazione Industriali della Provincia di Vicenza, Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Confindustria Bergamo, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro, Unione degli Industriali della Provincia di Pordenone, Unione Industriale Torino, Unione degli Industriali della Provincia di Treviso, Unione degli Industriali della Provincia di Varese.

1. Conciliazione vita e lavoro

1.1. C. Cost. 7 aprile 2011, n. 116 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 15).

Congedo di maternità ex art. 16, d.lgs. n. 151/2001 - Decorrenza - Parto prematuro - Ricovero del neonato in struttura sanitaria - Ingresso del minore nella casa familiare - Obbligo della madre di non prestare attività nei 5 mesi del congedo - Interruzione del congedo in caso di ricovero del neonato prematuro in struttura sanitaria - Diritto della madre di riprendere l'attività lavorativa.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 16, lett. c, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15 della l. 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non consente, nell'ipotesi di parto prematuro con ricovero del neonato in una struttura sanitaria pubblica o privata, che la madre lavoratrice possa fruire, a sua richiesta e compatibilmente con le sue condizioni di salute attestate da documentazione medica, del congedo obbligatorio che le spetta, o di parte di esso, a far tempo dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare.

Nuove flessibilità del congedo di maternità

Quello proposto alla Corte Costituzionale è un vero caso di scuola, una tipica esercitazione sui limiti e le potenzialità del testo unico di maternità e paternità elaborato ex art. 15, l. n. 53/2000, come dimostrano le diverse soluzioni applicative prospettate dalla dottrina all'indomani della pubblicazione del d.lgs. n. 151/2001 in materia di parto prematuro (si leggano le diverse posizioni di F. AMATO, *Il congedo di maternità e paternità*, in R. DEL PUNTA, D. GOTTARDI, *I nuovi congedi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2001, 27; D. GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità*, in L. LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 2002, vol. VI, 522).

La questione posta alla Consulta riguarda proprio la ripresa dell'attività lavorativa della madre in caso di parto fortemente prematuro, con ricovero del neonato in una struttura sanitaria.

Come ampiamente spiegato nell'ordinanza di rinvio, prima della pronuncia di incostituzionalità la lavoratrice risultava in congedo di maternità fino alla sua scadenza, impossibilitata a riprendere l'attività lavorativa, esistendo uno specifico divieto per il datore di lavoro, sanzionato anche penalmente (artt. 16 e 18, d.lgs. 151/2001). Dopo la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 16, con riflessi sulla tipizzazione delle sanzioni contenuta nel successivo art. 18, la lavoratrice «previa presentazione di documentazione medica attestante la sua idoneità alle mansioni cui è preposta» può «chiedere di riprendere l'attività

per poter poi usufruire del restante periodo di congedo a decorrere dalla data d'ingresso del bambino nella casa familiare».

Il congedo rimane obbligatorio, ma dopo la rilettura offerta dalla Corte costituzionale il divieto appare meno "assoluto".

Ai fini della corretta comprensione della questione giuridica trattata, giova un previo inquadramento del congedo di maternità regolato dall'art. 16 del d.lgs. n. 151/2001, un disposto rimasto sostanzialmente immutato dopo il riordino effettuato nel 2001. Pur collocato sotto il capo III dedicato ad un nuovo congedo di maternità, la superata astensione obbligatoria regolata nell'art. 4, l. n. 1204/1971 non si trasforma completamente rispetto al passato, ma mantiene tutte le sue caratteristiche strutturali di divieto assoluto di adibizione della madre al lavoro, salva l'eventuale flessibilità temporale regolata dal successivo art. 20 e qualche aggiustamento delle modalità di computo. L'art. 16 – intitolato appunto *Divieto di adibire al lavoro le donne* – vieta al datore di lavoro di far svolgere direttamente, o anche solo consentire, lo svolgimento di prestazioni di lavoro di qualsiasi tipo e natura, alle lavoratrici del cui stato di maternità sia a conoscenza, nell'arco di cinque mesi prima e dopo il parto. Le disposizioni citate precisano che la lavoratrice deve astenersi durante i due mesi precedenti e i tre mesi successivi la data presunta del parto (oppure il mese precedente ed i quattro successivi in caso di esercizio dell'opzione consentita dall'art. 20, con esclusione delle madri adottive o affidatarie ex art. 26, comma 2, per le quali l'utilizzo del congedo rimane frutto di una libera scelta e non di un obbligo).

L'aggiunta di un'apposita lett. *d* all'art. 16 rispondeva al bisogno di trattare il tema dell'eventuale parto prematuro, dato che risulta vietato adibire le donne al lavoro «durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto», tenendo in considerazione che se il parto avviene dopo la data presunta e certificata il periodo del congedo si allunga della relativa differenza e tenendo altresì conto che se il parto avviene prima della data presunta tali «giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto» (art. 16, lett. *a, b, c, d*).

Le indicazioni della Corte costituzionale formulate nella sentenza n. 270/1999 (in *FI*, 2000, I, 1445), più volte richiamate in motivazione, non risultavano pienamente riprodotte nella disposizione riformulata, forse a causa della scelta alternativa offerta al legislatore delegato, condizionato dall'atteggiamento dell'Inps sul tema (come scrive D. GOTTARDI, *op. cit.*, 522, nota 93, nelle «more dell'emanazione della disciplina legislativa, [...] è intervenuto, con un'anticipazione della soluzione ivi contenuta, l'INPS con proprie circolari: la n. 231 del 1999 e la n. 45 del 21 febbraio 2000, consentendo di convertire il periodo di assenza dal lavoro fruito ad altro titolo in congedo di maternità a copertura del periodo non utilizzato prima»).

Già nel 1999, in effetti, la Corte prospettava una duplice possibilità per risolvere la questione del parto prematuro con l'eventuale ricovero del minore in

una struttura sanitaria: la fissazione della decorrenza del congedo post-partum dalla data di ingresso del minore in famiglia dopo il ricovero non è stata scelta e regolata. È esattamente questa la questione sulla quale ritorna la Corte dopo dodici anni. Qualificando non fondate le eccezioni poste dall'Inps al riguardo, si concentra sul carattere vincolato e discrezionale dell'individuazione della data dalla quale far decorrere il congedo di maternità obbligatorio nell'ipotesi di parto prematuro. Tale data «non può decorrere dalla data presunta del termine fisiologico di una gravidanza normale. Questo criterio è giustificato per calcolare i due mesi precedenti la data presunta del parto [...], perché è l'unico utilizzabile in relazione ad un evento non ancora avvenuto, il cui avveramento però è ragionevolmente certo e riscontrabile. Non altrettanto può dirsi nel caso di parto prematuro, perché in detta circostanza con il richiamo alla data presunta si opera un riferimento ipotetico ad un evento che, in realtà, è già avvenuto, onde il criterio si risolve in una mera *fictio* che non consente la verifica della sua idoneità ad assicurare una tutela piena ed adeguata della madre e del bambino per l'intero periodo di spettanza del congedo».

Il termine certo richiesto dal legislatore non può che essere la data dell'ingresso del neonato nella casa familiare, «un momento [...] sicuramente idoneo a stabilire tra madre e figlio quella comunione di vita che l'immediato ricovero del neonato nella struttura ospedaliera non aveva consentito» (cit. sentenza n. 116/2011).

La sentenza della Corte che si commenta merita di essere letta insieme ad una delle modifiche prospettate nel recente decreto legislativo di attuazione dell'art. 23, l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro), considerato lo stretto rapporto di complementarietà esistente con la sentenza che si commenta. L'art. 2 del d.lgs. n. 119/2011 (pubblicato in *GU*, 27 luglio 2011) introduce una disposizione importante ai fini della completa comprensione del tema, perché chiarisce che è ammissibile la ripresa dell'attività lavorativa da parte della lavoratrice, che lo chieda, a seguito di interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione, nonché in caso di decesso del bambino alla nascita o durante il congedo di maternità, previa autorizzazione da parte del medico specialista del Servizio sanitario nazionale e del medico competente (si consenta un rinvio a L. CALAFÀ, *Art. 23*, in M. MARINELLI, L. NOGLER (a cura di), *Commento alle disposizioni della l. 183/2010*, Utet, Torino, 2011, in corso di pubblicazione). Con l'aggiunta di un comma 1-*bis* all'art. 16 del d.lgs. n. 151/2001, il legislatore consente di superare il problema posto dalla perdurante vigenza dell'art. 12 del d.P.R. 1026/1976 che, considerando parto a tutti gli effetti l'interruzione spontanea o terapeutica della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gravidanza, comporta la conseguente applicazione del divieto di adibire la lavoratrice al lavoro «durante i tre mesi dopo il parto». La modifica prospettata consente di qualificare in modo decisamente diverso dal passato gli strumenti tradizionali di tutela della salute per la lavoratrice in gravidanza, l'ambito nel quale è stato sempre collocato l'istituto del congedo di maternità. Giova ricor-

dare che lo stesso problema non può porsi per l'aborto volontario dato che è ammesso solo entro il primi tre mesi della gestazione: art. 19, d.lgs. n. 151/2001, e l. 22 maggio 1978, n. 194.

Tale tutela cambia i connotati, trasformandosi da automatica in flessibile e fortemente orientata alla valorizzazione della tutela psicofisica della lavoratrice, in conformità al concetto esteso di salute valorizzato nel testo unico in materia di salute e sicurezza (d.lgs. n. 81/2008, per una prima lettura del quale si veda G. PERA, M. GRANDI, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2008, con il commento di P. ALBI, e il volume di L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, Milano, 2010).

Laura Calafà

Professore associato di Diritto del lavoro – Università di Verona

2. Contrattazione collettiva

2.1. Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Condotta antisindacale - Applicabilità del nuovo contratto collettivo ai lavoratori del sindacato dissenziente e non stipulante - Devoluzione della quota contratto ai sindacati stipulanti il nuovo contratto collettivo nazionale e ai lavoratori non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale - Precedente contratto collettivo nazionale stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Applicabilità del precedente contratto collettivo nazionale ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro consistita nell'applicare ai lavoratori iscritti al sindacato dissenziente e ricorrente il nuovo contratto collettivo nazionale, stante la vigenza – nei confronti di costoro – del precedente contratto collettivo nazionale, e nel praticare la devoluzione della quota contratto ai lavoratori iscritti ai sindacati che hanno stipulato il nuovo contratto collettivo nazionale e ai lavoratori non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale di categoria.

2.2. Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Art. 17 Stat. lav. - Non configurabilità - Attività di proselitismo - Disparità tra le organizzazioni sindacali.

Il richiamo all'art. 17 Stat. lav. è infondato: nella condotta della convenuta non si ravvisa al finalità di asservire un sindacato (Uilm e Fim), secondo la ratio

dell'art. 17. Fondato è invece l'altro riferimento alla disparità tra le organizzazioni sindacali verificatasi in punto di proselitismo.

2.3. Trib. Ivrea 1° giugno 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Successione di contratti collettivi nazionali - Art. 28 Stat. lav. - Non ricorrenza.

L'applicazione dei livelli retributivi previsti dal ccnl del 2009 anche ai lavoratori Fiom ed a quelli non iscritti ad alcun sindacato non è stata posta in essere dal datore di lavoro in attuazione diretta del ccnl richiamato, ma di norme inderogabili e di diritti costituzionalmente garantiti, con conseguente uniformazione verso l'alto dei livelli retributivi applicati. Pertanto la condotta del datore di lavoro non è antisindacale in riferimento alla libertà sindacale dei lavoratori, non potendosi seriamente ritenere, del resto, che i principi superiori invocati dalla Fiom a tutela di libertà collettive, in caso di una pur possibile parziale antinomia fra diversi interessi costituzionalmente protetti, prevalgano rispetto ai diritti individuali dei lavoratori che le stesse organizzazioni sindacali, statutariamente, si prefiggono di tutelare.

2.4. Trib. Ivrea 1° giugno 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Art. 36 e 3 Cost. - Applicazione dei trattamenti retributivi previsti dal ccnl 2009 anche ai lavoratori Fiom e a quelli non iscritti ad alcun sindacato.

L'applicazione dei livelli retributivi previsti dal ccnl 2009 anche ai lavoratori Fiom ed a quelli non iscritti ad alcun sindacato non è stata posta dal datore di lavoro in attuazione diretta del ccnl richiamato, ma di norme inderogabili e di diritti costituzionalmente garantiti.

2.5. Trib. Torino 20 maggio 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Successione di contratti collettivi nazionali - Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Nuovo contratto collettivo stipulato solo da alcune delle organizzazioni sindacali che avevano stipulato il precedente contratto collettivo nazionale - Legittimità e vigenza del nuovo contratto collettivo.

Il principio della libertà di organizzazione e dell'attività sindacale sancito dall'art. 39 Cost., unitamente alla natura privatistica del contratto collettivo di diritto comune riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico, inducono a ritenere che il datore di lavoro, obbligato al rispetto del ccnl del 2008 nei confronti

dei lavoratori dei sindacati dissenzienti e non firmatari del successivo contratto collettivo nazionale, dovrà applicare formalmente ed integralmente quella disciplina nei confronti dei lavoratori iscritti al predetto sindacato, fino alla data di cessazione degli effetti ivi stabiliti.

2.6. Trib. Torino 20 maggio 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato.

È antisindacale il comportamento del datore di lavoro, consistito nell'aver sottaciuto e di fatto negato la perdurante operatività del precedente contratto collettivo nazionale, quanto meno in riferimento agli iscritti dei sindacati dissenzienti e non firmatari del successivo ccnl e ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato, indotti a ritenere non più applicabile tale ccnl e non informati della possibilità di eventualmente richiederne l'applicazione.

2.7. Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Successione di contratti collettivi nazionali - Art. 28 Stat. lav. - Non ricorrenza - Art. 36 Cost. e art. 16 Stat. lav. - Applicazione dei trattamenti retributivi previsti dal ccnl 2009 a tutti i lavoratori.

Non è antisindacale la condotta del datore di lavoro consistita nell'aver negato la perdurante operatività del precedente contratto collettivo nazionale nei confronti dei lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti il predetto contratto collettivo nazionale e non quello successivo, nonché nell'aver indotto i lavoratori non iscritti al sindacato a ritenere non più applicabile il precedente ccnl. Si applicano i trattamenti retributivi previsti dal ccnl 2009 a tutti i lavoratori in forza del principio di non discriminazione sancito dall'art. 16 Stat. lav. e dell'ulteriore principio di adeguatezza della retribuzione contenuto nell'art. 36 Cost.

2.8. Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Versamento della quota contributiva una tantum - Condotta non lesiva dell'immagine della Fiom - Libera scelta dei soli lavoratori non sindacalizzati.

Il versamento della quota contributiva una tantum, richiesto dal datore di lavoro, è del tutto priva di contenuti lesivi dell'immagine della Fiom, essendo stata

chiaramente rimessa alla libera scelta dei soli lavoratori non sindacalizzati la facoltà di versare o meno la contribuzione straordinaria richiesta da Fim e Uilm.

2.9. Trib. Torino 2 maggio 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Successione di contratti collettivi nazionali - Contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Vigenza - Nuovo contratto collettivo nazionale stipulato solo da alcune delle organizzazioni sindacali che avevano stipulato il precedente contratto collettivo nazionale - Legittimità e vigenza del nuovo contratto collettivo - Condotta antisindacale - Non sussistenza.

L'efficacia del contratto collettivo è collegata o alla iscrizione dei singoli alle organizzazioni stipulanti, ovvero ad atti di adesione dei singoli sia alle prime che a quelle dissenzienti. Nei confronti dei lavoratori non iscritti ad alcuna organizzazione, la Fiom non può rivendicare poteri di rappresentanza quanto, piuttosto, quella libertà di azione e proselitismo che compete a tutte le organizzazioni sindacali, sul piano dell'attività strettamente sindacale. Non è antisindacale la condotta del datore di lavoro consistita nell'aver negato la perdurante operatività del precedente contratto collettivo nazionale nei confronti dei lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti il predetto contratto collettivo nazionale e non quello successivo.

2.10. Trib. Torino 26 aprile 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti - Applicabilità degli aumenti salariali previsti dal nuovo contratto collettivo nazionale a tutto il personale.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro che applichi il nuovo contratto collettivo nazionale, sottoscritto solo da alcuni dei sindacati stipulanti il precedente non ancora scaduto, agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti che non abbiano espressamente richiesto l'applicazione del nuovo contratto, i cui aumenti salariali spettano comunque a tutto il personale a pena di discriminazione collettiva sindacale.

2.11. Trib. Modena 22 aprile 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato.

È antisindacale il comportamento delle società convenute consistente nell'aver negato la perdurante applicazione del ccnl stipulato nel 2008, sottoscritto anche dal sindacato dissenziente e ricorrente, applicando l'Accordo "separato" del 15 ottobre 2009 ai lavoratori iscritti al predetto sindacato ed ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato, non previamente informati della contemporanea vigenza ed applicazione dei due contratti collettivi.

2.12. Trib. Torino 18 aprile 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Contratti collettivi - Contratti collettivi privi di efficacia erga omnes - Natura giuridica - Natura negoziale e privatistica - Efficacia soggettiva - Limitata ai rapporti con gli iscritti alle OO.SS. stipulanti e ai lavoratori che ne fanno richiesta.

I contratti collettivi non aventi efficacia erga omnes costituiscono atti aventi natura negoziale e privatistica e sono, quindi, applicabili soltanto ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a quelli che ne facciano richiesta.

2.13. Trib. Torino 18 aprile 2011 (in  *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32).

Condotta antisindacale - Non applicabilità del nuovo contratto collettivo nazionale agli iscritti del sindacato dissenziente e ai non iscritti ad alcun sindacato - Applicabilità del precedente contratto collettivo nazionale agli iscritti ai sindacati stipulanti e ai lavoratori non iscritti che ne facciano richiesta.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro consistita nell'aver negato la perdurante operatività del precedente contratto collettivo nazionale nei confronti dei lavoratori iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti il predetto contratto collettivo nazionale e non quello successivo, nonché nell'aver indotto i lavoratori non iscritti al sindacato a ritenere non più applicabile il precedente ccnl.

(2.1. – 2.13.) La “rinascita” dell’articolo 28 dello Statuto dei lavoratori e il caso del Ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale *

Sommario: 1. L’art. 28 Stat. lav. come strumento di contropotere sindacale. – 2. Il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello, oggi. – 3. Questioni de futuro sulla rappresentanza sindacale e l’efficacia dei contratti aziendali. – 4. I contenuti (condivisibili) delle recenti decisioni, e un auspicio. – 4.1. Le richieste dei ricorrenti ... – 4.2. ... sul contratto applicabile. – 4.3. ... sui trattamenti economici. – 4.4. ... e sul richiesto versamento delle quote associative.

1. La norma in oggetto, pur occupando un ruolo centrale nell’ambito del diritto sindacale (da ultimo A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, I, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 309), si caratterizza come una sorta di “termometro” dello stato delle relazioni sindacali. Essa, o meglio il suo utilizzo da parte delle organizzazioni sindacali, ha infatti influenzato gli sviluppi del diritto sindacale post-statutario nel nostro paese ma al tempo stesso non risulta essere stata praticata eccessivamente nel corso dei precedenti decenni, proprio in considerazione del relativo clima di pace sindacale, fondamentalmente collegabile, in parte, all’oggi tanto richiamato sistema di unità sindacale.

In verità l’uso dello strumento della repressione della condotta antisindacale soffriva in qualche misura della caratteristica dell’*extrema ratio*, sorta di punto di non ritorno fino al quale era praticabile ogni forma di relazione sindacale, anche informale, tesa ad impedire la fossilizzazione delle posizioni antagoniste (sull’uso “parsimonioso” dell’art. 28 nel tempo si vedano E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, 349; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 1987, 190 ss.; gli stessi richiami “interni” ai precedenti da parte delle decisioni esaminate denotano una evidente anzianità delle decisioni *ex art.* 28 Stat. lav.; cfr. anche Trib. Modena 22 aprile 2011).

Ebbene, oggi, in presenza di una rilevante crisi economica e soprattutto dei suoi effetti in termini di occupazione, ma anche di un sistema economico come si usa dire oramai “globalizzato” (per tutti e tra i primi cfr. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999), pare che l’esacerbato clima sindacale abbia portato ad una vera e propria riscoperta di tale strumento, peraltro a nostro avviso del tutto incompatibile con ciò che appare richiedere il momento storico, ovvero relazioni sindacali collaborative, non pregiudiziali né meramente ideologiche, da una parte e dall’altra.

A ciò si aggiunga il rischio, puntualmente verificatosi come si cercherà di evidenziare nell’ultimo paragrafo, che le decisioni dei Giudici, magari di una medesima sede, nelle “cause pilota” incardinate dal sindacato dissenziente ri-

* I §§ da 1 a 4. sono attribuibili a Gaetano Zilio Grandi; i §§ da 4.1. a 4.4. a Cesarina Carnovale.

spetto alle recenti evoluzioni della struttura della contrattazione collettiva e altresì rispetto alle ricadute in termini di gestione delle crisi aziendali, addiventano a soluzioni diametralmente opposte, ciò che può legittimamente avvenire; ma soprattutto il rischio che simili decisioni talora nascondano vere e proprie pre-comprensioni ideologiche da parte dei giudicanti: ciò che, evidentemente, snaturerebbe il meccanismo giudiziale ed inficerebbe altresì il corretto svolgimento delle Relazioni industriali (ma si veda *amplius* § 4).

Ora, se è vero, come ci insegna la teoria generale del diritto, che «il giudice deve conformarsi alle norme e/o all'ordinamento», occorre altresì domandarsi «se il giudice possa o debba, ovvero quando possa o quando debba, conformarsi o meno – e se vi siano o meno delle possibilità anche extra sistematiche o meta sistematiche o meta-regole che consentano/possano/obbligino a non conformarsi – a regole costitutive», siano esse configurate in termini di dovere sia in termini di essere (sul punto, M. BARBERIS, *Conformità a regole giuridiche. Un'ipotesi, una ricognizione, un inventario*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Giuffrè, Milano, 1990, 51 ss.).

2. La vicenda del rinnovo “separato” del contratto collettivo dei metalmeccanici del 15 ottobre 2009, e dei precedenti accordi quadro e interconfederale, sempre separati, del 22 gennaio 2009 e del 15 aprile 2009 è troppo complessa per essere qui anche solo affrontata. Basti dire che il tema giuridico e di relazioni sindacali coinvolto riguarda da un lato la prevista possibilità per i contratti di secondo livello di derogare, in talune situazioni, alle previsioni del contratto nazionale, e dall'altra l'efficacia dei contratti collettivi, di tutti i livelli (e dunque confederale, nazionale e aziendale), in conseguenza della loro previa stipulazione non unitaria da parte delle organizzazioni dei lavoratori.

Quanto al primo aspetto, vengono in rilievo in particolare il punto 16 dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009, secondo il quale «per consentire il raggiungimento di specifiche intese per governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale, le specifiche intese potranno definire apposite procedure, modalità e condizioni per modificare, in tutto o in parte, anche in via sperimentale e temporanea, singoli istituti economici o normativi contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria»; e l'art. 3 del citato e conseguente accordo del 15 aprile 2009, secondo cui «Le parti, rilevato che nei principali Paesi dell'Unione europea si è sviluppata negli ultimi venti anni una generale tendenza a favorire un progressivo decentramento della contrattazione collettiva, ritengono che una maggiore diffusione della contrattazione di secondo livello possa consentire di rilanciare la crescita della produttività e quindi delle retribuzioni reali [...] con il presente accordo interconfederale confermano la necessità che vengano incrementate, rese strutturali, certe e facilmente accessibili tutte le misure volte ad incentivare, in termini di riduzione di tasse e contributi, la contrattazione di secondo livello che collega aumenti salariali al raggiungimento di obiettivi di produttività, redditività, qualità, efficienza, efficacia ed altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività nonché ai

risultati legati all'andamento economico delle imprese, concordati fra le parti [...] la contrattazione di secondo livello si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge e deve riguardare materie ed istituti che non siano già stati negoziati in altri livelli di contrattazione, secondo il principio del "*ne bis in idem*" [...] le parti esamineranno preventivamente le condizioni produttive ed occupazionali e le relative prospettive, tenendo conto dell'andamento della competitività e delle condizioni essenziali di redditività dell'azienda».

Insomma, ce n'è a sufficienza per sostenere che la scelta, della maggior parte delle organizzazioni dei lavoratori e delle imprese, è quella di spostare, certo tendenzialmente, il sistema di relazioni contrattuali al livello di impresa o, quantomeno, di gruppo, come avvenuto per Fiat (su cui R. DE LUCA TAMAJO, *Le criticità del sistema di relazioni industriali*, in AREL, *Il caso Pomigliano, Europa Lavoro Economia*, 2010, n. 8/9, 31, e A. LASSANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione separata*, in DLRI, 2010, 2; C. DELL'ARINGA, *Il decentramento (organizzato) delle relazioni sindacali*, in www.generativita.it/idee/2011/05/09/il-decentramento-organizzato-delle-relazioni-industriali; A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in RIDL, 2010, 1, I, 29-62; V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'«archetipo» Fiat di Pomigliano d'Arco*, in QRS, 2010, n. 3; da ultimo A. BOLLANI, *Contratti collettivi separati e accesso ai diritti sindacali nel prisma degli accordi Fiat del 2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 124). Ed ovviamente ciò pone una serie di questioni giuridiche di difficile composizione, puntualmente emerse nelle decisioni che hanno preso in considerazione l'epilogo della vicenda, che potremmo definire Fiat-metalmeccanici, nelle sentenze della giurisprudenza di merito chiamata a giudicare, fondamentalmente, della antisindacalità di due, precise, fattispecie: la mancata applicazione in via esclusiva del Ccnl metalmeccanici del 2008, siglato unitariamente da Cgil, Cisl e Uil; e, di contro, l'applicazione, da parte di talune imprese del settore metalmeccanico, legittimate passive "quasi per caso", del "nuovo" e separato Ccnl stipulato il 15 ottobre 2009, anche a lavoratori non aderenti alle organizzazioni stipulanti, e per la precisione a quelli scritti alla Fiom-Cgil ovvero non iscritti ad alcun sindacato.

Come vedremo, le risposte della giurisprudenza sono variegata, sia per esito che per argomentazioni giuridiche e, volendo fare una prima e preliminare considerazione, ci pare che essa si sia equamente divisa (quattro e quattro, nel momento in cui si scrive) accogliendo o rigettando i ricorsi (per la tesi della antisindacalità si vedano Trib. Torino 20 maggio 2011; Trib. Torino 26 aprile 2011; Trib. Torino 18 aprile 2011; Trib. Modena 22 aprile 2011; *contra*, Trib. Torino 2 maggio 2011; Trib. Tolmezzo 17 maggio 2011; Trib. Ivrea 1° giugno 2011; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011).

Ma la questione che si impone come principale, in tutte le decisioni e nelle ampie argomentazioni in tema, riguarda i poteri di stipulare contratti collettivi,

rientranti *lato sensu* nella libertà sindacale, positiva oltre che negativa (cfr. per tutti F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, vol. 1, *Diritto sindacale*, Utet, Torino, 2006, 56; G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2010, 55-57), di cui all'art. 39 Cost. e ancor più l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi c.d. separati. A monte tuttavia è necessario prendere posizione su un cruciale aspetto, non strettamente giuridico, delle nostre relazioni industriali, ovvero il fenomeno dell'unitarietà della azione sindacale e le sue conseguenze, quelle sì giuridiche, in caso di contratti appunto non firmati da tutte le organizzazioni sindacali "storiche".

Non vi è chi non riconosca come la separatezza nell'azione sindacale costituisca di per sé un caso, ed un problema, per i risultati effettivamente conseguibili dalle organizzazioni sindacali (da ultimo G.P. CELLA, *Verso una destrutturazione del sistema di contrattazione collettiva?*, relazione al Convegno nazionale del Centro studi D. Napoletano su *Nuovi assetti delle fonti nel diritto del lavoro*, Otranto, 10-11 giugno 2011). E tuttavia, occorre anche considerare che, seppure auspicata, tale unità d'azione non è certo imposta da alcuna norma, legale, contrattuale o statutaria, come puntualmente sono costretti a ricordarci almeno due organi giudicanti (si vedano in particolare Trib. Tolmezzo 17 maggio 2011, 11, e Trib. Torino 2 maggio 2011).

Lineare corollario di quanto asserito è l'affermazione per la quale al caso in oggetto non può non applicarsi la regola, di derivazione giurisprudenziale, in tema di successione di contratti collettivi, secondo la quale nulla osta che quello successivo, di qualunque livello si tratti, deroghi a quello precedente, fermi restando i diritti acquisiti (sul punto già M. GRANDI, nella nota relazione alle Giornate di studio Aidlass, 16-18 maggio 1981, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*). Tale conclusione, ovviamente, si muoveva tuttavia con riguardo all'azione unitaria da parte delle tre maggiori confederazioni; ma di lì a poco anche questo dogma avrebbe fatto scrivere a Massimo D'Antona (si veda *ex pluribus L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, 455-487) che seppure derogabili, i prodotti contrattuali dovrebbero, auspicabilmente, appartenere al «medesimo ordine contrattuale», cioè a dire promanare dai medesimi soggetti rappresentativi ai diversi livelli.

E qui sta il punto centrale dell'insieme delle decisioni prese in considerazione nel presente scritto, tutte ruotanti intorno al problema, giuridico oltre che politico-sindacale, della legittimità ed efficacia di contratti collettivi non stipulati da tutte le organizzazioni sindacali e, di conseguenza, della applicabilità di contratti non del tutto condivisi, col rischio evidente di delineare così profili di antisindacalità. In tal modo è stato possibile, per alcuni giudici, affermare senza tema di smentita che nulla impedisce «ad alcune delle parti [...] di rinegoziare e modificare le clausole contrattuali, salvo poi stabilire se [...] l'accordo separato dia luogo ad una successione di contratti collettivi ovvero realizzi un nuovo e diverso contratto» (Trib. Torino 2 maggio 2011).

Così che la questione appare facilmente riducibile, si è già detto, a quella dell'efficacia soggettiva dei diversi contratti collettivi stipulati nel tempo e con parti diverse – nella specie i Ccnl metalmeccanici del 2008 e del 2009 –, che deve essere risolta, evidentemente, con riguardo ai mezzi tipicamente privatistici dell'iscrizione al sindacato stipulante ovvero dell'adesione dei singoli alle organizzazioni stipulanti. Tenendo presente anche, come efficacemente affermato dall'ultima decisione citata, che nei confronti dei lavoratori non iscritti nessuno, neppure il sindacato dissenziente e mossosi con lo strumento dell'art. 28 Stat. lav., può rivendicare altro che poteri di «persuasione e proselitismo che compete a tutte le organizzazioni sindacali» (nello stesso senso Trib. Ivrea 1° giugno 2011, ove si distingue opportunamente tra piano oggettivo dei comportamenti e piano probatorio, ritenendo che il sindacato ricorrente avrebbe “sublimato” l'oggetto della prova – la disapplicazione del contratto del 2008 – in un fatto già *ex se*, e dunque *a priori*, dimostrato).

Se questo è vero, vanno valutate negativamente prese di posizione tipicamente politico-sindacali piuttosto che giuridiche da parte di taluni Giudici. Basti quale esempio, e rinviando al paragrafo finale per ulteriori considerazioni sulle sopra citate sentenze, quanto scritto a proposito del «discredito che il recesso *ante tempus* (da un contratto collettivo, quello del 2008) è idoneo a cagionare nei confronti del sindacato ricorrente», ovvero circa la accettazione degli aumenti retributivi da parte degli iscritti alla Fiom, sulla base del nuovo contratto del 2009, vista non quale adesione al medesimo (e nuovo) contratto ma al contrario quale «anticipo unilaterale erogato dalle imprese», peraltro idoneo a configurare una condotta antisindacale (Trib. Torino 18 aprile 2011).

Ancor più evidente, in tal senso, appare quanto scritto con riguardo alla «normalità della dialettica sindacale», ravvisabile nel mantenimento dell'unità sindacale. E *a fortiori* nella affermazione per la quale l'operatività della clausola di cui all'art. 2, comma 3, sez. III, Ccnl metalmeccanici 20 gennaio 2008, relativa alla ultrattività dell'accordo disdettato sino alla sua sostituzione con il successivo contratto nazionale, risulterebbe operativa solo in presenza della richiamata unità sindacale (così Trib. Torino 26 aprile 2011; ma *contra*, efficacemente, Trib. Torino 2 maggio 2011, che ritiene «non utilmente apprezzabile la clausola di ultrattività in ipotesi di frattura sindacale»; e Trib. Tolmezzo 17 maggio 2011).

Insomma, per alcune delle decisioni sul punto le imprese, e il sistema imprenditoriale nel suo complesso, dovrebbero mantenere un «atteggiamento di neutralità» rispetto alla contrapposizione in corso e «tenere altresì una condotta che [...] non costituisca lesione anche solo della funzione, della credibilità e dell'immagine del sindacato», riprendendosi così testualmente un ricorso della Fiom-Cgil (*ibidem*). Ma soprattutto è un passaggio della sentenza da ultimo richiamata che chiarisce l'intento – se ci si passa il termine normalmente utilizzato *a contrario* – di “destrutturazione” della più ampia operazione di riforma della struttura contrattuale, condivisa, è bene ricordarlo, dalla maggior parte dei sindacati del settore metalmeccanico e delle confederazioni, tesa a

consentire, con taluni e rigorosi limiti, deroghe al contratto collettivo nazionale (si vedano in proposito le norme contrattuali citate *supra*, § 2; per una raccolta dei materiali e di alcune opinioni si veda anche *Gli accordi sindacali separati*, in *Boll. spec. Adapt*, 2011, n. 32; e già V. BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell'“archetipo” Fiat di Pomigliano d'Arco*, in *QRS*, 2010, n. 3, 5).

3. Sebbene diversamente orientate, tuttavia, le citate decisioni affrontano ma non risolvono la questione fondamentale che, non a caso, in questi tempi interessa massimamente la principale associazione degli imprenditori (Confindustria): ovvero come sia possibile addivenire a risultati contrattuali, seppure non condivisi da tutti i sindacati dei lavoratori, ma comunque in grado di essere giuridicamente efficaci nei confronti di tutti i lavoratori appartenenti alla impresa, a prescindere dunque dall'iscrizione ad una associazione rappresentativa firmataria. E allo stesso modo si ricerca lo strumento attraverso il quale risolvere la possibile coesistenza di più contratti, efficaci nel medesimo arco temporale ma stipulati da soggetti diversi, esattamente il caso che ci occupa.

Ora, rimanendo nell'alveo del diritto dei privati, una soluzione appare lontana, o meglio strettamente legata alla preliminare disciplina – in via contrattuale o legale – dei meccanismi di rappresentanza sindacale. Posto che addirittura sul versante della rappresentanza imprenditoriale la situazione non appare chiara e definita, giuste le spinte nel senso di una maggiore regolazione delle relazioni di lavoro a livello aziendale se non, addirittura, “solo” aziendale, è evidente che, stanti i rapporti attuali tra le grandi confederazioni, non era alle viste un accordo sul punto; sebbene esso fosse auspicato anche dalla mediazione svolta dal Ministero del lavoro.

Sarebbe rimasto così, come emerso nel recente dibattito (cfr. per tutti L. MARIUCCI e P. ICHINO, diffusamente in *www.pietroichino.it*; ma si veda anche l'ampia discussione in *RIDL*, 2010, *passim*; L. MARIUCCI, *Le libertà individuali e collettive dei lavoratori*, in *RIDL*, 2011, I, 51-52; P. TOSI, *Lo Statuto dei lavoratori (40 anni dopo)*, *ivi*, 23; *amplius* si veda *ADL*, 2010, n. 6, dedicato a *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo e il rapporto individuale*, con interventi di F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, M. BROLLO e R. PESSI), l'approdo ad un provvedimento legislativo, che prevedesse da un lato dei meccanismi per il riconoscimento concreto della rappresentatività delle organizzazioni sindacali, eventualmente sulla falsa riga di quanto affermatosi nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche; ciò che tuttavia aprirebbe l'annosa problematica della perdurante sopravvivenza dell'art. 39, commi 2-4, Cost. Da un altro lato, e una volta accertata la rappresentatività delle organizzazioni firmatarie, che i contratti collettivi, in specie aziendali, siano efficaci verso tutti i lavoratori, iscritti o meno.

Non è un caso tuttavia che sia questo l'oggetto della recente e febbrile negoziazione delle parti sociali, e in particolare che su questi aspetti anche la Cgil si sia presentata come parte attiva, probabilmente anche al fine di impedire l'approvazione di un provvedimento legislativo, non pienamente condiviso

sullo stesso versante sindacale dei lavoratori; una negoziazione alla quale è seguito, improvvisamente, un accordo che dovrebbe, nelle intenzioni degli attori, porre fine o comunque ridurre il tasso di litigiosità nelle relazioni industriali italiane in un momento cruciale per lo stesso sistema-paese.

La menzionata fibrillazione ha portato dunque alla stipulazione, il 28 giugno 2011, in tempi brevi e senza grandissima fatica, ad un nuovo accordo interconfederale sul quale vanno fatte alcune preliminari considerazioni, in attesa di vederlo concretamente all'opera.

In primo luogo è facile comprendere che il raggiungimento di un ampio accordo, comprensivo della Cgil, sino ad oggi estranea a simili operazioni di riscrittura delle regole, trova ragione in una particolare situazione "esterna": divisioni nell'ambito di Confindustria, legate proprio al caso Fiat; il mutato quadro politico; il legame evidente tra ala estrema della Cgil, nonché la Fiom, e soggetti estranei al sistema intersindacale ma rappresentativi di una forte istanza di cambiamenti sociali.

Ebbene, tutto ciò ha evidentemente spinto, come normalmente accade, ad una rivitalizzazione del legame, forse anche corporativo, tra le grandi confederazioni, da una parte e dall'altra. Se con lo Statuto dei lavoratori si è potuto parlare di "istituzionalizzazione" delle spinte provenienti dalla base (G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006), allo stesso modo pare a noi che l'accordo appena siglato risponda, in ultima istanza, a motivazioni politico-sindacali in buona misura condivisibili, consistenti nel predisporre in tempi molto veloci una regolamentazione, seppure solo intersindacale, dei problemi, certo non nuovi, che hanno sostanzialmente "blocato" le relazioni sindacali italiane: rappresentanza sindacale e, conseguentemente, efficacia *ultra partes* dei contratti collettivi.

Trattandosi di un primo commento, per così dire "a caldo", possono farsi solo alcune brevi considerazioni. Le parti finalmente condividono un criterio teso a "certificare", da parte dell'Inps, la rappresentatività delle diverse organizzazioni sindacali dei lavoratori, sulla base dei «dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori» che saranno poi ponderati con «i consensi ottenuti nelle elezioni periodiche delle rappresentanze sindacali unitarie»: insomma l'oramai classico mix tra criterio associativo (ma certificato) e criterio elettivo, che già nelle pubbliche amministrazioni ha dato una discreta prova di affidamento, che sfocia poi nella legittimazione a negoziare, a livello di categoria, se superiore al 5%, per ciascuna organizzazione sindacale, «del totale dei lavoratori della categoria cui si applica il contatto collettivo», e quindi ad applicare generalmente il Ccnl secondo i meccanismi privatistici (adesione esplicita, implicita, etc.) sui quali ci si è sopra soffermati.

Ribadito che il contratto collettivo nazionale di lavoro ha la funzione «di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale» (e riecheggia qui la teorica del Ccnl come disciplina minima di *default*), l'accordo tratta poi

dell'accordo aziendale con specifico riguardo alla sua efficacia soggettiva. I contratti aziendali sono infatti ritenuti efficaci per tutto il personale in forza e vincolanti per tutte le associazioni sindacali firmatarie dell'accordo del 28 giugno *solo* se approvati dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie; ovvero, in presenza di Rsa, *solo* se approvati dalle Rsa costituite nell'ambito di associazioni sindacali destinatarie della maggioranza delle deleghe riferite ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione ed *altresì* previo voto favorevole del 50% più uno dei lavoratori, purché abbia partecipato alla consultazione il 50% più uno degli aventi diritto.

Il punto per così dire "di cronaca" sta in ciò che il punto 6 dell'accordo prevede che i contratti collettivi aziendali stipulati secondo le regole appena ricordate e che definiscono «clausole di tregua sindacale tese a garantire l'esigibilità degli impegni assunti» è evidentemente ispirato dalla vicenda Fiat, o meglio dalle questioni emerse alla luce dei contratti aziendali di Pomiigliano dapprima e Mirafiori poi. In una parola lo stesso tema che viene affrontato, e in parte risolto, dall'accordo interconfederale. Solo che proprio il punto 6 citato non si spinge a "legittimare" *ex post* le clausole di quegli accordi; chiarendo che le clausole di tregua hanno «effetto vincolante esclusivamente per tutte le rappresentanze sindacali dei lavoratori [...] e non per i singoli lavoratori».

Quanto alla ulteriore e centrale questione attinente alla possibilità di deroghe aziendali al contratto collettivo nazionale di categoria, anch'essa emergente dalla vicenda Fiat, il punto successivo dell'accordo interconfederale parla, non a caso, non di deroghe, ma di «strumenti di articolazione contrattuale» attivabili a livello aziendale, e di «intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste» dagli stessi; purché, e non è una novità perché era già previsto nell'accordo interconfederale separato del 2009, «anche in via sperimentale e temporanea», ove l'espressione "anche" fa comprendere come si tratti di una possibilità ampiamente riconosciuta.

Ciò che non era condiviso nel 2009, dunque, lo è oggi, presumibilmente per i motivi che si sono cercati di chiarire sopra, anche in assenza di previsioni dei contratti collettivi nazionali o nella loro inerzia. Ma, e in ciò trova conferma l'accennato percorso di "istituzionalizzazione" ed *altresì* di "razionalizzazione" del sistema sindacale del nuovo accordo interconfederale, con l'intervento e «l'intesa delle organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo interconfederale».

4. Ma tornando alle argomentazioni giuridiche delle decisioni sopra richiamate, e volendo raffrontare le indicazioni provenienti dalle organizzazioni di categoria e dalla dottrina con il substrato tecnico-giuridico delle questioni, che ovviamente non risulta indifferente, occorre svolgere ulteriori considerazioni sullo stato dell'arte e sulle interpretazioni adottate dai giudici.

Una prima considerazione deve riguardare l'art. 39 Cost. In altre sedi avevamo suggerito che, in mancanza di alternative, il dilemma sui commi 2, 3, e 4, avrebbe potuto procedersi alla attuazione/aggiramento della tanto discussa norma costituzionale; in fondo, come suggerito da indimenticabile dottrina (G. PERA, in G. PERA, M. PAPALEONI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2003, 159), la stessa Costituzione ha recepito l'idea per la quale occorre, per applicare generalmente i contratti collettivi, raggiungere la maggioranza «nel complesso sindacalmente organizzato» e accolto altresì la soluzione per la quale «conta la maggioranza», ciò che non è posto in dubbio dalla mancata registrazione dei sindacati dei lavoratori e delle organizzazioni delle imprese (viene richiamata in proposito C. Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *GC*, 1990, I, 1444). L'alternativa, che non a caso si appalesa nuovamente proprio di recente, è la abrogazione dei commi inattuati della norma costituzionale, come è emerso dal dibattito svoltosi al convegno Aidlass del 24-25 giugno 2011 a Copanello (si veda in specie la relazione di F. LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, 18 ss.).

Sebbene relative al diverso profilo della presunta violazione delle prerogative coperte dall'art. 28 Stat. lav., le decisioni esaminate non accennano minimamente – ed opportunamente – alla questione considerata. E tuttavia fanno ampio richiamo al principio di libertà sindacale di cui al primo comma dell'art. 39, reale *pass-partout* di ogni argomentazione in materia e soprattutto fondamento della mancata applicazione generalizzata di un contratto collettivo nel sistema giusindacale attuale (cfr. chiaramente in questo senso Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011, che pure giunge ad accogliere il ricorso *ex art.* 28 Stat. lav.; lo stesso Trib. Torino 26 aprile 2011, conferma da un lato la teorica dell'adesione, esplicita o implicita, al contratto collettivo nazionale; e dall'altro la possibilità, per ciascuna organizzazione sindacale e proprio sulla base dell'art. 39 Cost., di rinegoziare con la controparte il precedente contratto collettivo, in ipotesi sottoscritto insieme a «tutte» le altre sigle).

La verità è che, dopo aver riaffermato, *in apicibus*, i principi fondamentali del nostro sistema sindacale, alcune delle decisioni che – è bene non dimenticarlo, conseguono a cause pilota – spostano il campo del ragionamento e della argomentazione anche sul piano del diritto civile (ad es. richiamandosi l'art. 1420 c.c.; Trib. Torino 26 aprile 2011), per arrivare a giustificare ed anzi a richiedere al datore di lavoro «un atteggiamento di neutralità rispetto alla contrapposizione in corso» nel caso di lacerazione dell'unità sindacale. La quale tuttavia, per quel che si è sin'ora detto, non è «presupposta» dalla normativa costituzionale né, occorre rilevarlo, dalle disposizioni dello Statuto dei lavoratori, che infatti, proprio con riguardo alla legittimità attiva di cui all'art. 28 della stessa legge, individua soggetti «locali» e, aggiungiamo noi, appartenenti anche ad una sola organizzazione sindacale.

Vero è, proseguendo nella disamina di una delle decisioni più discutibili, che l'art. 2, comma 3, sez. III, del Ccnl industria metalmeccanica del 2008 prevede il proprio rinnovo salvo disdetta, nonché, anche in quest'ultimo caso, la

propria ultrattività «fino a che non sia stato sostituito dal successivo contratto nazionale»; ma vero è anche che la richiamata disdetta del Ccnl del 2008 è stata inviata da parte di Federmeccanica (ovvero l'organizzazione rappresentativa delle imprese nei cui confronti sono stati proposti i ricorsi ex art. 28 Stat. lav.) in data 22 settembre 2010.

E d'altro canto che il principio di libertà sindacale, positiva e negativa, campeggi in tali cruciali ambiti è confermato anche dalla *impossibile* riferibilità del contratto collettivo per il settore metalmeccanico del 2008 a lavoratori non iscritti al sindacato ricorrente ovvero non iscritti ad alcuna organizzazione e neppure richiedenti in tal senso (cfr. Trib. Torino 20 maggio 2011). Per dirla più semplicemente, come si è ritenuto in parte lesivo delle prerogative della organizzazione sindacale ricorrente l'applicazione, in realtà non del tutto pacificamente dimostrata, da parte delle imprese convenute, del Ccnl del 2009, e non invece di quello del 2008, in quanto appunto condotta pregiudizievole «della funzione, della credibilità e dell'immagine dell'organizzazione sindacale dissenziente» (Trib. Torino 26 aprile 2011, che incredibilmente scrive anche di «intendimento e attitudine antisindacale» con riguardo alla prospettiva, evidenziata dalla convenuta, di richiedere la restituzione degli aumenti retributivi corrisposti in applicazione del “nuovo” contratto collettivo del 2009); allo stesso modo non si potrà disconoscere la possibilità, per le organizzazioni sindacali stipulanti il Ccnl del 2009, di vedere applicato il medesimo ai propri iscritti e altresì ai lavoratori – eventualmente già iscritti al sindacato dissenziente – che ne facciamo richiesta.

Insomma, se nelle fattispecie prese in esame è possibile vedere una rinascita dell'innovativo (all'epoca) strumento statutario, pare a noi che la più ampia vicenda incentrata sulla successione di disomogenei contratti di categoria ma anche, di sottofondo, sullo spostamento “a valle” del sistema delle relazioni sindacali italiane, ponga in evidenza anche una sorta di rinascita dell'individuo all'interno delle citate relazioni; non più e non solo come *free rider* in sede prevalentemente giudiziaria, ma anche e soprattutto come soggetto responsabile delle proprie scelte di appartenenza o meno al sistema rappresentativo, con gli strumenti che il sistema ha anche di recente e finalmente apprestato (accordo interconfederale 28 giugno 2011, con particolare riguardo al caso in cui l'accordo viene sottoposto all'approvazione dei lavoratori). Tutto ciò sulla base del fondamentale principio di libertà sindacale che *ancora* connota il nostro ordinamento giuridico.

4.1. Negli ormai noti decreti dei Tribunali di Torino, Modena, Ivrea, Tolmezzo, Reggio Emilia (esattamente Trib. Torino 18 aprile 2011; Trib. Modena 22 aprile 2011; Trib. Torino 26 aprile 2011; Trib. Torino 2 maggio 2011; Trib. Tomezzo 19 maggio 2011; Trib. Torino 20 maggio 2011; Trib. Ivrea 1 giugno 2011; Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011), l'organizzazione sindacale Fiom-Cgil chiedeva di dichiarare l'antisindacalità dei comportamenti dei datori di lavoro, avendo costoro negato l'applicazione del Ccnl 20 gennaio 2008, sottoscritto da Fim-Cisl, Fiom-Cgil e Uilm-Uil, con scadenza economica del primo

biennio il 31 dicembre 2009 e scadenza normativa il 31 dicembre 2011, a tutti i lavoratori delle Società, sia agli iscritti alle organizzazioni sindacali stipulanti, sia a quelli non iscritti, e avendo prestato, invece, adesione ad altro testo contrattuale stipulato dalla Fim-Cisl e Uilm-Uil, unitamente alla Federmeccanica, organizzazione sindacale datoriale.

La Fiom Cgil, inoltre, chiedeva di dichiarare antisindacale l'ulteriore comportamento delle società resistenti avendo queste dato applicazione al successivo Ccnl 2009, firmato solo dalle organizzazioni sindacali Fim-Cisl e Uilm-Uil e Federmeccanica, attraverso l'applicazione dei trattamenti retributivi economici di miglior favore previsti dal Ccnl 2009, a tutti i lavoratori a prescindere dall'affiliazione sindacale e, inoltre, per aver sollecitato il versamento della quota associativa straordinaria da parte di tutti i lavoratori, compresi quelli non iscritti al sindacato, in applicazione della clausola contrattuale dell'accordo 15 ottobre 2009, intitolata "*quota contributiva una tantum*", in favore di Fim e Uilm, firmatarie del citato accordo sindacale, senza aver mai previamente informato i lavoratori della perdurante vigenza del Ccnl 2008.

Precedentemente, la Fim-Cisl, la Uilm-Uil e la Federmeccanica avevano inviato alla Fiom-Cgil lettera di formale disdetta del Ccnl 20 gennaio 2008; mentre la Fiom-Cgil aveva inviato, con lettera del 9 luglio 2009, disdetta della sola parte economica del Ccnl 20 gennaio 2008 nonché le richieste per il rinnovo del biennio economico.

Il mancato accordo, tra tutte le parti stipulanti del Ccnl 2008, aveva portato alcune organizzazioni sindacali a sottoscrivere un nuovo Ccnl (15 ottobre 2009), anche senza la firma della Fiom-Cgil.

Accusati di aver tenuto un comportamento antisindacale (art. 28 Stat. lav.) avendo comunque imposto un successivo contratto collettivo anche ai lavoratori dissenzienti, i datori di lavoro si difendevano affermando che il precedente Ccnl 20 gennaio 2008 trovava ancora applicazione e che, in forza del successivo Ccnl 2009, essi avevano solo provveduto ad applicare trattamenti economici migliorativi, e mai condizioni *in peius*; nonché di non aver avuto l'intenzione di "favorire" alcuna organizzazione sindacale attraverso l'invio del modulo di contribuzione sindacale e il meccanismo del silenzio-assenso praticato per ottenere il versamento delle ritenute sindacali da parte dei lavoratori tutti.

4.2. I Tribunali aditi hanno deciso in modo differenziato.

Va innanzitutto sottolineato come, nonostante la Fiom-Cgil abbia ovunque insistito affinché i giudici aditi dichiarassero la perdurante applicazione a tutti i dipendenti, anche a quelli non iscritti ad alcuna organizzazione sindacale, del Ccnl 20 gennaio 2008 «quale unico ed esclusivo contratto valido ed efficace fino alla naturale cessazione dei suoi effetti», i Tribunali hanno rigettato tale richiesta e, di contro, hanno dichiarato la vigenza dei due contratti collettivi.

Con tale richiesta la Fiom-Cgil ha sicuramente voluto riaffermare politicamente la propria supremazia nazionale e territoriale nell'ambito delle relazioni

industriali, forse messa in ombra dalle recenti vicende nelle quali si era giunti alla stipulazione di un contratto collettivo separato.

Ma le decisioni dei Tribunali aditi, coerentemente con il prevalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui, in forza dell'inattuato art. 39 Cost., ciascuna organizzazione sindacale è libera di stipulare o meno un contratto collettivo e di disdettare lo stesso, hanno affermato la vigenza del precedente Ccnl 2008, unitamente a quello successivo del 2009, seppure con sfumature diverse.

Specificamente, Trib. Modena 22 aprile 2011, Trib. Torino 26 aprile 2011, Trib. Torino 20 maggio 2011, Trib. Torino 18 aprile 2011, Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011 hanno dichiarato antisindacale la condotta delle società convenute nell'aver disdettato il Ccnl 20 gennaio 2008, ordinando, pertanto, che il contratto stipulato trovasse applicazione nei rapporti individuali dei lavoratori affiliati alla Fiom fino alla sua scadenza e non di quelli dissenzienti fin quando non vi sia, da parte di questi, successiva espressione (esplicita o tacita) di affiliazione.

Il principio è conforme all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il Ccnl deve trovare applicazione nei confronti degli affiliati e di coloro che, con un comportamento concludente, esprimano una positiva volontà di adesione allo stesso. Ma in merito alle vicende modificative di un contratto, è necessario distinguere, da un lato, il recesso da un contratto collettivo che consente alle parti di modificare o sciogliere il vincolo già esistente (G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso* (voce), in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, 28 ss.) e che si atteggia come strumento di risoluzione del contratto collettivo a tempo indeterminato (in egual modo A. MARESCA, *Contratto collettivo e libertà di recesso*, in *ADL*, 1995, 35 e ss.; inoltre, P. RESCIGNO, *Contratto collettivo senza predefinizione di durata e libertà di recesso*, in *MGL*, 1993, 579, che afferma che la libertà di recesso accordata ad entrambe le parti in ragione e sulla base del solo carattere indefinito della durata, preclude il controllo dei motivi per cui il recesso viene esercitato; cfr. anche G. DE NOVA, *Il recesso*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, X, 1982, 547 ss.; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, II, *Il recesso straordinario*, Giuffrè, Milano, 1965, 2; ID., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, *Il recesso ordinario*, Giuffrè, Milano, 1962, 210; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso* (voce), cit., 28 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO, G. VISINTINI, *Art. 1372-1405. Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna, 1993, 63 ss.; M. PERSIANI, *Diritto sindacale*, Cedam, Padova, 2007, 149, per il quale, in assenza di un termine finale, il contratto collettivo consente comunque un recesso unilaterale o disdetta, se non altro al fine di porne in discussione il contenuto) e che, ai sensi dell'art. 1373 c.c., lascia inalterati gli effetti già prodotti dal contratto, non consentendo le azioni di ripetizione (M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Mi-

lano, 1998, 309), e, dall'altro lato, la disdetta che invece «fungerebbe da strumento per impedire la rinnovazione tacita del contratto» (ivi, 311) e che, quindi, non impedisce che il contratto stesso continui ad esplicare efficacia.

Pertanto, la disdetta al Ccnl 20 gennaio 2008 inviata da Fim-Cisl, Uilm-Uil e Federmeccanica produce l'effetto di impedire la rinnovazione tacita dello stesso contratto collettivo, ma non può precludere che lo stesso espliciti i suoi effetti sino alla scadenza del termine di durata (sulla contemporaneità dei due contratti collettivi, entrambi vigenti e concorrenti cfr. V. SIMI, *Il contratto collettivo di lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 173; A. TURSÌ, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 213).

Infatti, anche Trib. Torino 2 maggio 2011, Trib. Ivrea 1° giugno 2011, Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011 che rigettano le domande della Fiom-Cgil, non possono esimersi dal dichiarare la vigenza di entrambi i contratti.

Ad esempio Trib. Ivrea 1° giugno 2011 dichiara: «è ben possibile, e difatti sta accadendo proprio questo, che solo alcune delle parti contrattuali in contrapposizione raggiungano un nuovo e diverso accordo. Rispetto a queste, quindi, il vecchio contratto non avrà più efficacia attuale, in quanto sostituito dal nuovo. Nel caso che ci riguarda, quindi, è certo che a decorrere dalla entrata in vigore del C.C.N.L. 2009, questo ha prodotto effetti vincolanti per i sindacati firmatari e per Federmeccanica. [...] Il C.C.N.L. del 2009, tuttavia, per i medesimi motivi, esatti e concreti, certamente non può essere applicato nei confronti dei lavoratori Fiom per i quali, con riferimento alla parte normativa, trova ancora applicazione il solo C.C.N.L. 2008, mentre, con riferimento alla parte economica risulta scaduto e non rinnovato per effetto della disdetta operata dalla stessa Fiom».

E ancora, Trib. Torino 2 maggio 2011: «considerato il carattere negoziale della contrattazione collettiva, anche con riguardo all'accordo separato, l'ambito della sua operatività non può che essere desunta dai limiti della sua efficacia soggettiva, secondo i criteri di adesione sopra esposti, vale a dire per gli iscritti alle parti stipulanti ovvero per i non iscritti, che vi aderiscano».

E Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011: «Siffatta disdetta, infatti, non può che implicare, a contrario, il pacifico riconoscimento della permanente vigenza, fino ad allora, (anche) di tale ultimo contratto». Tra l'altro, il Tribunale di Tolmezzo aveva negato l'esistenza di un comportamento antisindacale del datore di lavoro, avendolo il sindacato ricorrente ravvisato nel fatto di «aver negato la perdurante applicazione, a tutti i propri dipendenti, del C.C.N.L. 20 gennaio 2008 sottoscritto anche da Fiom-Cgil, prestando invece adesione ad altro testo contrattuale del 15.10.2009» [corsivo mio]; il che, di per sé, non costituisce comportamento antisindacale.

4.3. Questione diversa è quella dell'applicazione dei trattamenti economici e retributivi, in quanto condizioni di miglior favore, del Ccnl 2009, ai sensi dell'art. 36 Cost., che però non trovavano applicazione nei confronti di coloro che non hanno aderito al predetto contratto collettivo.

È noto che il principio di cui all'art. 36 Cost. operi in funzione di "supplenza" dell'efficacia generale del contratto collettivo di diritto comune e trovi applicazione non solo nei casi di inesistenza di un contratto collettivo applicabile, ma anche nelle ipotesi di cessazione degli effetti del contratto collettivo per scadenza del termine di efficacia.

Come norma precettiva, il diritto alla giusta retribuzione non ha nulla a che vedere con l'efficacia temporale dei contratti collettivi vigenti e contemporanei in quanto opera in un momento diverso, ovvero rappresenta lo strumento attraverso il quale il giudice determina la giusta retribuzione nei casi in cui essa non sia stata determinata ovvero sia inferiore ai minimi tariffari previsti dalla contrattazione collettiva, impedendo che il contratto di lavoro sia nullo per mancata determinazione dell'oggetto secondo le norme di diritto comune (art. 1418 c.c.).

Invece, nel caso di specie, l'applicazione del trattamento economico di miglior favore ai sensi dell'art. 36 Cost. ha consentito, in alcuni casi, di negare l'esistenza di un comportamento antisindacale ad opera del datore di lavoro in quanto «l'applicazione dei livelli retributivi previsti dal C.C.N.L. 2009 anche ai lavoratori Fiom ed a quelli non iscritti ad alcun sindacato non è stata posta in essere dall'azienda in attuazione diretta del C.C.N.L. richiamato, ma dalle norme inderogabili e costituzionalmente garantite sopra rispettivamente richiamate che gli hanno imposto di uniformare verso l'alto i livelli retributivi applicati» (Trib. Ivrea 1° giugno 2011) e che tale scelta «non poteva che porsi come [...] obbligata per il datore di lavoro, sia in forza del principio di non discriminazione sancito dall'art. 16 Stat. lav. sia, probabilmente, anche in ragione dell'ulteriore principio di adeguatezza della retribuzione contenuto dall'art. 36 Cost.» (Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011).

E ancora Trib. Torino 26 aprile 2011, sebbene abbia dichiarato antisindacale il comportamento del datore di lavoro «per aver sottaciuto e di fatto negato la perdurante operatività del C.C.N.L. Industria metalmeccanica 20 gennaio 2008, quantomeno in riferimento agli iscritti a Fiom-Cgil e ai lavoratori non iscritti ad alcun sindacato, indotti a ritenere non più applicabile tale C.C.N.L. e non informati della possibilità di eventualmente richiederne l'applicazione», ha comunque fatto salvi «gli aumenti erogati ed in corso correlati al C.C.N.L. Industria metalmeccanica 15 ottobre 2009, che competono a tutti i lavoratori dell'azienda, in forza del principio di non discriminazione (art. 16 Statuto lavoratori)».

4.4. Controversa è anche la dichiarazione di antisindacalità del comportamento delle società convenute per aver sollecitato il versamento della quota associativa straordinaria da parte di tutti i lavoratori, compresi quelli non iscritti al sindacato, in applicazione della clausola contrattuale dell'accordo 15 ottobre 2009, intitolata *Quota contributiva una tantum*, in favore di FIM e UILM, OO.SS. firmatarie del citato accordo sindacale, senza aver mai previamente informato i lavoratori della perdurante vigenza del Ccnl 2008.

Mentre Trib. Torino 18 aprile 2011, Trib. Torino 26 aprile 2011, Trib. Modena 22 aprile 2011, Trib. Torino 20 maggio 2011, Trib. Reggio Emilia 3 giugno 2011 hanno dichiarato l'antisindacalità del comportamento anche come effetto dell'aver negato la perdurante applicazione del Ccnl 20 gennaio 2008, Trib. Torino 2 maggio 2011, Trib. Tolmezzo 19 maggio 2011, Trib. Ivrea 1° giugno 2011 disconoscono che tale comportamento possa essere sanzionato ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. in quanto non si sarebbe concretizzata la fattispecie di cui all'art. 17 Stat. lav. che vieta ai datori di lavoro e alle associazioni di datori di lavoro di costituire o sostenere, con mezzi finanziari o altrimenti, sindacati di comodo.

Specificamente, il Tribunale di Tolmezzo giustifica tale decisione in quanto è rimessa alla libera scelta dei soli lavoratori non sindacalizzati la facoltà di versare o meno la contribuzione straordinaria richiesta da Fim e Uilm, sindacati non certo "di comodo", per il rinnovo del Ccnl.

Il Tribunale di Reggio Emilia ha dichiarato infondato il richiamo all'art. 17 Stat. lav., mentre ha ritenuto attendibile l'altro riferimento alla disparità tra le tre organizzazioni sindacali verificatesi in punto di proselitismo (nel decreto si legge: «Posto che il proselitismo ha come risultato l'iscrizione in un sindacato piuttosto che in un altro, e che ciò si riverbera sui meccanismi di finanziamento dell'una o dell'altra o.s., nel caso di specie si può dire che, in modo scorretto, la condotta sub C) (il lavoratore non iscritto già si trovava inserito nella busta paga un modulo per la devoluzione della quota – contratto) ha favorito il finanziamento o proselitismo di alcuni sindacati discriminandone altri (segnatamente la Fiom)»).

Ma mentre l'attività di proselitismo è un diritto di tutti i lavoratori da compiersi in favore delle proprie organizzazioni sindacali all'interno dei luoghi di lavoro con il solo limite di non arrecare pregiudizio al normale svolgimento dell'attività aziendale (art. 26, comma 1, Stat. lav.), i sindacati di comodo, la cui creazione è oggetto di divieto ai sensi dell'art. 17 Stat. lav., sono organizzazioni sindacali dei lavoratori asservite alla volontà datoriale.

Ebbene, mentre nelle fattispecie considerate non si può effettivamente parlare di attività di proselitismo, ad opera dei singoli lavoratori, in quanto il comportamento contestato è stato posto in essere dai datori di lavoro, restava da verificare solo se il comportamento datoriale avesse effettivamente integrato il divieto di cui all'art. 17 Stat. lav. e, di conseguenza, fosse sanzionabile ai sensi dell'art. 28 Stat. lav.

Ma ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. diventa essenziale l'accertamento – ad opera del giudice – dell'effettiva intenzione della società di porre in essere il comportamento in oggetto; il che, dalla disamina delle diverse pronunce, non sembra essere stato oggetto di una indagine accurata.

Gaetano Zilio Grandi

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Ca' Foscari di Venezia

Cesarina Carnovale

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro

3. Distacco

3.1. Cass. 11 gennaio 2010, n. 215 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 8).

Distacco - Infortunio - Responsabilità datore di lavoro - Teoria del rischio d'impresa - Interesse al distacco - Teatro di lavoro - Azione di rivalsa dell'Inail.

In caso di distacco del dipendente presso altra organizzazione aziendale, il datore di lavoro distaccante, in capo al quale permane la titolarità del rapporto di lavoro, è tenuto a rispondere, ai sensi dell'art. 2049 c.c., dei fatti illeciti commessi dal dipendente distaccato, atteso che il distacco presuppone uno specifico interesse del datore di lavoro all'esecuzione della prestazione presso il terzo con conseguente permanenza della responsabilità, in virtù del principio del rischio d'impresa, per i fatti illeciti derivanti dallo svolgimento della prestazione stessa.

La responsabilità civile del datore di lavoro per i danni cagionati a terzi dal lavoratore distaccato

Sommario: **1.** Il fatto. – **2.** La teoria del rischio d'impresa e l'art. 2049 c.c. nella decisione della Corte. – **3.** La rilevanza dell'interesse del datore di lavoro distaccante. – **4.** Ambiente di lavoro nel distacco. – **5.** L'azione di rivalsa dell'Inail. – **6.** Conclusioni e approfondimenti.

1. Con la sentenza in oggetto, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità civile del datore di lavoro distaccante, per i danni cagionati a terzi dal lavoratore distaccato.

Nella vicenda si osserva la società distaccare il proprio dipendente presso il cantiere di un'altra azienda. Il lavoratore distaccato, mentre manovrava una gru, procurava un infortunio a un dipendente della società distaccataria.

L'Inail, dopo aver erogato all'infortunato la somma di denaro dovutagli, agiva in rivalsa contro la società distaccante, il lavoratore distaccato, la società distaccataria, il responsabile del cantiere e dei lavori.

Contro la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Venezia, l'Inail proponeva appello incidentale. La Corte di Appello di Venezia accoglieva l'appello. In particolare, riconosceva la responsabilità del lavoratore distaccato per non aver usato la «necessaria diligenza e cautela» nel movimentare la gru, dando così origine all'infortunio a danno del terzo. Condannava altresì il distaccatario, nella qualità di datore di lavoro del dipendente infortunato, in quanto nel cantiere non aveva predisposto le necessarie misure di sicurezza connesse all'utilizzo della macchina escavatrice. Venivano, inoltre, condannati il responsabile del cantiere e dei lavori (al momento dell'infortunio) e la società distaccante.

È proprio con riferimento alla posizione di quest'ultima che occorre soffermare l'attenzione. La Corte di Appello di Venezia, infatti, riteneva che la società distaccante avesse omesso «il preventivo accertamento dell'esistenza nel cantiere dei presidi infortunistici».

Avverso la sentenza di appello, la distaccante ricorreva in Cassazione con un unico motivo: lamentava, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., violazione dell'art. 2087 c.c.

La ricorrente si dichiarava, infatti, non responsabile per i danni cagionati a terzi dal proprio dipendente durante la fase del distacco, e osservava come «la corte territoriale aveva omesso di considerare che gli obblighi di tutela previsti dalla norma non risultano riferibili, nel caso del distacco, al datore di lavoro distaccante, per non avere quest'ultimo il potere di interferire nell'altrui organizzazione aziendale».

La Corte di Cassazione – appurata la condotta antiggiuridica del lavoratore distaccato – confermava la sentenza della Corte di Appello di Venezia. Con riferimento alla posizione della società distaccante, veniva riconosciuta la responsabilità di cui all'art. 2049 c.c. per i danni commessi dal lavoratore distaccato a danno di soggetti terzi presenti nell'ambiente di lavoro.

2. Com'è noto, l'art. 2049 c.c. sancisce la responsabilità civile dei padroni e committenti per i danni cagionati dai dipendenti. In particolare, sottolinea la Corte, «al pari di quella prevista dall'art. 1228 c.c., individua nel nostro ordinamento una ipotesi di responsabilità oggettiva, indipendente, cioè, dalla colpa del soggetto responsabile, sicché il dolo o la colpa vanno valutati con riferimento al fatto dell'ausiliario, e non al comportamento del debitore».

La regola in oggetto ha rappresentato per la dottrina e la giurisprudenza l'elemento normativo su cui fondare la c.d. teoria del rischio di impresa – ossia un criterio per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico dell'impresa – come componente dei rischi che caratterizza l'esercizio di ogni attività imprenditoriale (in riferimento a tale teoria si veda P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2002, 132. *Contra*: L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in G. D'EUFEMIA *et al.*, *Il Rapporto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, vol. II, 464).

Sulla scorta di tale teoria, la Cassazione nella vicenda in esame riconosce la responsabilità della società distaccante.

In dottrina, però, non sono mancate critiche a tale criterio di imputazione oggettivo dei danni cagionati da dipendenti o ausiliari. È stato affermato che la teoria del rischio di impresa non ha alcun fondamento normativo, visto che l'art. 2049 c.c. non specifica che la responsabilità dei padroni o dei committenti sia tipicamente imprenditoriale (sul punto si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in ID., *Scritti giuridici, I. Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996, 407). Un'altra parte della dottrina ha, altresì, sostenuto come nell'art. 2049 c.c. convivano due responsabilità: una soggettiva, cioè per colpa (dell'ausiliario) e una oggettiva (del com-

mittente). L'elemento che unisce la prima alla seconda risiede nel rapporto di dipendenza tra i soggetti (in tal senso D. BARBERO, *Criterio di nascita e criterio di propagazione della responsabilità per fatto illecito*, in *RDC*, 1960, I, 589 ss.).

La teoria del rischio è stata poi abbondantemente superata, considerato che la posizione più attuale della dottrina, in virtù dei recenti interventi normativi in tema di esternalizzazioni, sostiene che il rapporto di preposizione non possa riguardare un concetto formale di dipendenza, ma vada riportato piuttosto all'esercizio concreto del potere direttivo, riferendosi all'effettivo utilizzatore della prestazione.

È vero, infatti, che secondo la teoria più recente, ai fini della responsabilità del fatto del dipendente, va considerato committente chi si avvale, nella esecuzione di un determinato lavoro, dell'attività di un soggetto che, seppur normalmente figurante alle dipendenze di altri, debba peraltro rispondere verso di lui del proprio operato (in tal senso si veda M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, in *ID.*, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, 193).

Si è così rilevata inadeguata la costruzione tradizionale impostata sulla teoria del rischio in termini meramente oggettivi, ancorata al rapporto di preposizione strettamente formale (in relazione a tale rapporto, si veda M. FRANZONI, *Art. 2043-2059. Fatti illeciti*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, 68 e 72 ss.).

3. Un ulteriore aspetto su cui si è soffermata la Cassazione è consistito nell'indagine verso l'interesse, quale elemento costitutivo della legittimità del distacco, senza il quale non varrebbe alcuna discussione riguardo alle teorie poste a base della responsabilità civile del datore di lavoro distaccante. Quest'ultimo risponderà così dei danni cagionati dal dipendente durante la fase dell'esternalizzazione, a condizione che si appuri la legittimità dell'istituto, vale a dire che si dimostri che esista un interesse proprio del datore di lavoro a distaccare temporaneamente il dipendente presso l'altra azienda.

Va ricordato che il distacco, legalmente disciplinato dall'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, secondo parte della dottrina, consiste in un potere riconosciuto al datore di lavoro di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione, al pari di quanto accade nelle ipotesi di mobilità con l'art. 2103 c.c. (in tal senso, si veda M. TIRABOSCHI, C. BIZZARRO, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276/2003*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2006, 331 ss.).

La circostanza che vede il lavoratore inserirsi nell'organizzazione aziendale del distaccatario, però, non esclude ogni forma di responsabilità del datore di lavoro distaccante, «giacché quel che rileva, ai fini della responsabilità per i danni cagionati dal fatto del dipendente, è che il distacco non spezza il collegamento tra l'interesse organizzativo del datore di lavoro distaccante e l'esecuzione della prestazione presso il soggetto terzo» [corsivo mio]. Di conseguenza, con il permanere dell'interesse del datore di lavoro al distacco, per-

siste anche la responsabilità di quest'ultimo in caso di danni cagionati dal lavoratore verso terzi.

4. La Corte, inoltre, nel sancire la responsabilità della società distaccante, individua e definisce in modo estensivo il c.d. ambiente di lavoro. Essa, infatti, ritiene che la parte datoriale, nelle esternalizzazioni, abbia l'obbligo di vigilare sull'"ambiente di lavoro", affinché siano rispettate le regole antinfortunistiche poste a presidio della salute e sicurezza del lavoratore distaccato e dei terzi operanti. Nella pronuncia in esame, per "ambiente di lavoro" si intende, ai sensi del d.P.R. n. 547/1955, artt. 4 e 5, quel «teatro lavorativo» ove siano presenti lavoratori di più imprese i cui rischi interferiscono con l'opera di altri soggetti (cfr. Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, in *GD*, 2009, 5, 56 (s.m.), con nota di M. TATARELLI).

In forma meramente estensiva, il concetto di "ambiente di lavoro" è stato espresso anche in sede penale, dove la Corte di Cassazione ha chiarito che le norme antinfortunistiche sono dettate a tutela di tutti coloro che, per una qualsiasi legittima ragione, accedono ai cantieri o comunque a luoghi dove vi sono macchine che, se non munite dei presidi antinfortunistici stabiliti dalla legge, possono essere causa di eventi dannosi (cfr. Cass. 6 novembre 2009, n. 43966, in *GD*, 2009, 48, 79).

Sempre al riguardo, va ricordato che dopo il d.lgs. n. 81/2008, come modificato dal d.lgs. n. 106/2009, il distaccatario è divenuto il soggetto responsabile della salute e sicurezza nel "teatro di lavoro"; tuttavia non può nemmeno trascurarsi come, secondo la sentenza in esame, compete anche al distaccante, quanto meno per le vicende antecedenti la riforma in materia di salute e sicurezza, intervenire nel luogo in cui è eseguita la prestazione, per evitare pericolose interferenze tra diversi soggetti operanti in uno stesso ambiente, ma svolgenti diverse attività lavorative.

5. Un aspetto che occorre evidenziare concerne anche le motivazioni teoriche e tecniche poste alla base dell'azione di rivalsa dell'Inail contro il datore di lavoro distaccante. Qui di seguito cercheremo di evidenziarne le fondamenta.

Va detto che la natura dell'azione mossa dall'Inail è di tipo surrogatorio, per questo riconducibile all'art 1916 c.c., non quindi nell'alveo dell'azione di regresso. Quest'ultima, infatti, secondo le interpretazioni provenienti dalla prassi amministrativa (circ. Inail n. 39/2005), e dalla giurisprudenza (Cass., sez. un., 16 aprile 1997, n. 3288), non ricorre nei casi in cui il danno, come nella vicenda in esame, sia stato prodotto «da estranei all'azienda, perciò terzi, [...] che si trovino in essa per ragioni inerenti o meno all'attività svolta» (cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 1997, n. 3288).

Da un punto di vista di diritto sostanziale, invece, l'azione di rivalsa dell'Inail verso il distaccante troverebbe le proprie giustificazioni tecniche, principalmente (ed ancora) nella teoria del rischio, come corretta dalla c.d. teoria della garanzia, che legittimerebbe la rivalsa verso il datore di lavoro formale, perché a priori considerato più solvibile rispetto ad altri soggetti (sulla c.d. teoria della garanzia si veda, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*. 2 – *Re-*

sponsabilité civile et quasi-contrats, PUF, Parigi, 2007, 49 ss.; F. FAROLFI, *Nuove dimensioni della responsabilità vicaria*, in *RCP*, 2010, 5, 1081).

La suddetta ricostruzione tuttavia non persuade; infatti, come ha sostenuto la dottrina più recente, sarebbe illogico riconoscere a priori la maggiore solvibilità del distaccante rispetto agli altri soggetti coinvolti, posto che non è dato conoscere *ex ante* la consistenza patrimoniale di un soggetto, addirittura al punto da considerarlo maggiormente solvibile rispetto ad altri (sul punto cfr. M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 198).

6. È possibile sostenere, pertanto, che la sentenza in commento rappresenta un importante precedente. La conclusione, raggiunta dai giudici di merito ed avallata da quelli di legittimità, arricchisce sicuramente il dibattito in merito alla responsabilità civile del datore di lavoro verso il lavoratore ed i terzi, nella fase del distacco e in ogni altro tipo di esternalizzazione produttiva.

Per un ulteriore approfondimento sul tema e in relazione alla sentenza in commento si vedano, infine, le note di M. TATARELLI, *Il datore di lavoro paga i danni del dipendente anche se distaccato presso un'altra azienda*, in *GD*, 2010, 6, 34; M. VINCIERI, *Obbligo di sicurezza e responsabilità del datore di lavoro distaccante*, in *RIDL*, 2010, 3, 621; F. BUFFA, *In tema di distacco del dipendente e di responsabilità del distaccante*, in *GC*, 2010, 4, 851.

Sirio Solidoro

Scuola internazionale di Dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro

Adapt – Fondazione Marco Biagi

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

4.1. Cass. 25 marzo 2011, n. 7007 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 17).

Collocamento obbligatorio - Rifiuto di assunzione del disabile avviato - Corrispondenza fra la qualifica richiesta e quella posseduta - Applicabilità dell'art. 2932 c.c. - Riconoscimento.

In materia di assunzioni obbligatorie ex lege n. 68/1999, in caso di illegittimità del rifiuto di assunzione, il giudice può costituire coattivamente il rapporto di lavoro secondo la procedura prevista dall'art. 2932 c.c. ove sussistano tutti i requisiti utili per la perfezione dell'assunzione, ed in particolare purché sia determinato l'oggetto del contratto.

La ratio della l. 2 marzo 1999, n. 68, art. 9 – che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di indicare nella richiesta di avviamento la qualifica del lavoratore disabile da assumere a copertura dei posti riservati in un sistema di cd. avviamento mirato – va ravvisata nel consentire, mediante il riferimento ad una specifica qualifica, la indicazione delle prestazioni richieste dal datore di lavoro sotto il profilo qualitativo delle capacità tecnico/professionali di cui il lavoratore avviato deve essere provvisto, secondo la formale indicazione dell'atto di avviamento,

al fine di una sua collocazione nell'organizzazione aziendale, che sia utile all'impresa e che nello stesso tempo, per consentire l'espletamento delle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto, non si traduca in una lesione della sua professionalità e dignità.

Ne consegue che il datore di lavoro può legittimamente rifiutare l'assunzione non soltanto di un lavoratore con qualifica che risulti, in base all'atto di avviamento, diversa, ma anche di un lavoratore con qualifica "simile" a quella richiesta, in mancanza di un suo previo addestramento o tirocinio da svolgere secondo le modalità previste dalla stessa l. n. 68/1999, art. 12.

Si consolida l'orientamento della Cassazione favorevole all'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di illegittimo diniego di assunzione del disabile nel "nuovo" sistema del collocamento mirato

Sommario: **1.** L'inutilizzabilità del rimedio codicistico nel vigore del precedente regime. – **2.** La l. n. 68/1999 e l'eseguibilità in forma specifica dell'obbligo di stipulare il contratto di lavoro con il disabile. – **3.** La non coincidenza tra la qualifica richiesta dall'azienda e quella posseduta dal lavoratore avviato ed il (legittimo) rifiuto di assunzione. – **4.** Le residue ipotesi di condannabilità del datore di lavoro al risarcimento dei danni. – **5.** Spunti per un diverso percorso verso l'applicazione dell'art. 2932 c.c.

1. La sentenza in epigrafe affronta una questione "antica" in tema di collocamento obbligatorio, quella relativa alle conseguenze del rifiuto di assunzione del disabile, con particolare riferimento alla costituibilità coattiva del rapporto da parte del giudice *ex art. 2932 c.c.* Come premesso, si tratta di una vecchia *querelle*, che già sotto il vigore della l. 2 aprile 1968, n. 482, aveva affaticato dottrina e giurisprudenza e che, nonostante ciò, il legislatore non ha ritenuto necessario affrontare "di petto" in occasione della riscrittura della disciplina delle assunzioni obbligatorie avvenuta nel 1999. È di facile constatazione tuttavia che, a fronte di una copiosa produzione giurisprudenziale sull'argomento accumulatasi con riferimento alla disciplina previgente, da quando è entrata in vigore la l. 12 marzo 1999, n. 68, assai meno numerose sono le decisioni sul medesimo tema, il che potrebbe (forse ottimisticamente) portare a pensare che nel nuovo contesto normativo abbiano funzionato meglio i diversi meccanismi approntati dalla legge per garantire un più spontaneo rispetto delle regole che conducono all'assunzione dei diversamente abili. Fra questi meccanismi possono senz'altro annoverarsi sia l'ampliamento delle possibilità di richiesta nominativa, come previsto dall'art. 7 della l. n. 68/1999, sia il nuovo sistema delle convenzioni, comprensivo anche delle più recenti convenzioni di inserimento lavorativo di cui all'art. 12-*bis* della legge medesima, introdotto dall'art. 1, comma 37, della l. 24 dicembre 2007, n. 247.

Oltre a ciò, sembra possibile affermare che, vigente il nuovo sistema, anche nel caso di ostinata renitenza da parte datoriale all'esecuzione volontaria dell'obbligo di assunzione sia più facile pervenire all'ottimale risultato

dell'effettivo inserimento mirato del soggetto protetto all'interno della organizzazione aziendale, piuttosto che al rimedio palliativo del risarcimento del danno, come invero sostenuto dalla Suprema Corte nella sentenza qui in commento ed in altre due decisioni di poco precedenti (si tratta di Cass. 12 marzo 2009, n. 6017, in *DPL*, 2009, 1407, con nota di F. RIVELLINI, A. VIAGGIO, *Incidenza della qualifica del lavoratore nel collocamento mirato*; in *RGL*, 2009, 789, con nota di G.P. EVANGELISTI, *Legittimità del rifiuto all'assunzione del lavoratore disabile*, e di Cass. 22 giugno 2010, n. 15058). Ed in effetti, al di là delle apparenze, c'è nel contesto della disciplina vigente qualche significativo elemento di novità che contribuisce a rendere giuridicamente praticabile la soluzione che più di tutto sembra adatta a dare effettività al sistema delle assunzioni coatte.

Sotto il vigore della precedente legge spesso la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, era costretta ad arrestarsi alle soglie dell'art. 2932 c.c. a causa della constatazione per cui nella vicenda considerata non erano determinati tutti gli elementi essenziali del costituendo rapporto di lavoro. In tal senso, di recente, pronunciandosi ancora sull'ormai superato sistema risalente al 1968, si è espressa ad esempio Cass. 13 gennaio 2009, n. 488 (in *q. Rivista*, 2009, 380, con nota di A. GIUFFRÈ, *Obbligo di assunzione del lavoratore disabile: presupposti e conseguenze in caso di inadempimento*). Per una rassegna delle ultime decisioni in argomento, cfr. F. BUFFA, *La tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro*, in *GC*, 2010, I, 1117). Rappresenta infatti un punto d'arrivo ormai indiscusso in dottrina ed in giurisprudenza il rilievo per cui l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di stipulare un contratto (sia tale obbligo di fonte legale oppure di fonte contrattuale) presuppone di assoluta necessità una previa determinazione (o almeno determinabilità) degli elementi di base dello stipulando contratto, in modo tale che il giudice che si pronuncia *ex art. 2932 c.c.* non sia costretto (cosa che in effetti non potrebbe fare) ad "inventare" alcunché in ordine al contenuto minimo del costituendo rapporto. Come rilevava invero già tanti anni fa autorevole dottrina (G. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1956, 200), il magistrato deve «limitarsi alla rilevazione di una regolamentazione già prevista o prevedibile e rispetto alla quale è necessario operare una trasposizione formale da un primo ad un secondo stadio irrimediabilmente impegnativo». Ed infatti in una sola occasione, almeno a quanto consta, la Cassazione ha rinnegato questo assunto, riconoscendo al lavoratore il diritto di usufruire della tutela di cui all'art. 2932 c.c. pur in mancanza della predeterminazione delle mansioni (oltre che della sede di lavoro), ritenendo l'assegnazione alle medesime attinenti non alla fase della stipulazione ma a quella dell'esecuzione del contratto (così Cass. 30 dicembre 2009, n. 27841, in *GC*, 2010, I, 1117, con nota di F. BUFFA. Si ricorda peraltro che il problema dell'applicazione della norma codicistica *de qua* si è posto non solo con riferimento alla disciplina del collocamento obbligatorio, ma in numerose altre situazioni, tra cui, ad esempio, quelle in cui l'obbligo di assumere il lavo-

ratore trae fondamento da una previsione del contratto collettivo, specie aziendale: sul tema, cfr. P. SCIORTINO, *Sulla sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro e sui suoi presupposti*, in *RIDL*, 2005, I, 95).

Per quanto concerne il contratto di lavoro subordinato, quanto detto significa che dalla procedura che precede la conclusione dell'accordo per l'assunzione del disabile da parte dell'impresa o della pubblica amministrazione dovrebbe emergere, come minimo, l'elemento delle mansioni cui il prestatore deve essere adibito, dal quale possono poi agevolmente desumersi gli altri dati essenziali della qualifica e del corrispondente trattamento economico. Non va infatti dimenticato che, una volta procedutosi all'assunzione del soggetto protetto, a questo spetta, a mente dell'art. 10 della l. n. 68/99, «il trattamento economico e normativo previsto dalle leggi e dai contratti collettivi» (analogamente a quanto prevedeva in passato l'art. 10 della l. n. 482/1968, secondo cui all'invalido doveva essere riconosciuto «il normale trattamento economico, giuridico e normativo»).

Senonché il sistema congegnato con la previgente l. n. 482/1968 non si prestava a consentire in tutti i casi di avviamento obbligatorio l'emersione, nel corso della procedura antecedente la stipulazione del contratto di lavoro, dell'assolutamente irriducibile elemento delle mansioni da assegnare al prestatore avviato, anche se tale conclusione, condivisa dalla giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente (si ricorda, fra le tante, Cass. 16 maggio 1998, n. 4953, in *GC*, 1999, I, 1501), era contrastata da molti giudici di merito, i quali ritenevano superabile l'ostacolo rappresentato dalla non sufficiente determinazione dell'oggetto del contratto, talora spingendosi al punto di disporre consulenze tecniche d'ufficio per verificare la rintracciabilità nell'organizzazione aziendale di mansioni astrattamente compatibili con lo stato di disabilità dell'avviato (così Trib. Milano 3 luglio 1991, in *D&L*, 1992, 154). A favore della tesi prediletta dai giudici di legittimità si faceva valere il fatto che la legge prevedeva che l'UPLMO riconoscesse agli invalidi iscritti nelle liste del collocamento obbligatorio una "qualifica", la quale non poteva tuttavia intendersi nel senso oggettivo del termine, e cioè quale posizione giuridica correlata allo svolgimento di determinate mansioni, assumendo invece l'assai diversa accezione soggettiva di complesso di elementi (il cui possesso era il lavoratore stesso ad "autocertificare") coincidenti con le (dichiarate) capacità, aspirazioni, titoli di studio, professionalità, esperienze pregresse, che l'Ufficio si limitava a registrare e a sintetizzare, appunto, in una "qualifica". Ed invero l'art. 19 della l. n. 482/1968 stabiliva che il disabile, all'atto dell'iscrizione, indicasse le proprie attitudini lavorative e professionali, anche in relazione all'occupazione cui aspirava (sulla questione sia consentito rinviare a E. PASQUALETTO, *Note in tema di responsabilità del datore di lavoro per mancata assunzione del prestatore avviato in regime di obbligatorietà*, in *GC*, 1992, I, 2436). Il datore di lavoro non aveva, a sua volta, l'obbligo di indicare in alcun documento le mansioni disponibili in azienda ed assegnabili ai

soggetti protetti, mancando nella l. n. 482/1968 la sia pur minima indicazione in tal senso. L'art. 16 della predetta legge faceva infatti solo un genericissimo richiamo ad una richiesta di assunzione, da rivolgere dalle aziende private all'UPLMO. I datori si limitavano pertanto ad indicare la categoria professionale (impiegatizia od operaia) cui sarebbe dovuto appartenere il disabile (in argomento, da ultimo, A. MURATORIO, *Collocamento obbligatorio e prova dell'assoluta incollocabilità: quando l'organizzazione aziendale è un limite al lavoro del disabili*, in *NGCC*, 2010, 621). Si riteneva inoltre che eventuali ulteriori specificazioni di mansioni o qualifiche non sarebbero state vincolanti per gli uffici. Ne derivava il paradosso per il cui datore non poteva (in teoria) rifiutare l'assunzione di un disabile non adatto alle mansioni disponibili in azienda, ma se di fatto rifiutava non era possibile intervenire con una sentenza costitutiva del rapporto. Ulteriore conseguenza di tale incongruo assetto era (come evidenziato da Cass. n. 6017/2009, cit.) il fatto che l'accettata sfasatura fra esigenze aziendali e professionalità del disabile «poteva di fatto, in alcuni casi, tradursi in un ingiusto *vulnus* delle capacità professionali del disabile per costringerlo a ruoli non adeguati, mentre in altri casi poteva far sorgere situazioni di insicurezza per la sua stessa incolumità e per quella degli altri lavoratori, oltre che per la integrità degli impianti» (per un giudizio particolarmente critico sull'impianto creato dalla l. n. 482/1968, cfr. C. ZOLI, *Avviamento dell'invalido e individuazione delle mansioni disponibili: il giudice si sostituisce al datore di lavoro*, in *GC*, 1997, I, 3055).

Ne derivava che solo per evenienze del tutto fortuite, o comunque totalmente "in mano" al datore di lavoro, poteva concretizzarsi la situazione per cui il giudice, chiamato a valutare l'inadempienza datoriale, trovandosi nella condizione di poter valorizzare una (non doverosa ma nel concreto attuata) specificazione delle attribuende mansioni da parte dell'azienda, era abilitato a pronunciare una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. L'effettività del sistema delle assunzioni obbligatorie restava quindi in ultima analisi affidata alla capacità dei giudici di congegnare e quantificare in modo adeguato il risarcimento del danno dovuto al prestatore rifiutato.

2. Premesso ciò con riferimento alla disciplina previgente, è necessario ora verificare se veramente, come si è anticipato, la nuova disciplina del "collocamento mirato" consenta o, meglio ancora, imponga l'individuazione, da parte del datore di lavoro, ancor prima del momento *clou* della stipulazione del contratto, dell'elemento da cui dipende, come si è visto, la concreta operatività della protezione che il sistema sembra promettere ai lavoratori con diminuita capacità lavorativa.

Lasciando da parte la più specifica modalità delle assunzioni attraverso convenzione (di cui agli artt. 12 e ss.), va ricordato che delle richieste di avviamento si occupa l'art. 9 della l. n. 68/1999, il quale, al comma 6, contempla e regola il documento la cui predisposizione ed il cui periodico invio all'ufficio competente, da parte dell'azienda obbligata, serve ad impartire il primissimo *input* per l'avvio della procedura destinata a concludersi con

l'assunzione del disabile (si ricorda per inciso che si tratta di una periodicità di tipo annuale, posto che tali prospetti vanno inviati, in base a quanto previsto dal d.m. 22 gennaio 1999, entro il 31 dicembre di ogni anno, a meno che la situazione occupazionale dell'azienda non sia rimasta la medesima dell'anno precedente, secondo quanto precisato dalla circ. Min. lav. n. 2/2010. Per le pubbliche amministrazioni c'è poi l'ulteriore obbligo, previsto dall'art. 7 della l. n. 80/2006, di inviare semestralmente, e comunque non oltre il 31 dicembre di ogni anno, al Dipartimento della Funzione pubblica, una lista del personale disabile in servizio e le assunzioni effettuate nell'anno in corso).

Il documento *de quo* è costituito dal c.d. prospetto informativo, il quale deve indicare il numero complessivo dei lavoratori dipendenti, il numero e i nominativi di coloro che sono computabili nella quota di riserva nonché (ed è ciò che qui maggiormente interessa) «i posti di lavoro e le mansioni disponibili» per i prestatori invalidi assumendi. Documento diverso è invece la richiesta di avviamento, che il datore di lavoro deve inoltrare al centro per l'impiego competente entro sessanta giorni dal giorno in cui sorge l'obbligo di assunzione (ciò che si verifica, a sua volta, quando vengono superate le soglie di occupazione previste dall'art. 3 della l. n. 68/1999, indipendentemente dalla circostanza che l'azienda sia intenzionata o meno ad accrescere il proprio organico), anche se poi la legge in qualche modo finisce per sovrapporre la funzione dei due atti, laddove stabilisce (al comma 3 dell'art. 9) che «la richiesta di avviamento si intende presentata anche attraverso l'invio agli uffici competenti dei prospetti informativi». Tale sovrapposizione è tuttavia solo residuale posto che (come rileva correttamente F. LIMENA, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2007, II, 255) il prospetto vale anche come richiesta di avviamento solo nel caso in cui questa non sia stata autonomamente e tempestivamente presentata. Secondo una parte della dottrina (S. CIUCCIOVINO, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68), Art. 9. Richieste di avviamento*, in *NLCC*, 2000, 1406) l'invio di una distinta richiesta deve considerarsi comunque la soluzione ottimale, posto che questa ha un contenuto parzialmente diverso dal prospetto informativo, essendovi specificata la qualifica del lavoratore da assumere, ciò che sarebbe maggiormente funzionale al sistema del collocamento mirato. Come si dirà tuttavia tra poco, a parere di chi scrive valore di indicazione decisiva ai fini della effettiva operatività del sistema può assumere senz'altro anche (o addirittura ancor meglio) quella relativa alle «mansioni disponibili» (che vanno precisate nel prospetto), pur se funzione non troppo dissimile (almeno in questo contesto) sembra avere proprio il riferimento alla qualifica richiesta (contenuto invece nella richiesta di avviamento), la quale va in questo caso intesa nel senso oggettivo del termine, e cioè quale posizione giuridica spettante al lavoratore in dipendenza dello svolgimento, da parte sua, di determinate mansioni (secondo l'accezione fatta propria dall'art. 96 disp. att. c.c.).

Ad un primo sguardo, significato diverso da quello così prospettato sembra attribuire all'espressione "qualifica" proprio la Cassazione nella sentenza in epigrafe (la quale peraltro in questa parte riprende testualmente una serie di considerazioni già svolte nelle proprie precedenti pronunce n. 6017/2009 e n. 15058/2010, cit.). Secondo il Supremo Collegio infatti è necessario «escludere una opzione ermeneutica volta ad assegnare al termine "qualifica", di cui al summenzionato art. 9, comma 2, una portata astratta e indefinita, rendendo di contro doverosa una interpretazione che – in conformità delle linee guida della vigente normativa sul lavoro dei disabili – assegni al suddetto termine un significato più concreto, da intendersi cioè come specificazione delle capacità tecnico/professionali, di cui deve essere provvisto l'assumendo, che siano richieste per la sua collocazione lavorativa». Il riferimento alla «specificazione delle capacità tecnico/professionali» contenuto in questa frase potrebbe infatti indurre a ritenere che la Corte sposi qui il concetto di qualifica in senso soggettivo, che è nozione diversa da quella, oggettiva, di espressione riassuntiva delle mansioni assegnate (o assegnabili), conseguentemente indicativa del trattamento economico-normativo spettante. Vanno però assolutamente valorizzati gli ulteriori riferimenti, compiuti nella medesima frase e immediatamente dopo, alla «collocazione lavorativa del disabile», nonché alla «effettiva e specifica situazione aziendale nell'ambito della quale deve collocarsi la posizione lavorativa del disabile». Più oltre ancora la Cassazione parla (e ciò appare veramente decisivo ai nostri fini) di un «ancoraggio della richiesta e dell'avviamento del disabile alle concrete mansioni che egli andrà a svolgere nell'azienda sulla base della sua capacità tecnico/professionale». La Corte coglie dunque esattamente il senso ed il valore dei rinvii contenuti nell'art. 9 alla qualifica dell'assumendo, ritenendo che con questa terminologia il legislatore intenda semplicemente (e logicamente) imporre al datore di lavoro di precisare quale sia la posizione (e quindi le mansioni) che è disponibile ad assegnare all'interno della sua organizzazione produttiva al disabile che l'ufficio gli invierà. Quest'ultimo sarà, a sua volta, tenuto a ricercare nei propri elenchi un soggetto con una "qualifica soggettiva" coerente con quella presupposta o indicata nella richiesta o nel prospetto. Ed invero la legge prevede anche (art. 9, comma 2) che solo in caso di impossibilità di avviare lavoratori con la qualifica richiesta e con altra concordata con l'azienda, gli uffici siano autorizzati ad inviare disabili con qualifiche simili, dovendo tuttavia in tal caso premurarsi di far svolgere ai medesimi un addestramento o tirocinio secondo le modalità di cui alla stessa l. n. 68/1999. Non può pertanto essere posto a carico del datore di lavoro l'onere di colmare il divario tra la qualifica richiesta e la simile (ma pur sempre diversa) qualifica posseduta dal disabile, magari attraverso «indagini di fatto sulle pregresse esperienze lavorative del lavoratore e su quanto da lui riferito in sede di colloquio "preassuntivo"».

Realizzato in tal modo «l'ancoraggio della richiesta e dell'avviamento del disabile alle concrete mansioni che egli andrà a svolgere nell'azienda sulla base della sua capacità tecnico/professionale» (sono ancora parole tratte dalla sen-

tenza in epigrafe) ne risulteranno altresì accresciuti i margini di tutela della sua integrità psico-fisica. Il ragionamento qui sviscerato viene infine sintetizzato dalla Corte nella formulazione del principio di diritto secondo cui il senso dell'indicazione normativa per la quale il datore di lavoro ha la facoltà di indicare nella richiesta di avviamento la qualifica dell'invalide da assumere è quello di «consentire, mediante il riferimento ad una specifica qualifica, l'indicazione delle prestazioni richieste dal datore di lavoro sotto il profilo qualitativo delle capacità tecnico/professionali di cui il lavoratore avviato deve essere provvisto, secondo la formale indicazione dell'atto di avviamento, al fine di una sua collocazione nell'organizzazione aziendale che sia utile all'impresa e che nello stesso tempo, per consentire l'espletamento delle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto, non si traduca in una lesione della sua professionalità e dignità».

Se tutto ciò è, come in effetti appare, frutto di una corretta lettura sia delle singole disposizioni della l. n. 68/1999 sulla procedura di avviamento e di assunzione, sia della complessiva *ratio* del nuovo sistema del "collocamento mirato", ne esce allora confermato ciò che si era premesso, e cioè che, diversamente da quanto avveniva sotto il vigore della precedente disciplina, è oggi agevolmente deducibile dalla procedura preassuntiva quella manifestazione di volontà, proveniente dalla parte datoriale, in ordine al futuro oggetto del contratto, che costituisce la condizione indefettibile per l'applicazione giudiziale dell'art. 2932 c.c. (a favore della soluzione qui prescelta si dichiarano F. BUF-FA, *La tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro*, cit.; P. LAMBERTUCCI, *L'intervento pubblico nella mediazione tra domanda ed offerta di lavoro; dalla registrazione dell'assunzione alla promozione dell'occupazione*, in *ADL*, 2000, 241; D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo oggettivo e sanzioni*, in *DPL*, 1999, n. 38, inserto, XVIII; A. TURSI, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *RGL*, 1999, 768; ritiene invece si debba ancora escludere l'applicabilità della norma codicistica A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, 126, pur ammettendo che il fatto che la legge oggi in vigore dia rilievo alla qualifica richiesta dal datore ridimensiona l'argomento relativo alla predeterminazione degli elementi essenziali del contratto; contraria è anche S. CIUCCIOVINO, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68)*, cit., 1415; in tono dubitativo si esprimono infine F. CAPURRO, *Collocamento obbligatorio e costituzione del rapporto ex art. 2932 c.c.: il caso dei centralinisti non vedenti come spunto per un riesame della tutela in forma specifica*, in *D&L*, 2004, 881; A. GIUFFRÈ, *Obbligo di assunzione del lavoratore disabile: presupposti e conseguenze in caso di inadempimento*, cit., 382). La sentenza commentata, ponendosi nel medesimo solco delle due che l'hanno di poco preceduta, giunge in tal modo a "sdoganare", in modo ormai generalizzato, una soluzione cui la Cassazione aveva ritenuto di poter pervenire già nel recente passato, ma solo in applicazione della disciplina operante per un più specifico sistema di collocamento obbligatorio, quello destinato ai

centralinisti non vedenti. Nel 2004 (con la sentenza 14 agosto 2004, n. 15913, in *D&L*, 2004, 881, con nota di F. CAPURRO) la Corte aveva infatti affermato che la l. 29 marzo 1985, n. 113, laddove prestabilisce la qualifica, le mansioni e il trattamento economico del lavoratore avviato, consente l'utilizzo, da parte del giudice, dello strumento di cui all'art. 2932 c.c.

3. Deve a questo punto essere indagato il motivo per cui la Cassazione, nella decisione in commento, pur ammettendo che la costituzione coattiva del rapporto ad opera del giudice sia in astratto resa possibile dall'applicazione dei meccanismi normativi di cui alla l. n. 68/1999, non abbia ritenuto nel caso concreto di dover cassare la decisione della Corte di Appello che tale costituzione coattiva aveva negato. Non sono in realtà del tutto chiari i motivi per i quali il giudice di secondo grado (così come, prima ancora, il Tribunale di Roma) avesse respinto tutte le domande della lavoratrice ricorrente, e quindi non solo quella relativa all'applicazione dell'art. 2932 c.c., bensì anche quella avente ad oggetto il risarcimento del danno da mancata assunzione. Da alcuni spunti disseminati qua e là nella sentenza sembra tuttavia potersi dedurre che mancavano nella vicenda *de qua* proprio i presupposti minimi per l'accoglimento di tutte le richieste della ricorrente, e ciò essenzialmente a causa di una rilevata non corrispondenza tra la qualifica richiesta dall'azienda e quella posseduta dalla lavoratrice. L'errore era quindi probabilmente imputabile all'ufficio competente, il Centro per l'impiego della Provincia di Roma, che non aveva attribuito il giusto peso alle indicazioni integrative contenute nella lettera allegata al prospetto informativo, dalla quale si poteva estrarre in modo specifico il tipo di professionalità richiesta al lavoratore da assumere. E si sarebbe quindi forse potuta prospettare una responsabilità della P.A., con conseguente diritto del disabile al risarcimento del danno per l'illegittimo ed infruttuoso avviamento, come in effetti ha talora ammesso il Supremo Collegio (si veda in tal senso, sia pure in riferimento ad una vicenda diversa, Cass. 12 giugno 2003, n. 9472, in *RIDL*, 2004, II, 32, con nota di S. BRUN, *Avviamento al lavoro del disabile e responsabilità della p.a., tra vecchia e nuova disciplina del collocamento obbligatorio*; l'idea di una responsabilità dell'ufficio competente per "cattivo" impiego delle sue prerogative è ventilata anche da C. GAZZETTA, *Sul rifiuto di avviamento obbligatorio per non corrispondenza della qualifica richiesta*, in *LG*, 2007, 718).

Va infatti ulteriormente rilevato che la Cassazione nella decisione qui analizzata, affrontando (condivisibilmente) in modo pragmatico il problema della individuazione dell'oggetto del contratto nelle fasi che anticipano la assunzione vera e propria, ammette che tale elemento possa desumersi, oltre che dal prospetto informativo o dalla richiesta di assunzione (e cioè dai due atti cui la legge attribuisce esplicitamente tale funzione) anche da altri documenti da essi materialmente distinti ma, comunque, ad essi strettamente collegati, come, ad esempio, un'eventuale lettera di accompagnamento allegata. Secondo la Corte il fatto che il contenuto di tale lettera «non fosse stato inserito in apposito spazio del prestampato informativo, poteva aver generato difficoltà di rapida let-

tura nell'ente destinatario ma non incompletezza della comunicazione». Nel caso di specie, in particolare, sembra che l'accompagnatoria rinviasse ai "mestieri" previsti dal ccnl, imponendo in tal modo al centro per l'impiego di avviare solo personale operaio in possesso di specializzazioni adatte al lavoro in un cantiere edile. Ed invero l'obbligo, emergente dalla normativa ed imposto agli uffici, di non "accontentarsi" di una generica verifica di corrispondenza fra i "mestieri" che il disabile dichiara di essere in grado di svolgere e le qualifiche richieste dall'azienda, con conseguente necessità di accertare anche il grado di esperienza e specializzazione posseduto, anche in relazione a quanto risulta dalle declaratorie del contratto collettivo applicato, è affermato con vigore dalla più volte citata Cass. n. 6017/2009. La dottrina ha, peraltro, giustamente rilevato il rischio che è insito in siffatto modo di ragionare, quello cioè che l'eccessiva (e magari pretestuosa) specificazione, da parte del datore di lavoro, dei requisiti soggettivi richiesti agli assumendi per una loro utile collocazione in azienda finisca per tradursi nella creazione delle precondizioni per l'aggiramento del sistema stesso del collocamento mirato (così G.P. EVANGELISTI, *Legittimità del rifiuto all'assunzione del lavoratore disabile*, cit., 794; F. RIVELLINI, A. VIAGGIO, *Incidenza della qualifica del lavoratore nel collocamento mirato*, cit., 1410). Si tratta tuttavia di un rischio che proprio un sapiente uso delle proprie competenze da parte dei Centri per l'impiego dovrebbe valere a scongiurare (ed alcuni suggerimenti circa l'impiego di queste sono contenuti nella nota Min. lav. 18 marzo 2003).

Quanto rilevato ci porta a completare il ragionamento sin qui condotto specificando che se non vi è corrispondenza fra la qualifica (o le mansioni) indicate dall'azienda e le caratteristiche professionali del prestatore avviato dagli uffici, deve essere negata *ab imis* la sussistenza delle condizioni per l'insorgere dell'obbligo di assumere il disabile, il che trascina con sé sia l'inammissibilità di una costituzione forzata del rapporto, sia la non configurabilità di un diritto al risarcimento del danno da mancata assunzione. Coerentemente anche la giurisprudenza afferma che il datore di lavoro non è obbligato ad assumere il prestatore avviato in modo illegittimo, ciò che si verifica anche quando questo non posseda la qualifica richiesta (così, oltre che testualmente nelle sentenze in epigrafe, anche in Cass. n. 6017/2009, cit.; Trib. Roma 28 settembre 2006, in *LG*, 2007, 712, con nota di C. GAZZETTA, *Sul rifiuto di avviamento obbligatorio per non corrispondenza della qualifica richiesta*; App. Torino 21 dicembre 2004, n. 1729, e Trib. Ferrara 16 luglio 2005, n. 255, in *MGL*, 2006, 21, con nota di A. MISCIONE, «*Collocamento mirato*»: *prime applicazioni*; nello stesso senso A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *ADL*, 1999, 685; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 1999, 478).

Viene in tal modo messo l'accento sull'importantissimo ruolo che, nel sistema della legge, svolgono i Centri per l'impiego (o, comunque, gli "uffici competenti"), i quali hanno a disposizione altri significativi strumenti volti ad evitare il configurarsi di situazioni del tipo di quella qui delineata, dimodoché si

può certamente affermare che l'incollocabilità del prestatore assume oggi connotati assai diversi dal passato (è quanto rileva A. MURATORIO, *Collocamento obbligatorio e prova dell'assoluta incollocabilità*, cit., 624; in argomento, P. LAMBERTUCCI, *La disciplina del collocamento obbligatorio*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, I, Giuffrè, Milano, III ed., 2009, 1360). Come si è invero già accennato, la legge prevede che se nelle liste dell'ufficio mancano lavoratori con la qualifica richiesta o con altra concordata con il datore di lavoro, è possibile l'avvio di prestatori con qualifiche simili, previo addestramento o tirocinio dei medesimi, da organizzarsi a cura dell'ufficio competente. Si rileva peraltro che anche l'elemento della similitudine fra le diverse qualifiche pone non pochi dubbi interpretativi, ed infatti si è da più parti sostenuto che "simile" non è esattamente uguale ad "equivalente", e che non è pertanto possibile trasporre semplicisticamente in materia gli esiti del (peraltro mai sopito) dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul concetto evocato dall'art. 2013 c.c. (in questo senso, tra gli altri, A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto del lavoro dei disabili. Commentario alla Legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 56). Secondo il d.P.R. 10 ottobre 2000, n. 333 (contenente il regolamento di esecuzione per l'attuazione della l. n. 68/1999) il Centro per l'impiego deve comunque, a tal fine, convocare immediatamente il datore di lavoro per cercare di concordare con il medesimo una soluzione alternativa, ed *in primis* l'avvio di un disabile con qualifica, appunto, simile a quella richiesta, mentre in subordine può tentarsi la strada della stipulazione di una convenzione di inserimento lavorativo, ex artt. 11, 12 e 12-bis, l. n. 68/1999. Merita peraltro di esser segnalato (come fa correttamente F. LIMENA, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, cit., 259) che il d.P.R. n. 333/2000, interpretando con una certa libertà, ma non senza un fondo di ragionevolezza, la sequenza di cui al secondo comma dell'art. 9, prevede che anche la qualifica concordata debba essere ricercata tra quelle simili. Il citato regolamento si spinge poi ancora più in là prevedendo (all'art. 7, comma 7), probabilmente *contra legem* (è quanto rileva ancora F. LIMENA, *Il collocamento mirato dei soggetti disabili*, cit., 259 ss.) che sia nel caso in cui il datore, convocato dall'ufficio, non si presenti senza valido motivo (o comunque la sua assenza si protragga per trenta giorni), sia nel caso in cui non sia possibile stipulare una convenzione di inserimento lavorativo, l'ufficio possa dar luogo comunque all'avviamento, «tenuto conto delle indicazioni contenute nelle schede professionali e delle altre informazioni contenute nel prospetto informativo annuale nonché nella attuale richiesta di avviamento». Trattandosi di una procedura che viene attivata in via residuale, quando cioè non è stato possibile procedere all'avviamento che fisiologicamente dovrebbe scaturire dalla verificata corrispondenza fra la qualifica richiesta dall'azienda e quella posseduta dal lavoratore, si deve pensare che, nello spirito del regolamento, essa possa operare proprio quando tale corri-

spondenza manca, ciò che rende tale disciplina del tutto distonica rispetto alla radicata idea di un collocamento necessariamente mirato.

4. Da quanto sin qui esposto potrebbe a prima vista dedursi che, data per acquisita la generalizzata applicabilità dell'art. 2932 c.c. nei casi di illegittimo rifiuto di assunzione dell'invalide, venga meno la necessità (e la stessa possibilità) di ristorare il lavoratore (e sanzionare il datore di lavoro) con l'alternativo rimedio del risarcimento per equivalente.

In realtà permane senz'altro una (prima) ipotesi residuale in cui il giudice può ancora prevedere in favore del lavoratore ingiustamente rifiutato il diritto al risarcimento del danno da mancata assunzione. Ciò si verifica nel caso di inottemperanza, da parte del datore, all'obbligo, di cui si è sopra ampiamente parlato, di far emergere dalla documentazione con cui egli colloquia con gli uffici la qualifica o le mansioni assegnabili all'assumendo. In questa situazione infatti ricade esclusivamente sull'azienda la responsabilità per non aver creato le premesse per un fisiologico funzionamento del sistema, e se, per le ragioni più volte ribadite, in questo caso il giudice non può né avviare un disabile di incerta collocabilità in azienda, né sostituirsi alle parti per una effettiva nascita del rapporto di lavoro, è indubbio che un ristoro per equivalente non potrà essere negato alla parte danneggiata. Si ricorda, per inciso, che il datore sarà in tal caso soggetto anche all'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 15 della l. n. 68/1999, che invero punisce sia il mancato adempimento degli obblighi di cui all'art. 9, comma 6 (e tale è senza dubbio l'invio di un prospetto informativo troppo generico o incompleto, e quindi inutilizzabile dagli uffici), sia la mancata copertura della quota d'obbligo «per cause imputabili al datore di lavoro» (in argomento, cfr. D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo oggettivo e sanzioni*, cit., III ss.).

A proposito dei criteri in base ai quali va, in tali ipotesi, quantificato e quindi risarcito il danno subito dal lavoratore, non sembra che la nuova disciplina conduca ad impostare la questione in modo diverso da quanto avveniva sotto il vigore della l. n. 482/1968. Si ricorda pertanto che la giurisprudenza prevalente era solita affermare il diritto del danneggiato ad un "integrale" risarcimento dei danni patiti, quantificati, di regola, in un importo pari alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito in caso di assunzione, decurtato di quanto egli abbia eventualmente guadagnato o avrebbe potuto guadagnare usando l'ordinaria diligenza nella (difficile) ricerca di un'altra occupazione. E si era a tal proposito rilevata la non impeccabilità del ragionamento condotto dai giudici di legittimità che, pur rifiutando l'applicazione dell'art. 2932 c.c. a causa dell'impossibilità di individuare le mansioni e la qualifica del prestatore assumendo, ad una presunta qualifica contrattuale facevano poi riferimento per collegarvi (non nell'ambito di una liquidazione equitativa) l'entità delle retribuzioni perdute (così E. PASQUALETTO, *Note in tema di responsabilità del datore di lavoro*, cit., 2437; nello stesso senso, più recentemente, F. BUFFA, *La disciplina lavorativa e previdenziale per i diversamente abili*, Giuffrè, Milano, 2009, 122).

Per quanto concerne invece l'individuazione dell'arco temporale al quale parametrare le retribuzioni che il datore è tenuto a pagare, la giurisprudenza formata sotto la previgente disciplina oscillava tra la soluzione che, rilevata la mancanza dei requisiti dell'attualità e della certezza dello stato di disoccupazione, arrestava la condanna al momento della pronuncia della sentenza (di recente, in tal senso Cass. n. 488/2009, cit.), e quella che riteneva invece possibile una condanna in futuro, avente ad oggetto cioè le retribuzioni dovute sino alla data di una futura assunzione del disabile (o della maturazione delle condizioni per il pensionamento). Sulle numerose ragioni per le quali tale seconda soluzione appare senz'altro preferibile ci si è già espressi in precedenza e a quelle considerazioni non si può quindi che rinviare. Interessante può essere piuttosto precisare che, oltre ad un risarcimento operante quale unica conseguenza ristoratoria nelle ipotesi di impossibilità di una pronuncia giudiziale che sostituisca il consenso non prestato (ipotesi che tuttavia, come or ora rilevato, dovrebbero avere oramai carattere residuale), si può configurare anche l'eventualità di un risarcimento che si affianca alla pronuncia *ex art. 2932 c.c.* Ciò si verifica invero se si accoglie l'opinione, in effetti prevalente in giurisprudenza (in questo senso Cass. n. 27841/2009, cit.; Cass. 6 aprile 2009, n. 8250; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26233, in *D&G*, 2006, 11, 56; Cass. 4 luglio 2003, n. 10564; Cass. 12 giugno 1982, n. 3592, in *GI*, 1983, I, 50; Pret. Potenza 11 marzo 1981, in *GC*, 1981, I, 1794) secondo cui la sentenza con la quale il giudice dà vita al rapporto possiede efficacia costitutiva e quindi produce i suoi effetti non *ex tunc*, dal momento in cui è sorto per il datore di lavoro l'obbligo di stipulare il contratto di assunzione, bensì solamente *ex nunc*, e precisamente dopo la sua pronuncia. Se ciò è corretto, la costituzione coattiva, ma in qualche modo tardiva, del rapporto rischia di "lasciare scoperto" il periodo decorrente tra tale momento e quello in cui la sentenza viene pronunciata. Al lavoratore spetterà dunque il risarcimento riferito a questo lasso di tempo. La quantificazione del medesimo dovrebbe, peraltro, risultare abbastanza agevole, dato che la acclarata qualifica di destinazione, che il giudice ha assegnato forzatamente al lavoratore con la sentenza, conduce *de plano*, attraverso l'applicazione delle tariffe previste dal contratto collettivo (o l'utilizzo del medesimo per trarne i parametri di riferimento *ex art. 36 Cost.*), ad individuare la misura mensile della retribuzione spettante (cui potrà poi commisurarsi anche il danno sul fronte contributivo).

Va peraltro ricordato che un'apertura possibilista verso una diversa interpretazione circa la decorrenza degli effetti della sentenza pronunciata *ex art. 2932 c.c.* in materia di assunzioni obbligatorie è compiuta dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 15913/2004 (citata in precedenza, la quale a sua volta riporta alcuni passaggi di Cass. 25 ottobre 1993, n. 10563, in *MGL*, 1994, 95, con nota di C. CECHELLA, *La retroattività degli effetti della sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro*; in *DL*, 1994, II, 351, con nota di S. NAPPI, *Sulla decorrenza degli effetti delle sentenze costitutive di rapporti di lavoro*; in *RIDL*, 1993, II, 757, con nota di C. BONCI, *Ap-*

punti sulla pronuncia costitutiva del rapporto di lavoro ex art. 2932 c.c. in caso di inadempimento del contratto preliminare; in RGL, 1994, II, 1033, con nota di F. PETRACCI, Rapporto di lavoro: effetti "retroattivi" della sentenza costitutiva), laddove ricorda che la giurisprudenza formatasi sull'art. 2932 c.c. ha solitamente riferimento ad ipotesi di inadempimento di contratti preliminari aventi ad oggetto il trasferimento, la modificazione o la costituzione di diritti reali, con i connessi problemi legati alla trascrizione dei contratti medesimi. Nella materia del lavoro invece sarebbe possibile «distinguere tra "fattispecie in cui l'intervento giurisdizionale sarà di contenuto uguale alla situazione sostanziale preesistente al processo, e già prefigurata dalla norma sostanziale, e ipotesi in cui la sentenza è creativa di uno status giuridico dapprima inesistente e che è solo in suo potere produrre [...]. Nella prima ipotesi è alla disciplina sostanziale della fattispecie che occorre fare, per intero, riferimento [...], tenendo conto che, essendo il regolamento dei reciproci interessi (datore di lavoro/lavoratore) già predeterminato legalmente, esso è meritevole della sua integrale realizzazione, ovvero di un componimento che realizzi totalmente e originariamente, respinta ogni prevaricante eccezione, la previsione legale a suo tempo rifiutata senza giustificazione plausibile da chi ne era obbligato».

Se questa impostazione è corretta (a favore della retroattività degli effetti della sentenza che costituisce coattivamente il rapporto di lavoro si è pronunciata, oltre alla sopra citata Cass. n. 10563/1993, Pret. Pomigliano d'Arco 10 maggio 1989, in *RIDL*, 1990, II, 497, con nota di R. SATURNO, *Sull'efficacia della sentenza costitutiva del rapporto di lavoro*; in dottrina, aderiscono a tale orientamento, fra gli altri, C. CECHELLA, *La retroattività degli effetti della sentenza di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro*, cit., 94, che sposa la teoria della natura declaratoria delle sentenze costitutive c.d. non necessarie, in quanto alternative ad una fattispecie che già sul piano sostanziale avrebbe potuto produrre l'effetto giuridico richiesto dal ricorrente, categoria cui sicuramente appartiene la sentenza ex art. 2932 c.c.; S. NAPPI, *Sulla decorrenza degli effetti delle sentenze costitutive di rapporti di lavoro*, cit., 354) ed il giudice può dunque far retroagire gli effetti della sua decisione sino al momento in cui il datore si è indebitamente sottratto all'obbligo di assunzione (il quale coincide con quello del respingimento del lavoratore avviato dagli uffici e presentatosi in azienda), non resta spazio alcuno per un ulteriore risarcimento del danno, almeno per quei pregiudizi che siano conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento datoriale. Al prestatore spettano invero "da subito" retribuzioni e contributi previdenziali, con un risultato per lui "quasi" del tutto soddisfacente, anche se danni diversi potrebbero comunque configurarsi per il periodo durante il quale il disabile non ha potuto integrarsi socialmente ed esprimere la sua professionalità lavorando effettivamente.

5. Può conclusivamente segnalarsi che, come già suggerito dalla dottrina (F. BUFFA, *La tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro*, cit., e, ancora prima, ID., *La disciplina lavorativa e previdenziale per i*

diversamente abili, cit., 141 ss.) un diverso percorso per arrivare ugualmente ad una sentenza costitutiva del rapporto con l'invalido illegittimamente respinto potrebbe forse essere individuato nel procedimento per la repressione delle discriminazioni, regolato dal d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, in modo polivalente (nel senso che le discriminazioni che vengono in considerazione in questo testo normativo sono quelle legate a diversi fattori, quali la religione, le convinzioni personali, l'età, l'orientamento sessuale e, appunto, l'*handicap*, concetto cui si può ricondurre la disabilità di cui alla l. n. 68/1999), ed impieghabile quindi anche nel caso di inique disparità di trattamento perpetrate a danno di disabili. Non è invece utilizzabile in ipotesi del tipo di quella qui in considerazione l'apparato di cui alla l. 1 marzo 2006, n. 67, sulla repressione delle discriminazioni legate alla disabilità, in quanto per le disparità di trattamento che si verificano nell'ambito di una relazione di lavoro "prevale" la disciplina di cui al d.lgs. n. 216/2003 (in argomento, cfr. C. ROMEO, *La tutela del lavoratore disabile discriminato*, in *LG*, 2008, 12 ss.). In questo testo normativo si contempla infatti la possibilità che il giudice, con il provvedimento con il quale accerta l'avvenuta discriminazione a danno del soggetto "diverso" (nel nostro caso "diversamente abile"), condanni il responsabile, oltre che al risarcimento dei danni, anche non patrimoniali, subiti dal ricorrente, a cessare il comportamento discriminatorio e a rimuoverne gli effetti. A ciò si aggiunga che il rinvio che il d.lgs. n. 216/2003 compie all'art. 44, commi da 1 a 6, 8 e 11, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (c.d. TU sull'immigrazione) quanto alla tutela giurisdizionale avverso gli atti ed i comportamenti discriminatori, consente di ritenere compreso fra i poteri del giudice anche quello di «adottare ogni altro provvedimento idoneo», appunto, a rimuovere gli effetti della discriminazione. E non vi è dubbio che il provvedimento più idoneo di tutti è quello che porta alla costituzione coattiva del rapporto.

Il discorso sin qui condotto presuppone ovviamente la possibilità di qualificare come discriminazione la mancata assunzione del disabile avviato nel sistema del collocamento obbligatorio, operazione questa per la verità non scontata, ma certo non aprioristicamente esclusa dalle ampie definizioni di discriminazione diretta ed indiretta contenute nell'art. 2 del d.lgs. n. 216/2003, le quali si caratterizzano, in particolare, per l'importante dato dell'irrelevanza della intenzionalità della condotta. Resterà quindi da verificare, ma ciò non potrà che essere compiuto caso per caso, se veramente il diniego di stipulazione del contratto realizzi, a danno del soggetto con ridotta capacità lavorativa, quel trattamento meno favorevole di quello che, in un'altra situazione analoga, sarebbe stato riservato ad altro lavoratore, secondo quanto richiesto dall'art. 2, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 216/2003. A tale proposito la principale difficoltà che l'interprete si troverà probabilmente a fronteggiare è quella connessa alla circostanza della sopravvenuta inutilizzabilità o concreta inutilizzazione (se non in via residuale) dei meccanismi del tradizionale collocamento ordina-

rio, che bene si sarebbero prestati a quel confronto (sia pure teorico) che la richiamata definizione di discriminazione diretta presuppone.

Elena Pasqualetto
Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università di Padova

5. Lavoro in cooperativa

5.1. Trib. Torino 14 ottobre 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 3).

Lavoro in cooperativa - Soci lavoratori di cooperative - Minimi salariali - Retribuzione proporzionata e sufficiente - Determinazione - Pluralità di contratti collettivi - Contratto collettivo applicabile.

I soci lavoratori delle cooperative rientrano in pieno nell'applicazione dell'art. 36 Cost. Vista la pluralità dei contratti collettivi oggi in vigore, il giudice non può acriticamente accettare ogni indicazione contenuta in tali contratti come rispettosa dei canoni dell'art. 36 Cost., ma deve procedere ad un raffronto tra gli stessi per valutare se vi sia una lesione dell'intangibile diritto del lavoratore a percepire una retribuzione proporzionata al lavoro svolto, come è espressamente previsto dal citato art. 36 Cost. ma anche, con riferimento al caso di specie, dall'art. 3, l. n. 142/2001, e dall'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007, convertito dalla l. n. 31/2008. Tale norma ha valore ricognitivo, poiché attribuisce un preciso significato proprio all'art. 3, l. n. 142/2001, individuando un criterio per la scelta dei contratti collettivi che forniscono più garanzie di ottenere una retribuzione proporzionata.

Retribuzione proporzionata e sufficiente e contratto collettivo: un primo arresto giurisprudenziale sui c.d. contratti pirata

Sommario: 1. Inquadramento dei problemi. – *2.* La sufficienza della retribuzione e la funzione tariffaria della contrattazione collettiva. – *3.* La retribuzione del socio lavoratore: il quadro legale. – *4.* La soluzione del Tribunale di Torino. – *5.* I nodi irrisolti e i dubbi di costituzionalità.

1. La sentenza che si commenta prende le mosse dalle rivendicazioni di un lavoratore alle differenze retributive tra il compenso percepito sulla base del contratto collettivo applicato (stipulato da UNCI-CNAI) e quello cui avrebbe avuto diritto se gli fosse stato applicato il contratto collettivo stipulato dalle centrali cooperative. Il giudice, accertato che tra i due contratti collettivi astrattamente applicabili esiste uno scostamento dei livelli retributivi, pari a circa il 35%, ha dichiarato illegittimo il compenso percepito dal lavoratore per violazione dell'art. 36 Cost., condannando il datore al pagamento delle differenze retributive.

In sintesi, il Tribunale di Torino ha ritenuto che il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente, di cui all'art. 36 Cost., consente al giudice un vaglio di legittimità delle norme contrattuali (non solo individuali ma anche) collettive al fine di verificare il rispetto di tali criteri da parte dei minimi tariffari fissati in sede collettiva.

Il caso si ascrive al fenomeno «marginale, ma altamente inquinante» (A. MARESCA, *Accordi collettivi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, I, 29) icasticamente denominato dei c.d. “contratti pirata”, ossia di quei contratti collettivi che, in un settore merceologico già coperto da un contratto collettivo, offrono ai lavoratori un trattamento economico notevolmente inferiore a quello offerto da altri contratti collettivi. La questione è stata in passato indagata non solo in relazione ai problemi di frammentazione delle relazioni sindacali che tali fenomeni pongono, ma soprattutto in ordine ai fenomeni di *dumping* contrattuale che tali prassi favoriscono. E la sentenza che si annota è una delle primissime, a quanto consta, che argomenta (anche) sulla base della norma di “interpretazione autentica” di cui all'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007.

Per comprendere tale questione, è allora necessario dedicare alcuni brevi cenni ai rapporti tra l'art. 36 Cost. e la funzione tariffaria assoluta dai contratti collettivi; in seguito, alle norme che disciplinano la retribuzione del socio lavoratore.

2. Come noto, l'art. 36 Cost. garantisce al lavoratore un diritto considerato di immediata efficacia precettiva e che, nel combinato disposto con l'art. 2099, comma 2, c.c., attribuisce al giudice il potere di dichiarare parzialmente nullo il contratto che non si allinei agli *standard* retributivi di proporzionalità e sufficienza e di correggere ed integrare la volontà contrattuale (T. TREU, *Onerosità e corrispettività nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1968, 165 ss.). Nel condurre tale operazione, anche con riferimento alle parti che non aderiscano a nessun contratto collettivo, la giurisprudenza ha avuto riguardo ai minimi salariali individuati dai contratti collettivi, estendendone di fatto l'efficacia soggettiva, seppure indirettamente, quantomeno per la parte retributiva.

In particolare, la questione più frequentemente affrontata dalla giurisprudenza è stata quella della legittimità di accordi individuali che prevedano la correzione di una retribuzione che si scosti – in diminuzione – rispetto ai minimi tabellari previsti dal contratto collettivo di categoria (che le parti non applicano).

Un primo orientamento, in considerazione della situazione economica gravemente compromessa dell'Italia del dopoguerra, in particolare nelle regioni del sud, tendeva a valorizzare la libertà contrattuale, con il risultato di svilire del tutto le tabelle retributive fissate dalla contrattazione collettiva (Trib. Foggia n. 228/1953 e n. 56/1954, entrambe citate da M.L. DE CRISTOFARO, *La giusta retribuzione*, Il Mulino, Bologna 1971, unitamente ad una nutrita rassegna di giurisprudenza; peraltro, si segnala che qualche isolata decisione di merito ha

continuato nel corso degli anni a riproporre questa linea interpretativa: Pret. Vallo della Lucania 16 ottobre 1987, in *LPO*, 1988, 863).

Una seconda impostazione, diffusasi a partire dagli anni Cinquanta (App. L'Aquila 28 novembre 1950, in *DL*, 1951, II, 447, con nota di M. SCORZA; cfr. anche Cass. 12 maggio 1951, in *FI*, 1951, 691; Cass. 21 febbraio 1952, in *FI*, 1952, 718), ed ormai definitivamente consolidatasi, ha dato vita, sulla base del combinato disposto degli artt. 36, comma 1, Cost. e 2099, comma 2, c.c., a quella giurisprudenza creatrice di cui si è detto, poi affermatasi nel tempo. In particolare, riconosciuta la immediata precettività dell'art. 36 Cost., il giudice si è sentito abilitato ad integrare le retribuzioni valutate non «sufficienti a soddisfare i bisogni del lavoratore e della sua famiglia» secondo il *quantum* indicato nei contratti collettivi, assunti come indice assoluto di una retribuzione proporzionata e sufficiente.

Più recentemente, la giurisprudenza maggioritaria, avallata dalla costante interpretazione della Cassazione, è assestata su una posizione più realistica, intermedia fra le due posizioni sopra richiamate: in realtà non esisterebbe un obbligo di conformarsi alle retribuzioni previste dai contratti collettivi, i quali hanno solo valore presuntivo privilegiato del “costo” della prestazione lavorativa. Il giudice «non ha alcun obbligo di assumere a parametro i minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva»; piuttosto, il riferimento ai contratti collettivi è consentito «solo come parametro di valutazione, e quindi senza che ciò implichi la pedissequa applicazione della disciplina economica propria del contratto di riferimento [...] trattandosi di individuare elementi di confronto e di guida» (Cass. 9 aprile 1996, n. 7383, in *RIDL*, 1997, II, 481, con nota di G. MAMMONE, *La Corte di Cassazione, la retribuzione proporzionata e sufficiente e i livelli salariali di zona*).

La giurisprudenza resta comunque – forse per il timore di essere accusata di riproporre le gabbie salariali – particolarmente sensibile al divieto di scostamenti «giustificati col richiamo alle condizioni del mercato del lavoro relative al luogo in cui la prestazione viene effettuata» (Cass. 26 marzo 1998, n. 3218, in *FI*, 1998, I, 3227; Cass. 28 agosto 2004, n. 17250, in *D&L*, 2005, 208), divieto da cui discenderebbe «l'illegittimità di riduzioni motivate da elementi di natura [meramente, n.d.a.] ambientale o territoriale». Ciò non impedisce comunque che il giudice abbia pur sempre la «facoltà di discostarsi [dai minimi tabellari, n.d.a.] anche in senso peggiorativo (dovendo in tal caso fornire congrua motivazione)» (Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903, in *RGL*, 1994, II, 408, con nota di C. DE MARCHIS, *Retribuzione sufficiente, zone depresse e il chiaro «no» della Cassazione*); e la motivazione potrebbe ad esempio riferirsi alla considerazione del costo della vita in una determinata zona, sempre che il giudice «utilizzi dati statistici ufficiali per valutare il potere di acquisto della moneta» (Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, in *RIDL*, 2002, II, 299, con nota di F. STOLFA, *La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supplenza giurisprudenziale*).

Più rare sono le sentenze che si occupano del caso in cui, in presenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili al rapporto, una delle parti rivendichi giudizialmente l'applicazione di quello più vantaggioso. Tale vicenda assume contorni preoccupanti quando il contratto meno vantaggioso sia stato stipulato da associazioni scarsamente rappresentative, magari con l'intento di creare effetti distorsivi della concorrenza (si veda A. LASSANDARI, *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in *LD*, 1997, 261; si vedano anche le acute osservazioni di G. PERA, *Note sui contratti collettivi "pirata"*, in *RIDL*, 1997, I 381); è evidente che tali pratiche danno vita a comportamenti opportunistici di *dumping* contrattuale, di cui pagano il prezzo i lavoratori (A. LASSANDARI, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *RGL*, 2005, I, 296).

La giurisprudenza ha affrontato tali casi non tanto sollecitata da rivendicazioni retributive dei lavoratori, quanto più frequentemente dalle pretese degli enti previdenziali, che assumono come minimale contributivo quello fissato dai contratti collettivi «stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale».

Il riferimento è, ovviamente, all'art. 1, comma 1, del d.l. n. 338/1989, convertito nella l. n. 389/1989, norma di portata generale (Cass. 28 ottobre 2008, n. 25882, e Cass. 13 febbraio 2004, n. 2843) ed efficacia particolarmente robusta, stanti gli interessi che è diretta a tutelare (Cass., sez. un., 29 luglio 2002, n. 11199; Cass. 13 ottobre 2009, n. 21700; Cass. 2 ottobre 2009, n. 21105).

Sempre con riguardo a tale norme, si ricorda che la giurisprudenza ne ha escluso la illegittimità costituzionale, in considerazione del rango pubblicistico degli interessi protetti (Cass. 8 febbraio 2006, n. 2758, che si riferisce alla idoneità di tale norma «a realizzare le finalità del sistema previdenziale ed anche a garantire una sostanziale parità dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema stesso»).

3. Il quadro così sinteticamente descritto si arricchisce ulteriormente quando oggetto della controversia è la retribuzione dei soci di cooperative.

In effetti, il legislatore del 2001, con l'art. 3 della l. n. 142, ha espressamente stabilito che le cooperative sono tenute al rispetto del principio della proporzionalità della retribuzione (ma non a quello della sufficienza) e comunque ad assicurare un trattamento economico «non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo».

La norma, tuttavia, si astiene dall'indicare quale contratto, in caso di pluralità di essi, debba essere preferito; ciò ha dato vita alla proliferazione di contratti stipulati da organizzazioni sindacali i cui livelli retributivi, in una distorta logica concorrenziale, tendevano al ribasso. Per tale ragione, il legislatore è intervenuto ponendo un "filtro" idoneo a selezionare i contratti abilitati a costituire idoneo parametro di riferimento.

L'art. 7, comma 4, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, in l. 28 febbraio 2008, n. 31, ha pertanto specificato il contenuto della l. n. 142/2001, stabilendo che «in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria», le società cooperative debbono applicare ai propri dipendenti «i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

La *ratio* dell'intervento legislativo risiede su esigenze di giustizia sociale e sull'intento di arginare il fenomeno della concorrenza (sleale) fondata sull'abbattimento del costo del lavoro. La norma, dunque, impone una selezione che, prima ancora che appuntarsi sulla misura delle retribuzioni corrisposte, valga anzitutto ad individuare nel caso concreto il c.d. contratto *leader*, cui poi si potranno accompagnare le eventuali valutazioni sulla congruenza del contratto concorrente agli *standard* retributivi di quello.

4. Su tale norma – come detto – la giurisprudenza non ha ancora avuto modo di confrontarsi: l'unico precedente di cui si ha notizia è costituito da Trib. Milano 21 dicembre 2009 (in *D&L*, 2010, 529, con nota di G. PAGANUZZI, *Lo shopping del contratto collettivo: un ritorno all'art. 2070 c.c.?*), occasione nella quale il giudice ha travolto la decisione delle parti (individuali) di applicare un contratto collettivo che prevedeva un notevole scostamento retributivo in diminuzione rispetto agli altri contratti collettivi, argomentando proprio sulla base dell'art. 7 citato. E, come è stato notato, tale iniziale giurisprudenza mostra che «non può più essere ritenuto sufficiente [...] che la semplice scelta di una disciplina collettiva [...] garantisca di per sé la sufficienza della retribuzione» (G. PAGANUZZI, *op. cit.*). Si incrinerebbe dunque uno dei “postulati” dell'ordinamento italiano, ossia la “delega” in favore delle parti sociali delle funzioni tariffarie, delega della quale il giudice avrebbe ora il compito di verificare il corretto esercizio.

Ma, a ben vedere, la giurisprudenza in passato mai si era spogliata di tale compito di verifica né l'articolo 7 del d.l. n. 248 – il quale come afferma il Tribunale piemontese ha valore meramente “ricognitivo” – lo esimerà in futuro; il giudice resta sempre titolare di verificare la congruità dei livelli retributivi ai criteri di sufficienza e proporzionalità di cui all'art. 36 Cost., con un potere il cui esercizio ora risulta casomai solo agevolato. Sarebbe illusorio pensare che il giudice debba limitarsi solo ad accertare quale sia il contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, e che tale accertamento assorba ogni ulteriore verifica sui minimali retributivi.

In altri termini, ed esprimendosi un po' grossolanamente, forse di tale norma non si sentiva nessuna esigenza; essa nasce dall'ansia del legislatore – a ciò in verità sollecitato dalle centrali cooperative – di voler disciplinare ogni aspetto del rapporto di lavoro, nella erronea convinzione che aumentando il tasso di normazione possa proporzionalmente aumentare il grado di tutela del lavoro.

In tal senso, si può senza dubbio apprezzare la decisione che si annota, perché conduce anzitutto una analisi di fatto – sul settore merceologico di operatività

del datore di lavoro e sulle differenze di paga oraria tra il contratto “denunciato” e quello di cui parte ricorrente invocava invece l’applicazione – che viene letta direttamente alla luce del precetto costituzionale, collocando solo sullo sfondo l’argomentazione giuridica basata sulla norma interpretativa di cui all’art. 7.

5. Ancora l’art. 7 del d.l. n. 248/2007 suscita diversi interrogativi sulla sua conformità alle norme costituzionali.

In effetti, le analoghe norme sul minimale retributivo a fini contributivi si sono sottratte al giudizio di costituzionalità perché l’interesse perseguito, in tali casi, è non già quello di determinare dei minimi retributivi, ma di garantire la tenuta del sistema previdenziale, che sicuramente si informa a principi e regole pubblicistiche, e la sua sostanziale equità, anche avuto riguardo alla misura degli obblighi dei soggetti implicati. Esistono dunque interessi costituzionali che giustificano la (sia pur minima) compressione dell’art. 39 Cost.

L’art. 7, comma 4, invece, non è espressione di interessi costituzionalmente protetti, oltre a quello, pure lodevole, di dare integrale attuazione all’art. 36 Cost. Ad esso non può offrire “copertura costituzionale” il richiamo alla specifica tutela offerta dal legislatore costituente con l’art. 45 Cost., che riguarda la cooperazione nella sua globalità quale fenomeno economico e sociale, e non il lavoro all’interno di esso.

La norma, da una parte, incide «autoritativamente sul dinamismo, anche conflittuale, della concorrenza intersindacale» (G. CANAVESI, *Rapporto sociale, rapporto mutualistico e prestazione lavorativa del socio lavoratore di cooperativa*, in M. PERSIANI (a cura di), *I nuovi contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2010, 847), in tal modo mortificando il principio fondante del sistema sindacale, ossia la libertà sindacale, di cui all’art. 39, comma 1, Cost.

D’altra parte, essa realizza una indebita estensione dell’efficacia collettiva dei contratti collettivi (sia pure limitatamente alla sola parte economica) stipulati da alcune sigle sindacali; e, come noto, ogni sistema che realizzi un tale effetto con un meccanismo diverso da quello figurato dall’art. 39, commi 2-4, Cost. è illegittimo.

L’estensore della sentenza che qui si annota ha escluso la contrarietà a Costituzione della norma dandone un’interpretazione, per così dire, restrittiva, ossia intendendo che l’art. 7 offre un «criterio» cui il giudice si debba attenere per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente: in realtà, sembra a chi scrive che la norma non lasci adito a dubbi sulla sua precettività (e dunque sulla contrarietà all’art. 39 Cost.).

Peraltro, tali dubbi sono stati recentissimamente confermati dalla ordinanza del 14 aprile 2011, con la quale il Tribunale di Lucca – innanzi il quale pendeva una controversia nella quale una delle parti invocava l’applicazione dell’art. 7, comma 4, della d.l. n. 248/2007 – ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma per contrarietà all’art. 39 Cost.

Dunque, e in conclusione, la norma – oltre ad essere inutile, perché, come detto, poco aggiunge alla giurisprudenza consolidata sulla sufficienza e sulla proporzionalità della retribuzione – è di dubbia legittimità costituzionale.

Vincenzo Putignano
Avvocato del Foro di Bergamo

6. Licenziamento individuale

6.1. Cass. 28 marzo 2011, n. 7046 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 16).

Licenziamento individuale - Giustificato motivo oggettivo - Riduzione di personale - Criteri di scelta - Buona fede e correttezza.

Quando il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede e, quindi, l'individuazione deve avvenire sulla base di un criterio improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati, potendo, a tal fine, farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che l'art. 5 della legge n. 223/1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi e, in particolare, ai criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (non assumendo, invece, rilievo le esigenze tecnico-produttive ed organizzative data la indicata situazione di totale fungibilità tra i dipendenti).

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento quale dovere di trasparenza

Sommario: **1.** La rilevanza dei “singoli passaggi logici” della scelta del lavoratore da licenziare. – **2.** Il dovere di trasparenza che accomuna le diverse fattispecie di “licenziamento non disposto in ragione di un fatto imputabile al lavoratore”. – **3.** La scelta del lavoratore da licenziare quale parte integrante della “fattispecie legale di giustificazione”. – **4.** Le ragioni dell'applicazione dei criteri sociali di scelta anche in caso di licenziamento individuale per riduzione di personale. – **5. Segue:** la funzione dei criteri sociali di scelta. – **6. Segue:** la “parità di condizioni obiettive” come condizione dell'applicazione dei criteri sociali di scelta. – **7.** L'art. 30, comma 1, della l. n. 183/2010.

1. Anche con la sentenza n. 7046 del 28 marzo 2011, la Suprema Corte ha ribadito che quando il giustificato motivo oggettivo di licenziamento «consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede» e, quindi, quella

individuazione deve avvenire «sulla base di un criterio improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati», potendo, a tal fine, «farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi», ed in particolare ai «criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (non assumendo, invece, rilievo le esigenze tecnico-produttive e organizzative data la indicata situazione di totale fungibilità tra i dipendenti)».

L'insegnamento così ribadito dalla Suprema Corte reca con sé implicazioni profonde, che non si limitano alla conferma del disconoscimento di differenze sostanziali o addirittura ontologiche fra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali giustificati dall'esigenza di riduzione del personale (cfr. già R. DEL PUNTA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e nella cassa integrazione guadagni*, in *DLRI*, 1983, 775 ss., spec. 785; cfr. anche M. D'ANTONA, *Commento all'art. 5*, in M. PERSIANI (a cura di), *Commentario alla l. 23 luglio 1991 n. 223*, in *NLCC*, 1994, 922 ss., spec. 924 ss. ed ivi riferimenti; nonché M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVI, Cedam, Padova, 2005, 35 e 155; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *op. cit.*, XL, 5 ss., 134 ss., 213 ss.).

Ed infatti, sembra possibile affermare che quell'insegnamento abbia al suo fondo la convinzione che nella materia della riduzione del personale i limiti che il legislatore ha posto ai poteri giuridici del datore di lavoro, al fine di contemperare il suo interesse all'efficienza della organizzazione produttiva con gli interessi dei lavoratori (M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, n. 1, 1 ss., ora anche in M. PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 9 ss., 36 ss.), sono limiti che attengono, più che al merito delle scelte economiche ed organizzative, alla diversa questione della «individuazione dei singoli rispetto ai quali è obiettivamente più giustificato il licenziamento» (G. PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, in *RDL*, 1968, I, 221, ora anche in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, 193 ss., qui 208); quindi alla questione della «scelta dei dipendenti su cui devono prodursi gli effetti delle decisioni organizzative dell'imprenditore» (cfr. C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, 231 ss.).

Ciò nel presupposto, dunque, che quanto più si afferma l'irrelevanza, sul piano giuridico, del merito delle decisioni organizzative datoriali che costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica privata (Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, in *MGL*, 1996, 88), tanto più ne deriva, nel bilanciamento previsto dall'art. 41, comma 2, Cost., la rilevanza giuridica dell'interesse a conoscere i «singoli passaggi logici» (G. PERA, *op. cit.*, 207) che valgono a spiegare la «scelta del singolo lavoratore licenziato: il fatto che costui, piuttosto che

altri, venga licenziato» (Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *NGL*, 2002, 352; e già Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in *DL*, 1993, II, 286, spec. 288 ss.).

2. L'insegnamento ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 7046/2011, infatti, finisce per costruire in termini unitari le fattispecie del licenziamento collettivo e del licenziamento individuale oggettivamente giustificato dall'esigenza di riduzione del personale, quali fattispecie caratterizzate dal medesimo *dovere di trasparenza* sulla ragione della identificazione di ogni lavoratore licenziato, trattandosi, in entrambi i casi, di un «licenziamento non disposto in ragione di un fatto imputabile al lavoratore» (G. PERA, *op. cit.*, 195); quindi, in entrambi i casi, in funzione di un'analoga esigenza di rispetto del «diritto del lavoratore ad un equo procedimento di selezione» (M. D'ANTONA, *op. cit.*, 925).

Dal punto di vista di quel dovere, infatti, l'insegnamento dei giudici di legittimità finisce per distinguere le due fattispecie soltanto nel senso che mentre nel licenziamento collettivo, anche a ragione della «gravità degli effetti sociali dell'operazione che l'imprenditore prevede di realizzare» (M. D'ANTONA, *op. cit.*, 925; si veda anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 41), quest'ultimo è obbligato dalla legge ad esternare già nel corso della procedura e, quindi, *ex ante*, in maniera compiuta ed esaustiva, i diversi passaggi logici che conducono ad identificare i lavoratori da licenziare, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'onere di spiegare in maniera compiuta quei passaggi sorge soltanto *ex post*, nel corso dell'eventuale giudizio di impugnazione (salva, comunque, un'esigenza di trasparenza già nel farsi della decisione datoriale: cfr. E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 75 ss.).

Quella differenza non esclude, però, e sembra questo il senso profondo dell'insegnamento della Suprema Corte, che anche nel licenziamento individuale per riduzione di personale il dovere di trasparenza imponga al datore di lavoro di essere in grado di dare conto nel giudizio di impugnazione non soltanto, «a ritroso» (E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 51), delle esigenze che lo hanno condotto, sulla base di valutazioni rimesse alla sua libertà di iniziativa economica (M. PERSIANI, G. PROIA, *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2008, 309), alla decisione di esercitare il suo potere di recesso, ma anche dei diversi passaggi logici che, partendo da quella decisione, lo hanno in concreto condotto, quasi come «a coronamento di una serie causale concatenata» (cfr. ancora G. PERA, *op. cit.*, 198 ss. e 207 ss.), alla *scelta* del lavoratore da licenziare, in modo che il giudice possa «essere reso edotto delle complessive valutazioni del datore di lavoro», del «complessivo ragionamento del datore di lavoro, preparatorio alla decisione», e la identificazione del lavoratore da licenziare appaia anch'essa «la coerente conclusione di un ragionamento» (E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 26 ss., 38, 82, 87 ss.).

In tal modo si spiega, infatti, l'affermazione dei giudici di legittimità secondo la quale nel giudizio di impugnazione del licenziamento individuale per riduzione di personale spetta al datore di lavoro, anche in caso di mancata contestazione da parte del lavoratore, l'onere di allegare e provare che la scelta del

lavoratore da licenziare fra quelli «occupati in posizione di piena fungibilità» è in concreto avvenuta «secondo criteri di correttezza e buona fede», perché «anche le ragioni della scelta del singolo lavoratore licenziato» devono ritenersi comprese nel presupposto di legittimità del licenziamento che ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604/1966 è onere del datore di lavoro dimostrare (Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *DL*, 2002, II, 23 ss.; in senso conforme Cass. 11 giugno 2004, n. 11124, in *RGL*, 2005, II, 273 ss.; e si veda già A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, in *DL*, 1993, II, 291 ss., spec. 292).

In tale prospettiva, l'esigenza di rendere trasparente e verificabile la scelta del singolo lavoratore licenziato non sarebbe, dunque, diretta soltanto a "bilanciare" i margini di insindacabilità nel merito delle decisioni organizzative datoriali che ne sono alla base (cfr. Cass. 14 novembre 1998, n. 11480, in *FI*, 1999, I, 476 ss., spec. 484; Cass. 2 ottobre 1999, n. 10961, in *OGI*, 1999, I, 1055 ss., spec. 1059 ss.), ma anche a "riequilibrare", sul piano della ripartizione dell'onere probatorio, la posizione di svantaggio del lavoratore in ordine alla conoscenza di quelle decisioni (cfr. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 158).

3. Sembra allora anche possibile affermare che al fondo dell'insegnamento ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 7046/2011 vi sia la condivisione, da parte dei giudici di legittimità, dell'opinione secondo la quale la scelta di *chi* licenziare costituisca in ogni caso, anche nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, elemento della «fattispecie legale di giustificazione», quale «parte integrante del nesso di causalità che lega il fatto giustificativo addotto al singolo recesso» (cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 785 ss., nota 41, e 793 ss.; cfr. anche F.M. MANTOVANI, *Licenziamenti plurindividuali: scelta tra più lavoratori e regole di buona fede e correttezza*, in *DL*, 2002, II, 26 ss., spec. 32).

Accogliendo questa prospettiva, infatti, il dovere di trasparenza in capo al datore di lavoro si porrebbe «come corollario della clausola generale contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966, dovendo essere giustificato non soltanto il licenziamento di *un* lavoratore svolgente un determinato tipo di mansioni, ma anche il fatto che tra più lavoratori fra loro fungibili in tale posizione la scelta cada su di uno piuttosto che su di un altro» (cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI, P. SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XLVII, Giuffrè, Milano, 2003, 447; e si veda già G. PERA, *op. cit.*, 206 ss.).

E l'applicazione dei criteri di scelta previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi anche in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo sarebbe allora soltanto una conseguenza del riconoscimento della rilevanza della identificazione del lavoratore da licenziare quale «principio comune alle due discipline» (M. D'ANTONA, *op. cit.*, 928).

4. Peraltro, sembra possibile affermare che la Suprema Corte, quando ha stabilito a carico del datore di lavoro quel dovere di trasparenza, abbia condiviso

le opinioni della dottrina sia nella considerazione del *Sein*, sia nella individuazione del *Sollen*.

Ed infatti, sembra innegabile che al fondo dell'insegnamento della Suprema Corte vi sia, anzitutto, la considerazione che anche in caso di licenziamento individuale giustificato oggettivamente dall'esigenza di riduzione del personale può determinarsi un conflitto *sociale* tra gli interessi dei lavoratori che possono subire le conseguenze negative del recesso, analogo a quello che caratterizza i licenziamenti collettivi, «in considerazione del pregiudizio diverso che la perdita del posto può causare all'uno rispetto all'altro, soprattutto a causa dell'età (l'anziano ha maggiori difficoltà nel reperimento della nuova occupazione e nella riqualificazione professionale che per questo si rende necessaria) e dei carichi di famiglia» (cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, 447; cfr. anche E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 214 ss.).

Allo stesso tempo, però, sembra possibile scorgere al fondo dell'insegnamento della Suprema Corte anche la convinzione che la «logica di contemporamento di interessi» propria del rapporto di lavoro subordinato «non comporta soltanto il non poter licenziare in assenza di plausibili motivazioni, bensì anche il dover licenziare, tra più dipendenti astrattamente suscettibili, quelli che in concreto avranno a risentire il minor danno dalla perdita del posto di lavoro» e che, quindi, sarebbe lo stesso art. 3 della l. n. 604/1966, letto «in chiave di attuazione della clausola costituzionale dell'utilità sociale», ad imporre «l'uso meno dannoso possibile, in senso sociale, del potere risolutivo», facendo cadere la scelta, «a parità di condizioni obiettive», e «per quanto possibile», sul lavoratore di «maggiore resistenza socio-economica» (così già R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 789 ss., 795, 810 e 829).

Dunque la convinzione che il dovere di trasparenza nella scelta del lavoratore licenziato costituisca, anche in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una conseguenza del più generale «dovere del datore di lavoro di rispettare criteri «sociali», ovvero sia di tener conto dello stato di bisogno dei prestatori, una volta soddisfatte le ragioni organizzative e produttive connesse alla decisione adottata» (C. ZOLI, *op. cit.*, 233; cfr. anche F.M. MANTOVANI, *op. cit.*, 31).

5. È in questa prospettiva, infatti, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha spinto l'analogia tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale per riduzione di personale fino al punto di imporre anche nella seconda fattispecie un dovere di trasparenza esteso alla considerazione da parte del datore di lavoro della *misura* del sacrificio che il licenziamento è destinato ad arrecare al lavoratore, secondo il parametro della solidarietà *ex art. 2 Cost.* espresso dal canone di correttezza e buona fede (cfr. E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 80 ss.).

E si comprende allora come la Suprema Corte abbia potuto considerare quale forma di *ratio scripta*, particolarmente idonea (ma non l'unica: cfr. E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 216) a guidare la formazione della volontà datoriale, i criteri di scelta relativi alla «anzianità» ed ai «carichi di famiglia», ora previsti per i

licenziamenti collettivi dall'art. 5 della l. n. 223/1991 (ma già previsti dall'accordo dell'8 agosto 1947, poi dalla clausola n. 2, lett. e, dell'accordo interconfederale del 20 dicembre 1950 per i licenziamenti per riduzione di personale dei lavoratori dipendenti dalle imprese industriali, recepito dal d.P.R. n. 1019/1960, poi ancora ribaditi dall'accordo interconfederale del 5 maggio 1965: cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 775 ss.; F. FOCARETA, *I criteri di scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *DLRI*, 1992, 319 ss.; P. ICHINO, *op. cit.*, 525 ss.; C. SUNNA, *I criteri di scelta*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, Utet, Torino, 2007, 503 ss.).

I criteri *sociali* di scelta, infatti, consentono di operare, sia pure su un piano generale ed astratto, una valutazione «di maggiore o minore resistenza socio-economica di ciascun lavoratore rispetto a tutti gli altri» (cfr. M. RICCI, *Merito del lavoro e licenziamenti collettivi*, in *DLRI*, 2007, 749 ss., qui 783 ss.), perché «tendono a far cadere la scelta sul lavoratore più forte sul mercato del lavoro» (cfr. Cass. 24 gennaio 2002, n. 809, in *FI*, 2002, I, 691 ss., spec. 693; cfr. anche P. ICHINO, *op. cit.*, 548 ss.) e, quindi, su quello che, sia pure in base ad una valutazione generale ed astratta, può ritenersi che avrà «a risentire il minor danno dalla perdita del posto di lavoro» (cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 789; M. RICCI, *op. cit.*, 787), così da tutelare maggiormente, nel conflitto di interessi tra i diversi lavoratori, gli interessi di quelli in concreto *più* bisognosi di protezione (R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 789 ss. e 806; P. ICHINO, *op. cit.*, 548), perché «in una situazione sociale peggiore di altri» (M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, 323 s. alla nota 170), «in modo che la riduzione di personale nel suo complesso abbia il minor costo sociale possibile» (F. FOCARETA, *op. cit.*, 335; C. SUNNA, *op. cit.*, 473 ss.).

La giurisprudenza della Suprema Corte giustifica dunque l'applicazione dei criteri sociali di scelta anche in caso di licenziamento individuale per riduzione di personale proprio con la considerazione che essi consentono anche in tale fattispecie «una maggior tutela del lavoratore socialmente più debole, rispetto al più avvantaggiato», «in attuazione degli artt. 2, 3, comma secondo, e 41, comma secondo, della Costituzione» (cfr. Cass. n. 11124/2004, cit., 276).

6. L'applicazione dei criteri sociali di scelta al licenziamento per giustificato motivo oggettivo è, però, temperata dall'affermazione della prevalenza, in ogni caso, ai fini della identificazione del lavoratore da licenziare, delle «esigenze obiettive dell'azienda» (G. PERA, *op. cit.*, 197), le quali in tal modo «restano prevalenti, ovvero agiscono in via logicamente prioritaria o anteriore» (C. ZOLI, *op. cit.*, 233, 235), evitando che l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro possa essere «tutelato oltre il limite, superato il quale verrebbero in giuoco o in questione quelle scelte rispetto alle quali vale la garanzia costituzionale di libertà» (G. PERA, *op. cit.*, 199).

Ed infatti, in caso di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la giurisprudenza ammette che il datore di lavoro adempia il suo dovere di trasparenza semplicemente dimostrando, sul piano delle esigenze organizzative, il c.d. nesso causale e, cioè, la ragione per la quale la scelta organizzativa che è alla base del recesso «renda non più utilizzabile la prestazione lavorativa e la professionalità proprio e precisamente del dipendente che si intende licenziare» (cfr. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 19 ss. e 89; e si veda già G. PERA, *op. cit.*, 199 e 206 ss.; cfr. anche Cass. 30 marzo 1994, n. 3128, in *RIDL*, 1995, II, 173; Cass. n. 2595/1993, cit.), perché tale dimostrazione «assorbe ogni altra possibile contestazione» (G. PERA, *op. cit.*, 207 ss.; si veda anche M. SALVAGNI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta*, in *RGL*, 2005, II, 276 ss., spec. 288).

Pertanto, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, soltanto «a parità di condizioni “obiettive” in riferimento a più soggetti» (R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 784, 789, 829) e, cioè, soltanto nell'ipotesi in cui la ragione economico-produttiva che è alla base della decisione pregiudiziale sul *se* licenziare non conduca *di per sé* alla identificazione anche di *chi* licenziare (R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 785; cfr. anche P. ICHINO, *op. cit.*, 447 ss.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., 20, 24) il dovere di trasparenza che grava sul datore di lavoro potrà estendersi fino al punto di imporgli di spiegare, in un eventuale giudizio, anche la ragione per la quale egli abbia preferito, ai fini della conservazione del posto di lavoro, «il lavoratore A anziché il lavoratore B, magari più anziano o con maggiori oneri di famiglia» (M. D'ANTONA, *op. cit.*, 928; e si veda anche F.M. MANTOVANI, *op. cit.*, 31).

Soltanto in tale ipotesi, infatti, di «piena» e «totale fungibilità tra dipendenti potenzialmente licenziabili» (Cass. n. 14663/2001, cit., 25; cfr. anche Trib. Milano 8 luglio 2010, in *D&L*, 2010, 867), ai fini della individuazione del lavoratore da licenziare «non soccorre più il normale criterio costituito dalla “posizione lavorativa” da sopprimere in quanto non più necessaria» (Cass. n. 16144/2001, cit.), che in tal caso non può svolgere «una sufficiente funzione individualizzante» (Cass. n. 11124/2004, cit.), con la conseguenza che la scelta in concreto del lavoratore da licenziare «non è vincolata dalla causa ma dal rispetto del principio di correttezza», nel senso che «ad una catena causale *si affianca* un potere di scelta limitato dalle regole di correttezza» (Cass. n. 2595/1993, cit., 289 ss., corsivo mio; e si veda anche G. GRAMICCIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*, in *MGL*, 2002, 270 ss., che avverte come la situazione di piena fungibilità «debba essere verificata in concreto», tenendo anche conto «della specifica, personale professionalità del lavoratore, delle sue attitudini»).

Pertanto, soltanto nel caso di «indifferenza», sul piano delle «esigenze tecniche o produttive», della identificazione del lavoratore da licenziare, il datore di lavoro deve esercitare il suo potere di scelta in modo da rispettare l'ulteriore limite costituito «dalle regole di correttezza cui deve essere informato *ex art.* 1175 cod. civ. ogni comportamento delle parti del rapporto obbli-

gatorio, quindi anche il recesso di una di esse» (Cass. n. 2595/1993, cit., 289; e si veda anche Cass. 27 aprile 1992, n. 5010, in *NGL*, 1992, 607), con la conseguente, «naturale» possibilità di fare riferimento alle «regole di correttezza» esemplificate dai criteri sociali di scelta stabiliti per i licenziamenti collettivi, da considerare alla stregua di «criteri astrattamente rispondenti a canoni di correttezza e razionalità» (cfr. ancora Cass. n. 2595/1993, cit.; Cass. n. 5010/1992, cit.).

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, si pone anche la questione di verificare se la nuova disposizione contenuta nell'art. 30, comma 1, della l. n. 183/2010 impedisca, oppure no, di fare ancora applicazione dell'insegnamento ribadito dalla Suprema Corte con la sentenza n. 7046/2011.

Ed infatti, l'art. 30, comma 1, della l. n. 183/2010 stabilisce che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge [...] contengano clausole generali ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente».

Pertanto, quella questione si pone perché la nuova disposizione pare potersi annoverare tra le disposizioni dirette a disciplinare il corretto esercizio della funzione giurisdizionale (cfr. A. CARRATTA, M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Zanichelli, Bologna, 2011), in relazione all'applicazione delle norme «il cui oggetto è un'esigenza dell'organizzazione, assunta quale requisito che legittima un atto di autonomia dell'imprenditore», oltre che delle norme «il cui oggetto è invece la stessa struttura dell'organizzazione tramite la quale il datore di lavoro esercita la propria attività» (M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 145 ss., spec. 159 e 163 ss.).

Pertanto, sembra possibile affermare che il testuale riferimento alle «clausole generali» non impedisca di applicare la nuova disposizione anche nel giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel quale pure vengono poste in rilievo «valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro» (cfr. M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2011, n. 114, 7 ss.; G. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 3 ss., spec. 12 ss.; per la possibilità di un'interpretazione ampia del riferimento alle clausole generali cfr. anche M. TIRABOSCHI, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del*

giudice, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010*, n. 183, Giuffrè, Milano, 2011, 27 ss., spec. 29; M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del “collegato lavoro”*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2011, XIX ss., spec. XLVII; M. TREMOLADA, *op. cit.*, 161 ss.).

Sembra allora doversi affermare che la nuova disposizione, nel ribadire un modello di «accertamento» conforme ai «principi generali dell'ordinamento», fondato sulla esclusione del sindacato giudiziale del merito delle decisioni organizzative del datore di lavoro (cfr. M.T. CARINCI, *Clausole generali*, cit., 8 ss.; e si veda anche M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 32 ss.; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, XLVII), abbia con ciò stesso ribadito in capo a quest'ultimo quel dovere di trasparenza sui singoli passaggi logici della scelta del lavoratore da licenziare che, come detto, assume giuridica rilevanza proprio in conseguenza di quella esclusione.

Simone Pietro Emiliani
Dottore di ricerca – Università degli Studi di Macerata

7. Servizi ispettivi e attività di vigilanza

7.1. C. Cost. 5 novembre 2010, n. 310 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 40).

Tutela delle condizioni di lavoro - Sospensione attività imprenditoriale - Motivazione (obbligo di) - Esclusione - Illegittimità.

È costituzionalmente illegittimo – per violazione degli artt. 24, 97, comma 1, e 113 Cost. – l'art. 14, comma 1, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro (come sostituito dal d.lgs. n. 106/2009), nella parte in cui, stabilendo che ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale previsti dalla citata norma non si applicano le disposizioni di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, esclude l'applicazione ai medesimi provvedimenti dell'art. 3, comma 1, che impone l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo. L'obbligo di motivare i provvedimenti amministrativi, infatti, non soltanto è diretto a realizzare la conoscibilità, e quindi la trasparenza, dell'azione amministrativa, ma anche, nel contempo, da un lato, costituisce corollario dei principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, consente al destinatario del provvedimento, che ritenga lesa una propria situazione giuridica, di far valere la relativa tutela giurisdizionale.

La tormentata disciplina della sospensione dell'attività imprenditoriale al vaglio della Corte costituzionale

Sommario: **1.** Breve *excursus* normativo. – **2.** I presupposti del provvedimento di sospensione. – **3.** La natura del provvedimento. – **4.** Distinzione tra sanzioni ripristinatorie e sanzioni afflittivo-punitive. – **5.** Il tema della decisione della Consulta. – **6.** L'obbligo di motivazione.

1. La Corte costituzionale, con la sentenza di accoglimento in commento, è intervenuta sull'istituto della sospensione dell'attività imprenditoriale, la cui disciplina, a dispetto della sua giovane età, è stata già più volte ritoccata dal legislatore.

Pur non ritenendo necessario ripercorrere nel dettaglio le tappe delle modifiche normative intervenute sulla tellurica disciplina della sospensione della attività imprenditoriale – ora contenuta nell'art. 14 del TU in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, approvato con d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 – si ritiene utile, nondimeno, delineare, nelle sue linee essenziali, i tratti fisionomici dell'istituto, onde soffermarsi più propriamente sul *thema decidendum* della sentenza in commento: segnatamente, quello della legittimità costituzionale dell'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008, nella parte in cui dispone la non applicabilità delle disposizioni generali sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990; in particolare, nella parte in cui esclude la applicazione, ai provvedimenti di sospensione, dell'art. 3 della l. n. 241/1990, concernente l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi.

Introdotta in via sperimentale nel solo settore dell'edilizia dall'art. 36-*bis* del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), convertito, con modificazioni, dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, l'istituto della sospensione è stato successivamente esteso a tutti i settori di attività con l'art. 5 della legge delega n. 123/2007, contenente «misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia».

La disciplina della sospensione imprenditoriale è stata poi trasfusa nel d.lgs. n. 81/2008, a mente del quale «al fine di far cessare il pericolo per la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'articolo 92, comma 1, lettera e), gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione alla parte dell'attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro» (art. 14, comma 1).

2. Sono due, quindi, le principali fattispecie che possono dar luogo alla sospensione da parte degli organi di vigilanza del Ministero del lavoro: l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria (c.d. lavoratori in nero), in misura pari o superiore al 20% del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro; la sussistenza di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro.

Riguardo alla prima fattispecie è di facile evidenza come essa possa più facilmente realizzarsi con riferimento alle imprese con pochi dipendenti rispetto alle quali il 20% è un valore facilmente raggiungibile e un provvedimento di sospensione più verosimilmente è in grado di incidere sulla medesima capacità di sopravvivenza della impresa.

Di ciò ha preso atto il legislatore allorquando, con la l. n. 106/2009, dopo il comma 11, ha aggiunto, all'art. 14, il comma 11-*bis*: «il provvedimento di sospensione nelle ipotesi di lavoro irregolare non si applica nel caso in cui il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dall'impresa. In ogni caso di sospensione nelle ipotesi di lavoro irregolare gli effetti della sospensione possono essere fatti decorrere dalle ore dodici del giorno lavorativo successivo ovvero dalla cessazione dell'attività lavorativa in corso che non può essere interrotta, salvo che non si riscontrino situazioni di pericolo imminente o di grave rischio per la salute dei lavoratori o dei terzi».

Si è trattato, per il vero, della traduzione normativa di istruzioni già contenute nella direttiva che il ministro Sacconi il 18 settembre 2008 ha adottato in materia di *servizi ispettivi ed attività di vigilanza*; tale documento, in punto di sospensione dell'attività di impresa, contiene, infatti, l'espresso monito «sull'opportunità di adottare tale grave provvedimento, penalmente sanzionato in caso di inottemperanza con la pena dell'arresto fino a sei mesi, in maniera tale da non creare intollerabili discriminazioni, ma anche in modo da non punire esasperatamente le microimprese».

Tali indicazioni hanno rafforzato l'interpretazione, suggerita anche dal tenore letterale della norma («gli organi di vigilanza [...] possono adottare»), della natura discrezionale del provvedimento di sospensione (TAR Liguria, sez. II, 6 maggio 2011, n. 736, inedita a quanto consta; TAR Veneto, sez. III, 15 maggio 2008, n. 1391, in *FA TAR*, 2008, 1249; TAR Basilicata, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 83, inedita a quanto consta; *contra* TAR Lombardia, sez. III, 9 gennaio 2009, n. 2, in *FA TAR*, 2009, 17. Sul *quomodo* della discrezionalità del provvedimento di sospensione si vedano anche le circ. Min. lav. n. 33 del 10 novembre 2009, n. 30 del 12 novembre 2008, n. 24 del 14 novembre 2007, n. 29 del 28 settembre 2006, tutte in *www.lavoro.gov.it*).

3. La finalità ambivalente della sospensione, intesa come strumento di contrasto del lavoro irregolare e di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, se ha reso inequivocabile il nesso di interdipendenza che il legislatore ha posto tra i concetti di sicurezza sul lavoro e di regolarità del lavoro – nesso stigmatizzato nella rubrica dell'art. 14 «disposizioni per il contrasto del lavoro irregolare e

per la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori», ma pure confermato dalla *sedes materiae* selezionata per la disciplina dell'istituto (il d.lgs. n. 81/2008, appunto) – ha sollevato qualche dubbio in ordine alla qualificazione giuridica del provvedimento, oscillante tra natura sanzionatoria e natura cautelare.

Questione, quella ora evocata, la cui soluzione potrebbe non rispondere soltanto a esigenze di natura speculativa ma avere ricadute sul piano effettuale: così, in via esemplificativa, ritenere la sospensione un provvedimento avente natura sanzionatoria che resta, come tale, assoggettato alla disciplina generale in materia di sanzioni amministrative, contenuta nella l. n. 689/1981, comporterebbe il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario (artt. 22 ss., l. n. 689/1981). Diversamente, ritenere la sospensione un provvedimento amministrativo *tout court*, nella specie di natura cautelare, significherebbe, sul piano processuale, riconoscere la giurisdizione del giudice amministrativo.

4. La tematica, per il vero, con specifico riferimento all'istituto della sospensione, è stata risolta dalla giurisprudenza (TAR Veneto, sez. III, 15 novembre 2007, n. 3614, in *FA TAR*, 2007, 3416) richiamando la distinzione, operata dalla dottrina amministrativistica, tra sanzioni amministrative in senso stretto, cioè quelle in cui è prevalente, se non esclusiva, la funzione afflittivo-punitiva, e le sanzioni ripristinatorie che, invece, mirando a reintegrare l'interesse pubblico leso, colpiscono la *res* e solo indirettamente l'autore dell'illecito (C.E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, 1989, XLI, 351; P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 868; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 365; A. ANGELETTI, voce *Sanzioni amministrative*, in *NDI*, 1986, VI, 939 ss.).

Detta classificazione varrebbe a spiegare come solo per le sanzioni amministrative in senso stretto la disciplina applicabile è quella fissata dalla legge di depenalizzazione n. 681/1981, con devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria; mentre per le c.d. sanzioni ripristinatorie – nel caso di specie la sospensione dell'attività imprenditoriale – destinate «a realizzare il medesimo interesse pubblico al cui soddisfacimento è preordinata la funzione amministrativa assistita dalla misura medesima» (TAR Veneto n. 3614/2007, cit.), la posizione soggettiva di chi ne subisce gli effetti è di interesse legittimo, e come tale tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

La giurisprudenza ha, infatti, più volte ribadito che «il riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo nel settore delle sanzioni amministrative avviene distinguendo tra misure di tipo punitivo e misure di tipo ripristinatorio: nel primo caso, trattandosi di sanzioni che hanno carattere meramente afflittivo, ricollegate al verificarsi concreto della fattispecie legale, restando esclusa ogni discrezionalità in ordine alla loro irrogazione, se non quanto alla misura, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla contestazione del diritto soggettivo; nel secondo caso, poiché le misure ripristinatorie tendono a realizzare direttamente l'interesse pubblico leso dall'atto illecito, riconoscendosi

all'amministrazione la scelta della misura più idonea a realizzare tale interesse, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo» (di recente, TAR Trentino Alto Adige-Bolzano, sez. I, 10 gennaio 2011, n. 3, in *FA TAR*, 2011, 47. Cfr. per l'ulteriore distinzione tra sanzioni ripristinatorie *tout court* e sanzioni complesse, TAR Veneto, sez. II, 8 luglio 2002, n. 3351, in *FA TAR*, 2002, 2389).

Inoltre, la circostanza che il legislatore abbia individuato quale fondamentale presupposto per la revoca della sospensione – oltre il pagamento di una somma aggiuntiva – la regolarizzazione delle posizioni lavorative, ovvero la rimozione delle violazioni in materia di sicurezza, costituisce un altro indizio della prevalente funzione cautelare-ripristinativa della misura sospensiva, i cui effetti potranno cessare venute meno le condizioni che ne hanno generato l'adozione.

Ancora, la variazione semantica intervenuta in ordine alla somma che il destinatario del provvedimento di sospensione è tenuto a versare per ottenere la revoca, qualificata, nelle prime versioni, come "sanzione" e poi, nel testo dell'art. 14, d.lgs. n. 81/2008, come «somma aggiuntiva unica», corrobora l'interpretazione nel senso dell'esclusione della natura (esclusivamente) punitiva del provvedimento.

5. Venendo al tema più propriamente legato alla decisione in commento deve dirsi che nelle prime versioni della disciplina della sospensione dell'attività imprenditoriale (segnatamente, quella contenuta nell'art. 36-*bis* del d.l. n. 223/2006 e quella successiva contenuta nell'art. 5 della legge delega n. 123/2007) nessun cenno vi era all'applicabilità della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo. È solo nel testo successivo, confluito nel TU n. 81/2008, che compare la formulazione secondo cui «ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

A ben vedere, la precisazione normativa è stata frutto più di logiche contingenti che di ragioni di ordine dogmatico (F. ELEFANTE, *Il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale contra ius laboris dal TAR Veneto al recente Testo Unico in materia di sicurezza nei luoghi lavoro: quando la cura è peggiore della malattia*, in *FA TAR*, 2008, 932; D. PAPA, *Provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale: novità dal CDM*, in *WP Adapt*, 2009, n. 80, 28).

Per cogliere il senso di tale affermazione, infatti, deve farsi riferimento alle prime e discutibili sentenze che il giudice amministrativo ha pronunciato in materia di sospensione (TAR Veneto, sez. III, n. 3614/2007, cit.; TAR Veneto, sez. III, 30 novembre 2007, n. 3909, in *www.giustiziaamministrativa.it*; TAR Veneto, sez. III, n. 1391/2008, cit.) con le quali furono annullati provvedimenti di sospensione adottati dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, asserendo il mancato rispetto delle regole procedurali di cui alla l. n. 241/1990, segnatamente della previsione di cui all'art. 7, sulla comunicazione d'avvio del procedimento (C. SANTORO, *Il TAR Veneto si pronuncia sul prov-*

vedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale, in *GLav*, 2007, 50, 17; F. ELEFANTE, *op. cit.*, 929 ss.).

Il principio affermato dalle citate pronunce del TAR Veneto, pur destinato a rimanere isolato nel panorama giurisprudenziale, pare abbia sollecitato la preoccupazione del legislatore che, intervenendo per la terza volta sulla disciplina della sospensione, ha introdotto nella prima versione dell'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008 la specificazione secondo cui «ai provvedimenti di sospensione non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241».

6. Tale esclusione totale e generalizzata non si è sottratta alle censure della Consulta.

Invero, la stessa giurisprudenza amministrativa aveva preso le distanze dall'orientamento del TAR Veneto escludendo, ai fini della legittimità del provvedimento di sospensione, l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento *ex art. 7, l. n. 241/1990*, dal momento che «quando l'urgenza è insita nel provvedimento, la p.a. può anche non provvedere a tale incumbente, senza che sia necessaria in proposito alcuna particolare motivazione specifica (cfr. C.d.S. sez. IV, 19 giugno 2008, n. 3079)» (così, TAR Lombardia n. 2/2009, *cit.*).

Tuttavia, se appariva del tutto giustificata l'esclusione dell'obbligo individuato all'art. 7 della l. n. 241/1990 ai provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale, previsti dall'art. 14 (F. ELEFANTE, *op. cit.*, 933), non poteva ritenersi tale la scelta del legislatore di lasciare fuori l'applicabilità dell'*intera* l. n. 241/1990. In primo luogo, perché tale scelta ha lasciato in ombra quale fosse la disciplina generale di riferimento: non la l. n. 689/1981, dal momento che, per le ragioni sopra esposte, è da escludersi che la sospensione concretizzi una fattispecie sanzionatoria in senso proprio, con finalità prevalentemente afflittiva; non le norme sul procedimento amministrativo, stante l'espressa previsione normativa della non applicabilità della l. n. 241/1990.

Ma, anche al di là della questione del vuoto di disciplina (F. ELEFANTE, *op. cit.*, 933), si è evidenziato, più specificamente, come la totale esclusione dell'applicabilità della l. n. 241/1990 al provvedimento di sospensione renderebbe, tra l'altro, non applicabile a tali provvedimenti l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, comma 1, consentendo così all'organo o ufficio procedente di non indicare «i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria».

Ed è da tale rilievo che muovono le censure del TAR Liguria, giudice rimettente, nel giudizio di legittimità costituzionale che ha investito l'art. 14 del d.lgs. n. 81/2008: i principi d'imparzialità e di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., esigono che, quando l'interesse pubblico si fronteggia con un interesse privato, l'amministrazione debba dare conto, attraverso la motivazione, di aver ponderato gli interessi in conflitto. In questo quadro, l'esclusione degli obblighi di motivazione per i provvedimenti di sospensione dell'attività im-

prenditoriale si porrebbe anche in contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost., in quanto limiterebbe la tutela giurisdizionale contro gli atti della PA.

Infatti, la motivazione dell'atto amministrativo costituisce lo strumento principe a mezzo del quale effettuare il controllo di legittimità dell'atto, consentendo al giudice il sindacato sull'*iter* logico seguito dall'autorità amministrativa e sul ricorrere dei presupposti del potere in concreto esercitato.

La Corte, condividendo le censure mosse dal giudice *a quo*, in ordine all'esclusione dell'applicabilità al provvedimento di sospensione dell'obbligo generale di motivazione di cui all'art. 3, l. n. 241, ha condivisibilmente affermato che «restano elusi i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, pure affermati dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, Cost.), sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti, come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.; sul principio di pubblicità, sentenza n. 104 del 2006, punto 3.2 del Considerato in diritto). E resta altresì vanificata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, anch'essa intrinseca ai principi di buon andamento e d'imparzialità, esigenza che si realizza proprio attraverso la motivazione, in quanto strumento volto a esternare le ragioni e il procedimento logico seguiti dall'autorità amministrativa. Il tutto in presenza di provvedimenti non soltanto a carattere discrezionale, ma anche dotati di indubbia lesività per le situazioni giuridiche del soggetto che ne è destinatario».

Il ragionamento della Corte è tanto perspicuo da rendere superflua ogni considerazione ulteriore. Potrebbe, nondimeno, essere opportuna la sola riflessione per cui neppure l'interpretazione della sospensione come provvedimento a contenuto vincolato (cfr. TAR Lombardia n. 2/2009, cit.) sarebbe valsa a mutare la soluzione circa la (il)legittimità costituzionale della norma censurata: l'art. 3 della l. n. 241/1990 esclude, infatti, dall'obbligo di motivazione soltanto gli atti aventi carattere normativo e quelli a carattere generale (sulle perplessità della dottrina in ordine all'esclusione di tali categorie di atti, si veda G. CORSO, voce *Motivazione*, in *Enc. dir.*, 2001, agg. V, 779), mentre non sottrae a tale obbligo i provvedimenti vincolati, per i quali la mancanza di motivazione integrerebbe comunque una violazione di legge. Al più, la diversa classificazione del provvedimento di sospensione, come discrezionale o vincolato, potrebbe riflettersi sul *quomodo* della motivazione, ovvero sul contenuto e sull'"ampiezza" della stessa. Infatti, rispetto ai provvedimenti vincolati, l'obbligo di motivazione si intende soddisfatto attraverso la sola indicazione delle norme applicate e dei presupposti ai quali le stesse ricollegano la necessaria adozione del provvedimento (C. Stato 27 novembre 1998, n. 1637, in *CS*, 1998, I, 1753; C. Stato, sez. IV, 4 settembre 1996, n. 1003, in *FA CdS*, 1996, 2593); mentre non è richiesta un'esplicita motivazione sull'esistenza del pubblico interesse dal momento che la valutazione legale dell'interesse è insi-

ta nella previsione normativa (G. CORSO, *op. cit.*, 780; specificamente, sull'obbligo di motivazione del provvedimento di sospensione si veda R. CICHESE, *Fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo*, in *Il Corriere del Merito*, 2011, 108 ss.).

Marta Mondelli

Dottoranda in diritto del lavoro e relazioni industriali – Università di Pavia

8. Trattamento di fine rapporto

8.1. Cass. 1° aprile 2011, n. 7585 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 16).

Fondo di garanzia Inps - Presupposti per l'azione contro il Fondo - Ammissibilità in caso di mancata dichiarazione di fallimento per esiguità del credito.

L'espressione «non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942» va interpretata nel senso che l'azione della l. n. 297/1982, ex art. 2, comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo.

La Cassazione amplia i presupposti per l'accesso al Fondo di garanzia Inps

Sommario: **1.** I presupposti normativi per l'accesso al Fondo di garanzia Inps. – **2.** I fatti all'origine della pronuncia della Cassazione. – **3.** Il principio di diritto: l'ampliamento dei presupposti per l'accesso al Fondo. – **4.** Considerazioni conclusive: il rapporto tra il nuovo indirizzo della Cassazione e la normativa di rango europeo.

1. Con la sentenza che si annota la Suprema Corte torna a giudicare in materia di garanzie dei crediti di lavoro in caso di insolvenza datoriale, così confermando, in via dirimente, una propria precedente interpretazione "estensiva", elaborata sulla scia di alcune recenti pronunzie (a riguardo, si veda Cass. 27 marzo 2007, n. 7466, in *Il civilista*, 2011, 1, 66 ss., con nota di A.C. MARROLLO; Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178, in *D&L*, 2009, 1, 263 ss., con nota di G. PAGANUZZI; Cass. 1° luglio 2010, n. 15662, in *MGC*, 2010, 7-8, 994 ss.), dei presupposti normativi di applicazione dell'istituto del Fondo di garanzia costituito presso l'Inps anche a fattispecie non espressamente previste (istituito ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 297/1982, il Fondo afferisce, per espressa previsione dell'art. 24, comma 1, ultimo periodo, l. n. 88/1989, alla «gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti», nel cui ambito lo stesso ha una contabilità separata. Per la dottrina, sul tema davvero sterminata, sia suf-

ficiente fare riferimento a G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento di fine rapporto. Artt. 2120-2122*, in F. CARINCI, E. GRAGNOLI, O. MAZZOTTA (coordinato da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2009, 101 ss.; M. AIMO, *Garanzie dei crediti e insolvenza del datore di lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Utet, Torino, 2010, vol. IX, 745 ss.).

Specificamente, la Suprema Corte in tal modo dà prova di accogliere la più ampia definizione di “insolvenza” contenuta nella direttiva comunitaria (direttiva 80/987/CEE, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro), al contempo consolidando la lettura già assunta in passato secondo cui «l'imprenditore “non più” assoggettabile a fallimento va considerato come imprenditore non soggetto alla legge fallimentare»: a dire, sempre secondo il medesimo giudicante, che «il principio da affermare, quindi, è che, ai fini della tutela prevista dalla Legge n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del tfr in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno, va considerato “non soggetto” a fallimento, e pertanto opera la disposizione dell'articolo 2, comma 5, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in particolare, che abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva» (*ex multis*, si veda Cass. 22 luglio 2010, n. 17227, in *GD*, 2010, 46, 86 ss., s.m.).

Tale interpretazione, peraltro, ha immediatamente indotto l'Inps a rivedere alcune posizioni, come fatto palese nella circ. 4 marzo 2010, n. 32, di modifica della circ. 15 luglio 2008, n. 74.

2. In estrema sintesi, questi i fatti. Una lavoratrice, non vedendosi riconosciuto dal proprio datore di lavoro, al momento della cessazione del rapporto, il pagamento del tfr, attivava, in prima istanza, e senza esito, una procedura esecutiva, cui faceva quindi seguire, in un secondo momento, anche la richiesta di fallimento. Questa ultima, però, in ragione della “esiguità” del credito, veniva dal Tribunale respinta, di talché la lavoratrice medesima, pur in mancanza dell'apertura della procedura concorsuale, si rivolgeva comunque direttamente al Fondo di garanzia che, a sua volta, ne respingeva tuttavia la richiesta sulla base della considerazione che, in assenza di una dichiarazione di fallimento del datore di lavoro, verrebbero a mancare i presupposti normativi per il pagamento.

Promosso a quel punto dalla lavoratrice giudizio avanti al Tribunale, la domanda veniva dapprima respinta mentre, in Appello, quella stessa decisione veniva ribaltata in quanto era ritenuta pacificamente ammissibile la richiesta

di ottenere il pagamento dal Fondo di garanzia (sulla distinzione tra natura del diritto e contenuto patrimoniale della corrispondente obbligazione, indipendentemente dal soggetto erogatore, si veda Cass., sez. un., 26 settembre 2002, n. 13988, in *D&G*, 2002, 38, 38 ss., con nota di V. TURCO, dove si afferma il principio di diritto secondo cui «il credito del lavoratore per il trattamento di fine rapporto e per gli emolumenti relativi agli ultimi tre mesi del rapporto non muta la propria natura retributiva quando, in forza della l. 29 maggio 1982 n. 297 e del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 sia fatto valere nei confronti del Fondo di garanzia gestito dall'INPS per l'insolvenza o inadempimento del datore di lavoro, ed è quindi comprensivo, come di regola, degli interessi legali e della rivalutazione monetaria, restando inapplicabile il divieto di cumulo di tali accessori stabilito dall'art. 16, sesto comma, legge 30 dicembre 1991, n. 412». Per un commento, si veda *RGL*, 2002, II, 807 ss., con nota di D. CARPAGNANO; *D&G*, 2002, 38 ss., con nota di V. TURCO, cit. In dottrina, si veda A. VALLEBONA, M.D. BLOTTA, *Commento all'art. 2120 c.c.*, in M. GRANDI, G. PERA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 560; L.A. COSATTINI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, Torino, 2007, 680. Sulla traslazione in capo all'Inps di costi e tempi per il tramite del meccanismo della surroga, si veda T. TRANQUILLO, V. FERRANTE, *Nozioni di diritto della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2006, 193).

3. La Suprema Corte, con la sentenza *de qua*, ha confermato la decisione di Appello.

In generale, il Fondo di garanzia è tenuto a pagare il tfr al lavoratore quando, a rapporto di lavoro cessato, il datore di lavoro risulti «insolvente», *status* accertato, con presunzione legale, allorché lo stesso sia stato assoggettato a procedura concorsuale (le procedure concorsuali che danno titolo all'intervento del Fondo di garanzia sono: il fallimento, *ex art. 2, comma 2, l. n. 297/1982*; il concordato preventivo, *ex art. 2, comma 3, l. n. 297/1982*; la liquidazione coatta amministrativa, *ex art. 2, comma 4, l. n. 297/1982*; l'amministrazione straordinaria, *ex art. 102, d.lgs. n. 270/1999*). In dottrina, si veda L.A. COSATTINI, *op. cit.*, 680; M. AIMO, *op. cit.*, 749. *Contra*, continua a restare esclusa dalla gamma delle fattispecie «assistite» dal Fondo di garanzia l'amministrazione controllata, in quanto presuppone non l'insolvenza ma soltanto lo stato di «temporanea difficoltà» dell'impresa nell'adempimento delle proprie obbligazioni. Sul punto, si veda A. LEPORE, *Il fondo di garanzia per il t.f.r.*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, Giappichelli, Torino, 2007, 81).

Va peraltro osservato che nel nostro ordinamento l'ambito di applicazione della garanzia in esame risulta più esteso rispetto a quello richiesto dalla direttiva comunitaria, e ciò in conformità all'art. 2, comma 5, l. n. 297/1982, a mente del quale l'intervento del Fondo di garanzia opera anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro, più semplicemente «inadempiente», non sia assogget-

tabile a procedura concorsuale (in dottrina, si veda A. VALLEBONA, M.D. BLOTTA, *op. cit.*, 560; L.A. COSATTINI, *op. cit.*, 680; O. RAZZOLINI, *Il Fondo di garanzia per i crediti di lavoro diversi dal T.f.r.*, in M. MISCIONE (a cura di), *op. cit.*, 765; M. AIMO, *op. cit.*, 750), e, in ogni caso, purché il lavoratore – «in coerenza con la normale diligenza» (per tutte, si veda Cass. 8 maggio 2008, n. 11379, in *RIDL*, 2009, I, 176 ss., con nota di F. FOCARETA) – abbia infruttuosamente sottoposto il datore stesso ad almeno un tentativo di esecuzione forzata (si veda Cass. 16 gennaio 2004, n. 625, in *MGC*, 2004, I, 1755 ss., con nota di L. RONDELLI, e in *OGL*, 2004, I, 180 ss.). In altre parole, la giurisprudenza richiede espressamente «una esecuzione infruttuosa e non una “parvenza di esecuzione”» (si veda Cass. 2 aprile 2002, n. 4666, in *RIDL*, 2002, I, 795 ss., con nota di A. PILATI), in quanto «l’onere di procedere ad esecuzione non è richiesto unicamente quando l’esperienza dell’esecuzione forzata ecceda i limiti dell’ordinaria diligenza ovvero quando la mancanza o l’insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore possano considerarsi provate in relazione alle particolari circostanze del caso concreto» (si veda Cass. 17 aprile 2007, n. 9108, in *GD*, 2007, 20, 70 ss., s.m.).

Dunque, secondo la Suprema Corte «quello che la Legge 29 maggio 1982, n. 297 richiede è che il lavoratore dimostri di avere proceduto, in modo serio ed adeguato, all’esperienza della esecuzione forzata individuale, non importa se mobiliare, immobiliare o presso terzi» (si veda Cass. 29 gennaio 2002, n. 1136, in *NGL*, 2002, 380 ss.). Tale rigorosa impostazione è stata, peraltro, abbracciata anche da autorevole dottrina, secondo cui «la garanzia del Fondo è estesa (art. 2, co. 5°) anche ai dipendenti di datori di lavoro non soggetti a procedure concorsuali in caso di infruttuosa esecuzione forzata, [però] non bastando il mero ritardo nell’adempimento» (si veda A. VALLEBONA, M.D. BLOTTA, *op. cit.*, 560).

Così, l’interpretazione – per nulla scontata – offerta dalla sentenza che si annota è che la Suprema Corte ha inteso promuovere un’ulteriore ipotesi di garanzia dei crediti di lavoro in caso di insolvenza, statuendo che l’azione del lavoratore «trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo»: riprendendo un precedente orientamento, ancorché “analogo”, il lavoratore è allora legittimato a chiedere l’intervento del Fondo di garanzia anche qualora il fallimento, pur *astrattamente* dichiarabile, non si riveli però tale *di fatto*, come nel caso in esame per la “esiguità” del credito azionato (secondo Cass. n. 17227/2010, cit., «ai fini della tutela prevista dalla legge n. 297 del 1982 in favore dei lavoratori per il pagamento del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro, ove quest’ultimo, pur assoggettabile al fallimento, non possa in concreto essere dichiarato fallito per aver cessato l’attività da oltre un anno, è ammissibile un’azione nei confronti del Fondo di garanzia, ai sensi dell’art. 2, quinto comma della legge n. 297 citata, purché il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione forza-

ta, salvo che risulti l'esistenza di altri beni aggredibili con l'azione esecutiva»).

4. Tale approccio interpretativo pare meglio conformarsi con lo spirito della normativa comunitaria (giova, a tale proposito, ricordare che la direttiva 80/987/CEE è stata prima integrata dalla direttiva 2002/74/CE e, in seguito, abrogata dalla direttiva 2008/94/CE, di codificazione. Come è noto, nel nostro ordinamento il processo di ricezione e attuazione non è stato immediato, dando luogo a ben due sentenze di condanna "esemplari", ovvero C. Giust. 2 febbraio 1989, causa C-22/87, *CEE v. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 1989, 161 ss., e C. Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci v. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 1991, 5403 ss. In dottrina, si veda E.G. BIEDMA, *Insolvenza del datore di lavoro*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, 327 ss.; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2007, 371; R. PESI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2006, 218; O. RAZZOLINI, *op. cit.*, 762; A. LO FARO, *La tutela dei crediti retributivi in caso di insolvenza datoriale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 205 ss.; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, 232).

Infatti, non è revocabile in dubbio che la predetta normativa comunitaria sia teleologicamente orientata a fornire al lavoratore, coerentemente al *criterio della solidarietà sociale o collettiva* (P. ALLEVA, *Trattamento di fine rapporto*, I) *Diritto del lavoro*, in *EGT*, 1994, XXXI, 11 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, E. SPARANO, *Indennità di fine rapporto (impiego privato)*, in *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale*, Utet, Torino, 1991, 344 ss., spec. 349; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005, 737. Parla di «fine sociale» M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2005, 336) una tutela «effettiva» (secondo M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, 378, «la garanzia prevista dalla direttiva [in sede di trasposizione, interpretazione e applicazione non deve essere privata] di implicazioni effettive»). Per un approfondimento, si veda M. AIMO, *op. cit.*, 751).

Perciò, ad avviso della Suprema Corte, la l. n. 297/1982 deve essere letta alla luce sia della direttiva comunitaria che dei summenzionati pronunciamenti, fonti grazie alle quali, *di fatto*, viene esteso l'intervento del Fondo di garanzia anche a quelle ipotesi in cui non può essere *concretamente* pronunciato il fallimento del datore di lavoro, vuoi per il difetto di ragioni soggettive come per il difetto di ragioni oggettive, e purché il lavoratore abbia sottoposto quello, senza esito, a esecuzione forzata.

In conclusione, «l'espressione "non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942" va quindi interpretata nel senso che l'azione della citata L. n. 297 del 1982, *ex art.* 2, comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi

per ragioni ostative di carattere oggettivo», e dunque la non assoggettabilità a procedura fallimentare sussiste non solo quando il datore di lavoro non è *in astratto* suscettibile di essere dichiarato fallito, ma anche quando, pur essendo *teoricamente* soggetto a procedura fallimentare, manchino *in concreto* le condizioni per l'apertura del fallimento. Nel caso in esame, pur essendo il fallimento *teoricamente* possibile, lo stesso non è stato dichiarato a causa della "esiguità" del credito azionato, ragione che la Suprema Corte considera però sufficiente per argomentare che, anche in questa situazione, il datore di lavoro si possa considerare, *di fatto*, "non soggetto" alla legge fallimentare al pari di chi, nella procedura medesima, non vi rientri nemmeno *in astratto*.

Per quanto precede, la Cassazione ha stabilito l'obbligo per il Fondo di garanzia di pagare alla lavoratrice che si sia dimostrata "diligente" il tfr non liquidato dal datore di lavoro – genericamente – "insolvente".

Michele Bricchi

Collaboratore della cattedra di Diritto del lavoro – Università Cattolica di Piacenza

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Apprendistato

- *regolamentazione dell'istituto e formazione aziendale (1.1.)*

Contrattazione collettiva

- *strumenti a favore della produttività e dell'occupazione (2.1.)*

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- *la nuova disciplina dei permessi e l'art. 24 del collegato lavoro (3.1.)*

Lavoro pubblico

- *contrattazione integrativa e ciclo di gestione della performance (4.1. – 4.2.)*

Licenziamento individuale

- *decadenze: termini e ambito di applicazione dopo il collegato lavoro (5.1.)*

Nota per la lettura dell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

* La documentazione commentata nell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva è raccolta in collaborazione con Cisl – Dipartimento del mercato del lavoro, Confcommercio – Servizio sindacale, Confindustria – Ufficio Relazioni industriali e affari sociali, Ires-Cgil, Uil – Dipartimento del mercato del lavoro.

1. Apprendistato

1.1. Ipotesi di accordo per il rinnovo del Contratto collettivo nazionale di lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di telecomunicazione tra Assotelecomunicazioni-Assiel e Slc-Cgil, Fistel-Cisl, Uilcom-Uil, 23 ottobre 2009 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

1.2. Intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante tra Confcommercio e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, 23 settembre 2009 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

1.3. Contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi tra Confcommercio e Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl, Uiltucs-Uil, 18 luglio 2008 (in  indice A-Z, voce *Apprendistato*).

Il contratto di apprendistato nei call center

Sommario: **1.** Il ricorso al contratto di apprendistato nei call center. – **2.** Il contratto di apprendistato tra normativa nazionale, regionale e contrattazione collettiva. – **3.** L'applicazione della normativa inerente al rapporto di lavoro ed i profili formativi dell'apprendistato nell'impresa. – **3.1.** La disciplina del rapporto di lavoro. – **3.2.** Profili formativi: il piano formativo individuale e il tutore aziendale. – **3.3.** Gli incentivi a favore del datore di lavoro. – **3.4.** Le conseguenze dell'inadempimento degli obblighi formativi. – **4.** Conclusioni.

1. I call center possono considerarsi l'ambito dove si misurano le attuali complessità dell'organizzazione del lavoro e delle tutele dei lavoratori, dinnanzi all'ondata di tecnologia ed ai nuovi modi di produrre e di organizzare il lavoro, anche attraverso forme di esternalizzazione (spesso le imprese che offrono questo servizio operano, infatti, su richiesta di committenti che esternalizzano la gestione del call center. Si consideri che esistono differenti modalità organizzative alle quali si ricorre per fruire dei servizi di call center: *in house*, se l'attività è erogata dalla impresa stessa che utilizza queste unità; *outsourcing*, come nella maggior parte dei casi, quando il servizio è esternalizzato; *co-sourcing*, risultato di un incontro tra i suddetti modelli organizzativi).

Infatti, per via della stessa natura del servizio, nonché per la stretta correlazione tra risultato delle commesse, costo ed organizzazione del lavoro, l'impresa che gestisce il call center ha necessità di una notevole flessibilità nell'uso delle risorse umane, con modulazioni degli orari di lavoro e delle retribuzioni collegate alle prestazioni svolte dal lavoratore.

Nell'immaginario collettivo il call center è divenuto anche l'emblema del precariato.

Va considerato, tuttavia, che gran parte di questo ambito produttivo si è dovuto riorganizzare garantendo maggiore "stabilità" del lavoro alla luce di prov-

vedimenti normativi ed amministrativi tesi a garantire il corretto uso delle tipologie contrattuali ed a sanzionare fenomeni di abuso di contratti di collaborazione (una delle risposte alle esigenze di flessibilità da parte delle imprese è stata quella di reclutare un consistente numero di *consulenti telefonici* attraverso contratti di collaborazione coordinata e continuativa, prima dell'intervento del d.lgs. n. 276/2003, e di riallocarli, dopo la riforma, con contratti di collaborazione a progetto).

Sono intervenuti, a tal riguardo, prima il Ministero del lavoro e della previdenza sociale attraverso regole di interpretazione uniforme rivolte ai servizi ispettivi, poi le parti sociali ed il Parlamento, quest'ultimo con una manovra ad ampio raggio, non circoscritta ai soli call center, per la stabilizzazione dei lavoratori la cui attività non era tale da riflettere le caratteristiche di una collaborazione coordinata (per approfondimenti in merito alla vicenda della c.d. "stabilizzazione", si veda A. MARESCA, L. CAROLLO, *Il contratto di collaborazione a progetto nel settore dei call center*, in *q. Rivista*, 2007, n. 3, 675).

Il comma 1202, art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), in particolare, ha previsto la possibilità per i committenti di stipulare accordi aziendali ovvero territoriali entro il 30 aprile 2007, al fine di promuovere la *trasformazione* dei contratti di collaborazione in contratti di *lavoro subordinato* di durata non inferiore ai ventiquattro mesi.

Ad una analisi, seppur non esaustiva, degli accordi cosiddetti "di stabilizzazione" si è potuto constatare che le imprese di call center, oltre al contratto di lavoro a tempo indeterminato, siano ricorse a due tipologie contrattuali: il contratto a tempo determinato di durata pari o superiore ai due anni ed il contratto di apprendistato professionalizzante, quale forma speciale di contratto a tempo indeterminato (a contenuto formativo), oggetto specifico del presente intervento (si consideri che prima della c.d. stabilizzazione nei call center, nel settore telecomunicazioni, l'apprendistato costituiva la forma contrattuale di assunzione di circa il 4,5% dell'organico, così C. TAGLIAVIA, M. CURTARELLI, *L'indagine sui call center nei servizi bancari e nelle telecomunicazioni*, in M. GIOVINE (coordinato da), *I call center in Italia: forme di organizzazione e condizioni di lavoro*, I libri del FSE, Isfol, Roma, 2008, 70).

Deve preliminarmente ricordarsi che il contratto di apprendistato è rimasto nel nostro ordinamento, per il settore privato, unico contratto a contenuto formativo. Il datore di lavoro è tenuto, infatti, al duplice adempimento dell'obbligo retributivo e degli obblighi formativi verso l'apprendista.

Questa forma contrattuale permette al datore di lavoro di usufruire di notevoli sgravi economici e normativi mentre al lavoratore offre le tutele del lavoro subordinato e momenti di formazione.

L'attività formativa, che costituisce un obbligo nello schema contrattuale dell'apprendistato, può risultare necessaria nelle imprese in esame, a seconda del contenuto delle mansioni e del livello di inquadramento, visto che l'operatore telefonico deve essere spesso formato su conoscenze specifiche, anche di carattere tecnico (supporto ed assistenza alla clientela, con nozioni

anche specialistiche in determinati ambiti, ad esempio, marketing, economico-finanziario, ecc.). Il personale ha, poi, bisogno di un costante aggiornamento, data la continua evoluzione dei prodotti e dei servizi offerti alla clientela.

Il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, come noto, ha previsto tre tipologie di apprendistato, due delle quali legate ai percorsi di istruzione e formazione scolastico-universitari: il contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione ed il contratto di apprendistato per la acquisizione di un titolo universitario e post-universitario; la terza tipologia, invece, *professionalizzante*, è legata più che altro all'ingresso nel mercato del lavoro dei giovani lavoratori, attraverso percorsi di formazione *formale e non formale* certificabili, ad oggi, sul libretto formativo.

Non risulta che l'attenzione delle imprese di call center si sia orientata verso le prime due tipologie citate, come invece è accaduto per la terza forma contrattuale; ed infatti le organizzazioni collettive rappresentative delle categorie cui appartiene la maggior parte delle imprese del settore in esame hanno non a caso disciplinato in maniera articolata il solo "professionalizzante" (contratto collettivo di categoria per le imprese esercenti servizi di telecomunicazioni del 2005, come rinnovato dall'ipotesi di accordo del 23 ottobre 2009 e nel ccnl terziario, distribuzione e servizi del 18 luglio 2008).

L'attività nei call center è in gran parte costituita da operatori, nella fascia di età compresa tra i 26 ed i 35 anni (dell'intero ammontare dei dipendenti, il 15,7% sono giovani fino a 25 anni, mentre il 69,9% sono giovani tra i 26 ed i 35 anni di età: M. CURTARELLI, G. LINFANTE, *L'indagine sulle società di call center*, in M. GIOVINE (coordinato da), *op. cit.*, 40), e cioè quella (all'incirca) prevista come requisito per l'assunzione con contratto di apprendistato professionalizzante.

La prima tipologia ha, invece, come destinatari soggetti molto giovani, mentre la seconda mal si concilia con quelle figure professionali che sono prevalentemente richieste nel call center, fatta eccezione, probabilmente, per le figure manageriali ovvero con funzioni di coordinamento (ad esempio, *project manager, team leader*), tuttavia in numero di gran lunga inferiore nella organizzazione in esame rispetto alla figura dell'operatore telefonico. Ed in ogni caso, i livelli più alti di inquadramento sono comunque acquisibili attraverso un periodo più lungo di apprendistato professionalizzante, non ritenendosi in fondo necessaria l'acquisizione di un titolo universitario o post-universitario per lo svolgimento delle attività di cosiddetto *team leader* o supervisore ovvero di operatore specializzato.

È sicuramente indispensabile, piuttosto, che l'impresa individui i fabbisogni formativi del personale per poi strutturare, sulla base della normativa e delle disposizioni collettive applicabili, il percorso formativo dell'apprendista per una determinata specializzazione.

Il giovane assunto con apprendistato professionalizzante è preposto sia all'acquisizione di una *qualificazione* che, eventualmente, di una *qualifica*. Si veda sul punto l'art. 49, comma 4, lett. a, il quale prevede che il contratto de-

ve essere redatto in forma scritta e deve contenere, oltre all'indicazione della prestazione oggetto del contratto, il piano formativo e l'*eventuale qualifica* che potrà essere acquisita al termine del rapporto di lavoro (*rectius* del periodo di apprendistato).

Occorre sottolineare che la *qualificazione*, intesa come processo di apprendimento e di specializzazione, diversamente dalla *qualifica*, resta attualmente esclusa da processi di certificazione e di riconoscimento dei crediti formativi maturati (l'art. 51, d.lgs. n. 276/2003, parla di «qualifica professionale»). La qualificazione deve però essere registrata sul libretto formativo e deve essere riconosciuta ai fini contrattuali.

L'apprendista non può, inoltre, essere adibito a lavori che non siano attinenti alla qualificazione professionale per il conseguimento della quale è stato assunto (M.L. DE CRISTOFARO, voce *Apprendistato*, in *EGT*, 1988, II, 6) e deve restare escluso il ricorso all'apprendistato per lo svolgimento di un rapporto avente ad oggetto attività assolutamente elementari o routinarie, non integrate da un effettivo apporto didattico e formativo di natura teorica e pratica" (anche se riferita al contratto di apprendistato regolamentato dalla previgente normativa, Cass. 11 maggio 2002, n. 6787, in *GC*, 2003, n. 9, I, 1871); come si avrà modo di vedere in seguito, le attività formative devono essere necessariamente svolte sotto la sorveglianza e l'assistenza del datore di lavoro o di persone all'uopo incaricate (il tutor aziendale) (art. 49, comma 5, lett. e, d.lgs. n. 276/2003; Cass. 13 giugno 1995, n. 6637, in *LG*, 1996, 338).

Motivo di interesse al ricorso all'apprendistato è senza dubbio la possibilità di assunzione con modalità a tempo parziale; il cosiddetto part-time è, infatti, utile per garantire una copertura temporale anche totale delle attività del call center che può anche essere attivo ventiquattro ore su ventiquattro per offrire il più ampio servizio alla clientela (nel settore delle telecomunicazioni, il 39% dei dipendenti è assunto con questa forma contrattuale, C. TAGLIAVIA, M. CURTARELLI, *op. cit.*, 52).

Come si vedrà nel proseguo del presente contributo, il contratto di apprendistato è regolamentato da una molteplicità di fonti (legali – sia leggi nazionali che regionali –, nonché collettive di diverso livello). Questo aspetto è indubbiamente il nodo critico che ha limitato l'utilizzo del contratto in esame e per il quale merita segnalarsi che non è possibile, in tale sede, affrontare in modo esaustivo l'intero *corpus* di regole dedicate agli aspetti formativi in ciascun ambito territoriale e/o di regolamentazione collettiva, mentre si ritiene utile fornire al lettore i criteri relativi all'uso delle fonti, tenendo oltretutto presente che l'ultima pronuncia del giudice costituzionale distoglie la contrattazione collettiva da ambito preminente di regolamentazione degli aspetti legati alla formazione esclusivamente aziendale, come invece previsto dalla riforma del 2008.

Nell'analisi che segue, oltre alla disciplina indicata dal legislatore, sono presi in considerazione i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni cui aderisce il maggior numero di imprese di call center, quali il ccnl telecomunicazio-

ni 23 ottobre 2009 (in epigrafe), il ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008, integrato, quest'ultimo, dalle disposizioni dell'intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante del 23 settembre 2009 (entrambi in epigrafe; l'intesa è stata stipulata da una Commissione paritetica costituita ai sensi di quanto disposto da nota a verbale del ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008), per quanto compatibili tali ultime con la dichiarazione di parziale incostituzionalità delle norme relative alla formazione aziendale.

Saranno altresì prese in considerazione le clausole del contratto collettivo nazionale del credito, visto che il servizio di call center è pure molto diffuso nel settore bancario, anche se solo il 13,4% delle banche dispone di almeno un servizio call center *insourcing* (i dati sono citati da C. TAGLIAVIA, M. CURTARELLI, *op. cit.*, 52).

2. La disciplina del contratto di apprendistato appartiene tanto alla materia del contratto di lavoro, quanto a quella della formazione, nonché alla "tutela del lavoro", tagliando in senso trasversale le diverse materie che appartengono a competenze attribuite dalla Costituzione *ex art.* 117 alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, concorrente e residuale delle Regioni. Si è parlato per questo motivo in dottrina di zona di "confine" (F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, n. 1, 79) in cui rientrano i contratti di apprendistato.

Da ciò deriva che per ogni Regione sussiste una normativa (legge regionale e regolamento attuativo) differente in materia di formazione in apprendistato.

Questo è un aspetto di rilievo, dato che molte imprese di call center hanno più unità produttive dislocate nel territorio nazionale.

L'art. 49, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, prevede che la «regolamentazione dei profili formativi dell'apprendistato professionalizzante è rimessa alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano, d'intesa con le associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale» nel rispetto di alcuni "criteri" direttivi. Questo meccanismo in cui sono coinvolti diversi attori istituzionali e collettivi, che ha creato non pochi dubbi interpretativi ed applicativi (si veda, per tutti, S. CIUCCIOVINO, *L'apprendistato professionalizzante ancora alla ricerca di una disciplina definitiva*, in *RIDL*, I, 2009, 379), è stato vagliato da numerose sentenze della Consulta, da ultima la sentenza 10 maggio 2010, n. 176 (in *MGL*, 2010, n. 7, 506, con commento di I. ALVINO, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale sulla ripartizione delle competenze fra Stato e Regioni in materia di apprendistato*, spec. 515); la Consulta ha ribadito che la chiave di equilibrio per una disciplina costituzionalmente corretta del contratto a contenuto formativo è il principio di "leale collaborazione", rappresentato dall'intesa tra i diversi attori chiamati ad attuare la disciplina dei profili formativi dell'apprendistato ove la formazione sia erogata dal datore di lavoro direttamente o facendo ricorso all'offerta formativa delle Regioni presso gli Enti formativi accreditati (la Corte costituzionale, con sentenza 28 gennaio 2005, n. 50, si era già pro-

nunciata sul punto asserendo che alla materia dell'apprendistato si deve applicare una distinzione di fondo tra formazione pubblica e formazione privata erogata dai datori di lavoro; solo il primo tipo di formazione appartiene alla «competenza esclusiva delle Regioni», mentre «la disciplina della istruzione e della formazione professionale che i privati datori di lavoro somministrano in ambito aziendale ai loro dipendenti [...] da ritenere essenziale con riguardo alla causa mista propria dei contratti a contenuto formativo, di per sé non è compresa nell'ambito della suindicata competenza, né in altre competenze regionali. La formazione aziendale rientra invece nel sinallagma contrattuale e quindi nelle competenze dello Stato in materia di ordinamento civile». La Corte costituzionale nella stessa sentenza prosegue, poi, il ragionamento statuendo che «nella regolamentazione dell'apprendistato» né la formazione pubblica né quella erogata dai datori di lavoro «appaiono allo stato puro, ossia separate nettamente tra di loro e da altri aspetti dell'istituto», essendo necessario tener conto di tali interferenze che non possono essere risolte con rigidi criteri. L'orientamento della Consulta – C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, in *RGL*, 2005, II, 449 – è stato confermato, di fondo, nelle successive sentenze: C. Cost. 7 dicembre 2006, n. 406, e C. Cost. 6 febbraio 2007, n. 24, entrambe in *RIDL*, 2007, n. 3, rispettivamente, 556 e 559).

In caso di formazione interamente svolta a carico del datore di lavoro, pur essendo necessaria la legge regionale “concertata”, competente sul *quantum* minimo di formazione *formale* da erogare (art. 49, comma 5, lett. *a*), sulla regolamentazione delle funzioni e della formazione del tutor (art. 49, comma 5, lett. *e*), e sulle regole del riconoscimento del percorso formativo – anche ai fini contrattuali – (art. 49, comma 5, lettere *c* e *d*), si deve fare riferimento alla disciplina dei profili formativi presente nei contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero agli enti bilaterali per quanto riguarda la determinazione della durata e le modalità di erogazione della formazione (come d'altronde previsto in caso di formazione “mista”, cioè erogata direttamente dal datore di lavoro ed altresì dagli enti accreditati dalle Regioni – art. 49, comma 5, lett. *b*) (art. 49, comma 5-*ter*, a seguito della pronuncia della C. Cost. n. 176/2010).

Si ritengono efficaci, e dunque applicabili, tutte le clausole collettive stipulate *ex* art. 49, comma 5-*ter*, riferite agli aspetti poc'anzi indicati, mentre devono essere disapplicate quelle relative ai restanti, a fronte dell'esistenza di una legge regionale che indichi quanto previsto dalle lettere *a*, *c*, *d*, *e*, comma 5, art. 49.

Diversamente, se nella Regione dove è stipulato il contratto di apprendistato non sia stata adottata alcuna normativa in materia di profili formativi, il datore di lavoro deve ricorrere alle clausole collettive dei contratti di lavoro nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori di lavoro e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 49, comma 5-*bis*) (ritiene, invece, nel caso in cui il datore di lavoro eroghi formazione e-

esclusivamente aziendale che, in assenza di normativa regionale, operi il comma 5-ter, I. ALVINO, *op. cit.*, 520). In sostanza, si deve compiere una operazione ermeneutica “composita” che rispetti la costruzione costituzionalmente approvata delle fonti, fintanto da disapplicare quelle norme (regionali) o disposizioni collettive non allineate ai principi di attribuzione delle competenze dei livelli essenziali delle prestazioni, delle competenze concorrenti, della competenza esclusiva regionale, così come lette dalle pronunce della Consulta.

Questa appena data è una lettura che collega il contratto *professionalizzante* e le sue finalità alla restante disciplina del contratto di apprendistato, art. 51 ed art. 52 (citati dalla stessa C. Cost. n. 176/2010), in visione dell’istituendo Repertorio delle professioni che definirà gli standard minimi nazionali per l’armonizzazione delle qualifiche professionali ed il riconoscimento di queste nel circuito della formazione professionale.

È però necessario riportare l’interpretazione che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha dato in occasione di una risposta ad interpellato formulata da Confcommercio del 10 giugno 2010, n. 25, secondo cui la disciplina relativa alla formazione esclusivamente interna non può «prescindere da una legislazione di livello regionale frutto di un’intesa formale tra Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano con le associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale»; l’esegesi ministeriale esclude, in sostanza, che debbano trovare applicazione gli indici previsti dalle lettere a-e del comma 5, art. 49, poiché relativi ad altro percorso formativo. Il Ministero del lavoro, facendo salva la disciplina contrattuale già adottata *ex comma 5-ter*, fa riferimento ad «apposite intese a livello regionale» da stipularsi in virtù della necessaria diversificazione che occorre garantire fra i diversi percorsi formativi. Con tale ipotesi ricostruttiva, tuttavia, è inevitabile domandarsi a che tipo di fonte ci si debba affidare per una corretta disciplina dell’istituto: una (nuova) legge regionale “concertata” ovvero, più semplicemente, un Protocollo di intesa tra Regione e parti sociali.

In definitiva, come accennato precedentemente, le criticità relative alle fonti di regolamentazione degli obblighi formativi restano il principale problema di incerta applicazione del contratto formativo, che non consente dunque, neppure nel settore dei call center, con tutta probabilità, un considerevole utilizzo della figura contrattuale esaminata.

3. Possono assumere con il contratto di apprendistato professionalizzante tutti i datori di lavoro nel settore privato (art. 49, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

Pertanto, è consentito il ricorso a suddetta forma contrattuale in tutte le imprese di call center, comprese, ovviamente, anche quelle operanti in *outsourcing* per le pubbliche amministrazioni.

Il datore di lavoro può assumere soggetti di età tra i 18 anni compiuti ed i 29 sino al giorno antecedente il compimento del trentesimo anno (così il Ministero del lavoro con risposta ad interpellato della Confapi del 24 marzo 2006, n. 2702, reperibile in www.lavoro.gov.it). Possono, inoltre, essere assunti i gio-

vani di 17 anni se in possesso di una qualifica conseguita nel sistema dell'istruzione e della formazione professionale (l. 28 marzo 2003, n. 53), in corsi di formazione regionali e durante percorsi di apprendistato per il conseguimento del diritto-dovere di istruzione e formazione (art. 48, d.lgs. n. 276/2003).

Ai contratti collettivi di livello nazionale e territoriale spetta determinare la durata del periodo di apprendistato; la legge fissava un limite di durata minima pari a due anni, ora soppresso da parte dell'art. 23, comma 1, d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008; resta, dunque, il limite di durata massima di sei anni (art. 49, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), considerato anche da studiosi dell'istituto, tuttavia, molto elevato rispetto al principale fine della tipologia contrattuale, e cioè il raggiungimento di una *qualificazione* (L. MENGHINI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in M. BROLLO, M.G. MATTAROLO, L. MENGHINI (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, Ipsoa, Milano, 2004, 210. A. LOFFREDO, *Professionalità, trasformazioni organizzative e mercati del lavoro alla luce delle recenti riforme*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 293).

È possibile, poi, computare più periodi di apprendistato svolti presso più imprese qualora la formazione si riferisca alle stesse attività e non sia intercorso, tra un periodo ed un altro, un lasso di tempo superiore ad un anno (così, nel ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008; il ccnl telecomunicazioni del 23 ottobre 2009 individua la durata del contratto a seconda che il lavoratore sia in possesso di laurea, di diploma, di titolo di studio non superiore alla scuola dell'obbligo, rispettivamente, in trenta mesi, quarantadue mesi, cinquantaquattro mesi. Il ccnl credito 8 dicembre 2007 ha, invece, stabilito una durata massima di quattro anni. Per il ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008 la durata, a seconda del livello di inquadramento iniziale, va dai quattro anni per le qualifiche più alte ai due anni per le più basse, e comunque sino al sesto livello di inquadramento).

L'impresa che intenda assumere con il contratto di apprendistato deve rispettare determinati limiti di assunzione; il legislatore, infatti, richiamando quanto già previsto dalla normativa precedente (art. 2, comma 3, l. 19 gennaio 1955, n. 25, ed art. 21, comma 1, l. 28 febbraio 1987, n. 56), ha stabilito che il numero degli apprendisti non può superare il 100% delle maestranze specializzate (il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, con risposta del 10 ottobre 2006 ad interpello formulato dal Consiglio provinciale dell'Ordine dei consulenti del lavoro di Macerata, ha ritenuto possibile che tra le maestranze specializzate non rientrino, comprensibilmente, i lavoratori somministrati ed i collaboratori a progetto. Il rapporto numerico tra lavoratori qualificati ed apprendisti va calcolato rispetto alla realtà imprenditoriale considerata nel complesso per le imprese collegate da rapporti di carattere funzionale e produttivo; in merito, Ministero del lavoro e delle politiche sociali, risposta ad interpello presentato da Assovetro 2 aprile 2010, n. 11; entrambe le risposte in

www.lavoro.gov.it). Si noti che le norme sui limiti percentuali devono esser lette non tanto quale forma di contingentamento prevista per altre tipologie contrattuali affinché il datore di lavoro non abusi di flessibilità tipologica, quanto piuttosto per garantire l'effettività dell'affiancamento sul lavoro a scopo formativo (S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato, commento agli artt. 47-50*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ("Riforma Biagi")*, Cedam, Padova, 2007, 701).

Limitano, invece, il ricorso al contratto formativo clausole previste in contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni alle quali molte imprese di call center aderiscono; è previsto, infatti, il divieto di assumere in apprendistato ai datori di lavoro che non abbiano confermato in servizio una percentuale di apprendisti il cui contratto sia scaduto nell'arco di un determinato numero di mesi antecedenti l'assunzione (ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008; ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009).

Al fine della costituzione del rapporto non è più necessaria l'autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro, alla quale il datore di lavoro era tenuto a comunicare le condizioni della prestazione ed il tipo di addestramento, nonché la qualifica da conseguire secondo l'art. 2, comma 2, l. 19 gennaio 1955, n. 25, abrogato dall'art. 85, comma 1, lett. b. Per espressa abrogazione, inoltre, gli aspiranti apprendisti non devono più iscriversi in apposite liste presso gli uffici del collocamento competente (l'art. 85, comma 1, lett. b, ha abrogato l'art. 3, l. 19 gennaio 1955, n. 25).

Simile procedura amministrativa è stata "sostituita" da contratti collettivi, tra cui il ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008, dall'onere di presentare domanda, corredata dalla documentazione relativa al percorso formativo che si intende erogare al giovane, all'ente bilaterale di riferimento al fine di ottenere un *parere di conformità*. Si specifica, sul punto, che se l'impresa ha sedi in diverse Regioni la domanda deve essere inoltrata all'ente bilaterale nazionale.

3.1. L'apprendistato è uno speciale tipo di contratto di lavoro a tempo indeterminato (G. SUPPIEJ, voce *Apprendista*, in *Enc. dir.*, 1992, 824. M.L. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 7. M. SALA CHIRI, *Il tirocinio. Artt. 2130-2134*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992, 66. Cass. 28 gennaio 1987, n. 829. M. D'ONGHIA, *I contratti a finalità formativa. Apprendistato e contratto di inserimento*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti. Dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2006, 381 e 385. S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato, commento agli artt. 47-50*, cit., 682. *Contra* G. LOY, voce *Apprendistato*, in *DDPComm*, 1986, vol. XVI, 189; C. ALESSI, *Termine e contratti formativi*, in *QDLRI*, 2000, vol. 23, 70). Resta inoltre nel nostro ordinamento uno dei pochi istituti in cui è possibile recedere *ad nutum*. Infatti, al termine del periodo formativo il datore di lavoro può recedere ai sensi dell'art. 2118 c.c. Mentre l'art. 49, comma 4, lett. e, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce il divieto del datore di lavoro di licenziare il lavoratore,

nel corso del periodo formativo, in assenza di giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo ed oggettivo.

Il mancato recesso ai sensi dell'art. 2118 c.c. da parte del datore di lavoro consente al lavoratore di proseguire la propria attività lavorativa senza soluzione di continuità, in quanto è il medesimo rapporto di lavoro – già in essere – che prosegue, una volta esaurita la funzione formativa che aveva caratterizzato il periodo iniziale.

Sul piano della normativa attinente al rapporto di lavoro va poi menzionata la necessaria apposizione della forma scritta al contratto (nella contrattazione collettiva ciò è spesso ribadito: art. 20, ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009; ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008).

Questa si presume sia richiesta *ad substantiam*, soprattutto in considerazione della espressa abrogazione dell'autorizzazione preventiva che i datori di lavoro dovevano richiedere alla Direzione provinciale competente (art. 85, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 276/2003) (S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato, commento agli artt. 47-50*, cit., 680; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 381). Il requisito della forma scritta deve rispettarsi anche per la redazione del piano formativo individuale (del quale si descriveranno in seguito le caratteristiche) che descrive il percorso formativo dell'apprendista e deve essere allegato al contratto di lavoro.

La retribuzione corrisposta all'apprendista, seppure inferiore in virtù del minore apporto qualitativo/quantitativo fornito dal lavoratore all'impresa, non può mai difettare dei requisiti di sufficienza e proporzionalità previsti dall'art. 36 Cost. Infatti, «l'apprendista ha diritto ad essere retribuito in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato» (N. PINTO, *La garanzia costituzionale di retribuzione sufficiente e il rapporto di tirocinio*, in *RGL*, 1955, I, 371. G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 826. Cass. 4 settembre 1990, n. 9138). Ogni patto che escluda tale obbligo a carico del datore di lavoro è nullo ed il salario è determinato in sede giudiziale *ex art. 2099*, comma 2, c.c. (anche se riferito alla prevalente disciplina, si dà menzione di Cass. 28 ottobre 1978, n. 4947, in *MGL*, 1978, 2073).

I contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono stabilire la retribuzione in misura percentuale della retribuzione spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle per il conseguimento delle quali è finalizzato il contratto e «la retribuzione così determinata deve essere graduale anche in rapporto all'anzianità di servizio» (art. 53, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 276/2003, come introdotto dall'art. 2, comma 155, l. n. 191/2009, Finanziaria 2010).

È fatto divieto di retribuire l'apprendista secondo modalità di cottimo, conservandosi la logica per cui il giovane nel corso della fase di apprendimento non deve essere ricompensato secondo risultati prodotti, ma per la prestazione esercitata (M.L. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 5). Sul punto, tuttavia, il Ministero del lavoro ha avuto modo di precisare che, ove si tratti di un cosiddetto “utile

di cottimo”, e lo stesso sia dunque totalmente sganciato dal “risultato produttivo”, costituendo una voce retributiva fissa, l’apprendista ne possa beneficiare (risposta del Ministero del lavoro ad interpello sottoposto da Federmeccanica n. 13/2007, in *DPL*, 2007, n. 14, 928, con nota di A. MURATORIO, *Apprendistato. Divieto di stabilire tariffe di cottimo per l’apprendista*).

Legato al discorso della minore retribuzione è quello relativo al sottoinquadramento (per il quale si rinvia alla parte dedicata agli incentivi in favore del datore di lavoro); qui vale solo precisare che con risposta ad interpello n. 28/2007, il Ministero del lavoro ha affermato il divieto di cumulo del regime del sottoinquadramento con quello della retribuzione percentualizzata a seconda del periodo di formazione, ora stabilito dal citato art. 53, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 276/2003. Tuttavia, è ritenuta possibile l’applicazione, alternativamente, dei due meccanismi, prediligendo quello che rispetti il principio del miglior favore per il lavoratore.

La l. 26 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), ha previsto l’applicazione al lavoratore assunto con contratto di apprendistato della disciplina dell’indennità di malattia del lavoratore subordinato (art. 1, comma 773).

In ordine all’obbligo di sicurezza che spetta al datore di lavoro occorre considerare che questo è più pregnante nei confronti del lavoratore assunto con contratto di apprendistato, considerato che il giovane è inesperto e la sua attività deve essere oggetto di maggiore “attenzione”, soprattutto per quanto riguarda gli obblighi di informazione e formazione (Cass. 18 maggio 2007, n. 11622, in *GLav*, 2007, n. 32, 78).

Vale ricordare, inoltre, che l’art. 23, d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, ha abrogato l’art. 4, l. 19 gennaio 1955, n. 25, che prevedeva la visita sanitaria preassuntiva dell’apprendista.

La disciplina dell’apprendistato non esclude la previsione di un periodo di prova (ma non prevede neppure una norma specifica come invece contemplata dalla l. 19 gennaio 1955, n. 25, art. 9, che ne limitava la durata massima a due mesi); così la contrattazione collettiva tende a riconoscere il periodo di prova nell’ambito del limite massimo dei due mesi (ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009, ccnl credito 12 febbraio 2005).

Occorre, infine, considerare, come già accennato, che il contratto di apprendistato professionalizzante può essere stipulato a tempo parziale, modalità consona per la modulazione in alternanza dell’orario di lavoro nelle imprese di call center dove sussiste l’esigenza di coprire il maggior numero di ore al giorno al fine di rendere un servizio quanto più completo alla clientela.

La contrattazione collettiva stabilisce generalmente un limite minimo di orario di lavoro, durante il quale deve essere svolta l’attività formativa (nel ccnl terziario Confcommercio del 18 luglio 2008 è previsto che il lavoro a tempo parziale dovrà avere una durata non inferiore al 60% dell’orario normale di lavoro; mentre il ccnl credito del 12 febbraio 2005 stabilisce che il rapporto non può avere durata inferiore alle 25 ore settimanali).

Il Ministero del lavoro ha chiarito, al proposito, che «la peculiare articolazione dell'orario di lavoro non deve essere di ostacolo al raggiungimento delle finalità formative» (risposta ad interpello n. 25/2006, in www.lavoro.gov.it); dunque, deve essere valutato caso per caso se il minor orario di lavoro permetta di conseguire l'obiettivo formativo prefissato dal contratto di lavoro. Oltretutto, il periodo di attività formativa, espresso nel minimo di formazione formale di centoventi ore annue, non può essere riproporzionato relativamente alle ore lavorate, in virtù del principio di parità di trattamento tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno.

3.2. È il datore di lavoro, vale ribadire, il responsabile su cui ricade l'obbligo formativo, ne progetta le fasi ed i contenuti all'interno del piano formativo secondo la disciplina regionale e collettiva da applicarsi all'impresa (art. 49, commi 5 e 5-ter, d.lgs. n. 276/2003).

Un aspetto caratterizzante la disciplina del 2003 attiene alle modalità attraverso cui la formazione può essere erogata, considerato che il legislatore non ha più tenuto in considerazione, come nella disciplina del 1997, il concetto di formazione (teorica) esterna all'impresa, la cui erogazione era condizione per usufruire degli incentivi previsti per l'assunzione in apprendistato, ed ha adottato quello di formazione *formale* «interna o esterna all'azienda».

Il Ministero del lavoro con la circ. n. 40/2004 ha definito «formale [...] una formazione effettuata attraverso strutture accreditate o all'interno dell'impresa secondo percorsi strutturati di formazione *on the job* e in affiancamento certificabili», aggiungendo che «l'obbligo di formazione per l'apprendista potrà essere adempiuto anche tramite lo strumento della formazione a distanza e strumenti di *e-learning*»; modello, quest'ultimo, ben realizzabile nelle imprese di call center in cui l'utilizzo delle tecnologie informatiche è oltretutto strumento dell'organizzazione dell'attività lavorativa (l'intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante per le imprese aderenti a Confcommercio del 23 settembre 2009, che si ritiene sul punto applicabile anche a seguito di quanto sancito dalla C. Cost. n. 176/2010, ad esempio, prescrive che le modalità di erogazione della formazione possono essere svolte anche con modalità *e-learning* o attraverso lo strumento della formazione a distanza).

Durante il periodo di apprendistato il lavoratore deve essere affiancato da una figura con formazione e competenze adeguate: il tutore aziendale (art. 49, comma 5, lett. e). La disciplina dell'apprendistato di cui alla l. 24 giugno 1997, n. 196, aveva in ordine a tale figura una regolamentazione di attuazione dettagliata, il d.m. 28 febbraio 2000. Questo decreto non trova più diretta applicazione, poiché la definizione delle funzioni di questa figura è devoluta alla normativa regionale (art. 49, comma 5, lett. e), ovvero alla contrattazione collettiva in via transitoria (art. 49, comma 5-bis, d.lgs. n. 276/2003), anche se, vale evidenziare, nella maggior parte delle discipline territoriali e collettive si è fatto esplicito richiamo a tale provvedimento ministeriale (si veda, ad esempio, il ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009) (così si rilevano, inevitabil-

mente, delle differenziazioni sui percorsi di preparazione alla figura del tutore nelle discipline territoriali: la disciplina della Regione Toscana prevede un minimo di 8 ore di formazione – art. 42, comma 4, d.P.Reg. 2 febbraio 2005, n. 22/R –, mentre le normative del Lazio prevedono un minimo di 16 ore – art. 10, comma 5, l. 10 agosto 2006, n. 9. Allo stesso modo, si denotano divergenze anche in ordine alla proporzione tra numero di apprendisti e tutor aziendale: secondo la l.r. Lazio n. 9/2006, art. 10, comma 4, il rapporto è di 5 apprendisti per una figura di tutore, mentre per la Regione Toscana il rapporto è di 10 a 1).

L'accompagnamento può essere svolto anche in modalità virtualizzata ed attraverso strumenti di tele-affiancamento o video-comunicazione da remoto (così, esplicitamente, l'intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante per le imprese aderenti a Confcommercio del 23 settembre 2009, ma ciò può ritenersi possibile per tutte le imprese di call center, purché siano rispettate le condizioni relative alla definizione ed alla durata della formazione formale).

La circ. n. 40/2004 specifica che «il ruolo del tutore potrà essere svolto dallo stesso datore di lavoro in possesso delle competenze adeguate o da un lavoratore che sia inquadrato ad un livello pari o superiore rispetto alla qualifica professionale che dovrà conseguire l'apprendista al termine del periodo di apprendistato professionalizzante, quale garanzia di possesso delle adeguate competenze all'accompagnamento del lavoratore».

Il comma 5-ter, art. 49, d.lgs. n. 276/2003, introdotto dal d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008, prevedeva, prima di essere ritenuto parzialmente incostituzionale dalla sentenza della C. Cost. n. 176/2010, che in caso di formazione aziendale la disciplina degli aspetti formativi fosse rimessa alla contrattazione collettiva, ma non richiedeva la necessaria presenza del tutor aziendale; era pertanto integralmente devoluto alle parti sociali il compito di indicare o meno la presenza di tale figura di affiancamento del giovane in azienda (l'intesa in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante per le imprese aderenti a Confcommercio del 23 settembre 2009 dedica il punto n. 3 al «referente per l'apprendistato»).

A seguito dell'ultimo intervento del giudice delle leggi, tuttavia, si ritengono operanti solamente quelle disposizioni collettive compatibili con la legge regionale territorialmente competente, dato che la Regione ha un «ruolo rilevante, di stimolo e di controllo dell'attività formativa» (così, C. Cost. n. 176/2010).

L'articolazione e la modulazione dell'attività formativa sono “scandite” dalla contrattazione collettiva che ha tendenzialmente previsto che nel corso del primo anno dovrà essere erogata formazione di base e trasversale destinata all'apprendimento di nozioni di igiene, sicurezza e prevenzione degli infortuni sul lavoro, conoscenza dei diritti e doveri del rapporto di lavoro, organizzazione aziendale e del ciclo produttivo (art. 20, ccnl telecomunicazioni 23 otto-

bre 2009), ed anche competenze relazionali (ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008). Mentre nei successivi periodi l'apprendista deve essere adibito ad attività formative con contenuti tecnico-professionali (formazione *professionalizzante*).

Il presupposto per poter erogare formazione formale all'interno dell'impresa è che questa detenga la cosiddetta *capacità formativa*, nonché siano rispettati gli indici regolati in sede collettiva con riguardo proprio alla articolazione tra formazione interna ed esterna (art. 49, comma 5, lett. *b*, d.lgs. n. 276/2003); in caso contrario, il datore di lavoro deve continuare, come accadeva secondo il previgente sistema, ad affidarsi alla offerta formativa predisposta dalle Regioni.

La "capacità formativa dell'impresa" è un aspetto regolato da diverse normative regionali, sebbene il Ministero del lavoro abbia avuto occasione di chiarire che deve essere delineata su base collettiva, dal momento che l'art. 49, comma 5, fa proprio riferimento ad un rinvio alla autonomia negoziale per determinare modalità di erogazione e articolazione della formazione (coerentemente, oltretutto, con quanto sancito dalla C. Cost. 28 gennaio 2005, n. 50, secondo cui questo è un profilo attinente alla sfera dell'"ordinamento civile"). Il ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009 individua come requisiti aziendali per l'erogazione della formazione interna: risorse umane idonee a trasferire competenze, tutor con formazione adeguata, nonché locali idonei diversi da quelli in cui si svolge la *normale* attività produttiva.

Ad ogni modo, le imprese formative potranno erogare formazione anche tramite proprie strutture formative idonee di riferimento ai propri apprendisti o, nel caso di gruppi di imprese, ad apprendisti delle imprese del gruppo.

Analoghe previsioni sono state previste nell'intesa del 24 settembre 2009 in materia di formazione esclusivamente aziendale nell'apprendistato professionalizzante più volte citata.

Le imprese considerate "formative" sono generalmente anche accreditate dalle Regioni, e la capacità di erogare formazione si distingue a seconda del livello di formazione erogabile al loro interno (formazione di base ovvero anche professionalizzante) (per approfondimenti, ISFOL, *L'apprendistato fra regolamentazioni regionali e discipline contrattuali. Monitoraggio 2005-2006*, in www.isfol.it, 2007, 36).

La determinazione delle modalità di erogazione e di articolazione della formazione, se interna ovvero esterna, è individuata dai contratti collettivi.

Il comma 5, lett. *b*, dell'art. 49, d.lgs. n. 276/2003, lascia a ciascun livello di contrattazione collettiva tale spazio regolativo. Nel caso in cui sia intervenuto nel merito un accordo collettivo di livello integrativo sarà a questo che il datore di lavoro deve fare riferimento. È certo che è l'accordo aziendale la fonte che meglio di ogni altra rileva le capacità dell'impresa ad erogare la formazione e, dunque, ne può calibrare l'articolazione e l'erogazione, se interna ovvero esterna all'impresa (P. SARACINI, *Apprendistato, contrattazione collettiva e riforma del mercato del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO,

L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 539. S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato, commento agli artt. 47-50*, cit., 733, anche se si rileva la criticità prodotta dall'eventuale sovrapposizione di clausole collettive di differente livello. Altra dottrina, invece, sul punto si è espressa con netto scetticismo, G. ORLANDINI, *Regioni e Parti sociali tra sperimentazioni e "messa a regime" del nuovo apprendistato professionalizzante*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 155). La legge regionale ed il relativo regolamento di attuazione, in sostanza, sul punto, devono prevedere una norma di rinvio alle clausole collettive.

La formazione *formale* deve essere minimo di centoventi ore annue secondo il dettato dell'art. 49, comma 5, lett. a (così anche ccnl terziario Confcommercio 18 luglio 2008), ma spesso questa cifra è quantificata come media annua in alcuni contratti collettivi, le cui clausole, sul punto, devono considerarsi illegittime (ccnl telecomunicazioni 23 ottobre 2009).

Il percorso formativo dell'apprendista deve essere descritto in un documento denominato "piano formativo individuale", elemento essenziale del contratto che deve essere redatto in forma scritta (M. GARATTONI, *Misure per il sostegno dell'inserimento di lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratti di apprendistato*, in *LD*, 2006, 311).

Se il piano formativo individuale non è inserito nel contratto di lavoro dovrà essere sottoscritto, attraverso un allegato al contratto, da entrambe le parti contrattuali (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 385).

La circ. n. 40/2004 del Ministero del lavoro ha aggiunto che in questo documento devono essere indicati, «sulla base del bilancio di competenze del soggetto e degli obiettivi perseguiti mediante il contratto di apprendistato, il percorso di formazione formale e non formale dell'apprendista, nonché la ripartizione di impegno tra formazione aziendale o extra-aziendale». Il Ministero ha, inoltre, chiarito che questo «dovrà essere elaborato in coerenza con i profili formativi individuati dalle Regioni e dalle Province autonome, con il supporto tecnico del Repertorio delle Professioni», ma «in attesa di una regolamentazione a livello nazionale le Regioni e le Province autonome potranno autonomamente attivarsi per l'individuazione dei profili formativi».

3.3. In tema di incentivi a favore del datore di lavoro, si usa distinguere tra due forme a fronte dell'assunzione mediante contratto a contenuto formativo: gli incentivi di carattere *economico*, consistenti in sgravi contributivi ed in riduzioni del costo del lavoro concernenti la retribuzione dell'apprendista e gli incentivi di tipo *normativo* (P.A. VARESI, *I contratti a contenuto formativo*, Franco Angeli, Milano, 2001, 170; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 399).

I benefici contributivi sono diminuiti rispetto alla normativa originaria del contratto di apprendistato; infatti con la l. 26 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), art. 1, comma 773, è stata innalzata l'aliquota contributiva per gli apprendisti al 10%.

Ma si ritiene ancora applicabile la norma di cui all'art. 21, comma 6, l. 28 febbraio 1987, n. 56, che mantiene i benefici per un anno dopo la cessazione del periodo di apprendistato, ove il giovane sia confermato nell'organico (M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 286; D. GAROFALO, E. BALLETTI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 632; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 506; D. MEZZACAPO, *Apprendistato, commento agli artt. 51-53*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 752).

L'art. 53, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, prevede che «la categoria di inquadramento del lavoratore non potrà essere inferiore, per più di due livelli, alla categoria spettante, in applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è finalizzato il contratto». Si può tuttavia ritenere che inquadrare il giovane apprendista al di sotto del livello di inquadramento che verrà conseguito allo scadere del periodo formativo non sia un obbligo, bensì una concessione dell'ordinamento al datore di lavoro di poter usufruire dei relativi benefici, potendo la contrattazione collettiva prevedere diversamente (in tal senso, P. BELLOCCHI, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 595. D. MEZZACAPO, *op. cit.*, 750).

L'inquadramento a pari livello di un lavoratore qualificato potrebbe ritenersi ammissibile, poiché la norma di cui all'art. 53, comma 1, indica gli incentivi di cui il datore di lavoro beneficerà in cambio dell'erogazione della formazione. Pertanto, posto che il contratto persegua la finalità formativa prefissata nel piano formativo individuale, il datore di lavoro potrebbe rinunciare all'incentivo economico, usufruendo delle altre forme di incentivo offerte dall'ordinamento senza tuttavia incidere sullo schema contrattuale.

In ordine, invece, agli incentivi di tipo *normativo*, l'art. 53, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, dispone l'esclusione degli apprendisti dal computo nell'organico ai fini della applicazione di determinati istituti per l'applicazione dei quali è rilevante il numero dei dipendenti in azienda ovvero nell'unità produttiva. Tuttavia, si prescrive la possibilità di deroga da parte di previsione di legge ovvero di contratto collettivo (ad esempio il ccnl telecomunicazioni del 23 ottobre 2009 prevede che gli apprendisti siano computati per la costituzione delle RSU di cui all'art. 8 dello stesso ccnl. Mentre il ccnl credito dell'8 dicembre 2007 stabilisce che gli apprendisti siano computati solo ai fini di quanto previsto dall'accordo del 13 dicembre 2003 sulle libertà sindacali, ai fini delle cedole, dell'organico delle unità produttive per la costituzione di RSA, per i relativi permessi, ecc.).

In ordine, invece, al livello contrattuale legittimato a tale deroga, è plausibile secondo alcuni l'intervento a livello aziendale (G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit., 505).

L'apertura a diversa disposizione di legge e di contratto collettivo può spiegarsi quale conseguenza dell'ampliamento della durata del periodo formativo, e quindi di un troppo lungo periodo durante il quale scomputare gli apprendisti dall'organico ai fini dell'applicazione di determinate normative. La giurisprudenza costituzionale si era infatti pronunciata sulla questione asserendo che il meccanismo del non computo degli apprendisti può «apparire ragionevole solo nel contesto della grave crisi dell'occupazione giovanile [...], ma non in un arco di tempo più ampio», dato che incide «su fondamentali strumenti di tutela del lavoratore» ed allarga «l'area della recedibilità incontrollata [...], escludendo [il lavoratore] dal godimento dei diritti sindacali» (C. Cost. 12 aprile 1989, n. 181, in *MGL*, 1989, 132). Inoltre, si ricorda che il numero degli apprendisti può essere pari al 100% delle maestranze specializzate, come dispone l'art. 47, comma 2. Quest'ultima norma, letta in combinato disposto con l'art. 53, comma 2, può produrre «una facile elusione di alcune discipline legali ed un conseguente abbassamento generale delle tutele di tutti i lavoratori dell'impresa» (A. LOFFREDO, *Professionalità, trasformazioni organizzative e mercati del lavoro alla luce delle recenti riforme*, cit., 293).

3.4. Il d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, ha previsto una disciplina sanzionatoria di carattere amministrativo irrogabile a fronte dell'inadempimento degli obblighi formativi. L'art. 53, d.lgs. n. 276/2003, dispone che in caso di inadempimento dell'obbligo formativo che sia imputabile *esclusivamente* al datore di lavoro e tale da impedire la realizzazione delle finalità formative di ciascuna tipologia di apprendistato, il datore è tenuto a versare all'Inps la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100%; la predetta maggiorazione esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione.

È stato indicativamente descritto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sotto quali forme si può manifestare l'inottemperanza datoriale. La circ. n. 40/2004 ha, difatti, chiarito che l'inadempimento imputabile al datore di lavoro è valutato «sulla base del percorso di formazione previsto all'interno del Piano formativo e di quanto regolamentato dalla disciplina regionale» e si configura, ad esempio, se la quantità di formazione, anche periodica, è inferiore rispetto a quella stabilita nel piano formativo o dalla regolamentazione regionale, ovvero il lavoratore non sia affiancato da un tutore aziendale o questi non abbia le competenze adeguate.

Resta ferma, ad ogni modo, secondo un orientamento giurisprudenziale, la possibilità per il datore di lavoro di modulare la prestazione dell'apprendista e l'addestramento pratico in relazione alle concrete esigenze della organizzazione aziendale (Cass. 1° agosto 2002, n. 11482).

La sanzione amministrativa è l'unico aspetto sanzionatorio che l'ordinamento riconosce in ordine all'inadempimento dell'obbligo formativo da parte del datore di lavoro ed, inoltre, lo stesso legislatore afferma che «la maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione» (art. 53, comma 3, ultimo periodo).

Eppure, malgrado non vi sia esplicita espressione nel dettato normativo, parte della dottrina si è interrogata sulla possibilità che, a seguito della mancata erogazione dell'attività formativa, il contratto di apprendistato subisca una *trasformazione* ovvero *conversione* in "normale" rapporto di lavoro subordinato riconosciuto come tale *ab origine* (in dottrina M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 398; D. GAROFALO, *Apprendistato e contratto di inserimento*, cit., 634; M. DELL'OLIO, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *ADL*, 2005, n. 1, 92; A. LOFFREDO, *Contratti con finalità formativa: tra un passato incerto ed un futuro difficile*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 501; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 135, spec. nota 65. G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit., 508).

Secondo questa lettura, se la tipizzazione dei contratti nel diritto del lavoro ha «valore esclusivamente descrittivo» ed è, in realtà, «la qualificazione del rapporto a darci il regolamento legale del contratto (del *concreto* rapporto)» (M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, n. 3, spec. 537-538), lo stesso rapporto di lavoro sarà considerato lavoro subordinato indipendentemente dal *nomen* attribuito dalle parti se è assente la parte formativa e si risolve nella adibizione ad attività lavorativa dietro retribuzione (in giurisprudenza, con riferimento alla disciplina di cui alla l. 19 gennaio 1955, n. 25, e successive modifiche, che non contemplava alcuna trasformazione del contratto di apprendistato in caso di violazione degli obblighi formativi, come invece la normativa sul contratto di formazione e lavoro, Cass. 16 dicembre 1983, n. 7445, in *GC*, 1984, I, 2546; Cass. 7 giugno 1986, n. 3797, in *MGC*, 1986, fasc. 6; Cass. 20 agosto 1987, n. 6972, in *MGC*, 1987, fasc. 8-9; Cass. 12 maggio 1993, n. 5399, in *RGL*, 1994, II, 206; Cass. 28 gennaio 1995, n. 1052, in *DL*, 1995, II, 289; Cass. 12 maggio 2000, n. 6134; Cass. n. 11482/2002, cit.; Cass. n. 6787/2002, cit. Per i Tribunali di merito, si veda Trib. Lodi 14 aprile 1986, in *L80*, 1986, 1126; Trib. Monza 28 luglio 2004). In questo caso «non è che il contratto di apprendistato si trasformi – in via di sanzione – in contratto di lavoro "normale", ma è tale a titolo originario, in sede di qualificazione della fattispecie» (M.G. GAROFALO, *I contratti a causa mista nel d.lgs. n. 276/2003*, in *RGL*, 2004, n. 3, 421).

Al giudice spetta rilevare caso per caso se vi sia grave inadempimento da parte del datore di lavoro; giudizio, questo, che dovrà essere calibrato in base alla natura delle mansioni espletate dall'apprendista e delle modulazioni dell'attività formativa (Cass. 23 gennaio 2003, n. 1006).

L'onere della prova nel giudizio di accertamento spetta, secondo giurisprudenza costante, alla parte che allega la sussistenza di un contratto di apprendistato (Cass. n. 1052/1995, cit.; Pret. Firenze 22 gennaio 1990, in *Toscana lavoro e giurisprudenza*, 1990, 310; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 398) e «comprende non solo la dimostrazione dell'insegnamento impartito al fine della qualificazione professionale dell'apprendista, ma anche del diritto di questo ultimo a riceverlo» (Cass. 20 marzo 1985, n. 2053, in *MGL*, 1985, n. 263).

Secondo altra via interpretativa, la qualificazione del tipo non è tanto da ricondurre allo svolgimento del rapporto, come quando si debba discernere tra lavoro autonomo ovvero subordinato, «ma al contenuto precettivo del negozio quale fissato dalle parti al momento della stipulazione» – come gli elementi formativi richiesti dalla legge – «la inosservanza dei quali sul piano effettuale è inadempimento contrattuale e deve essere considerato come tale» (P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 599).

Secondo tale lettura, a fronte dell'inadempimento degli obblighi formativi da parte del datore di lavoro, il lavoratore potrebbe solo richiedere *ex art.* 1453 c.c. la risoluzione del contratto ovvero l'adempimento – qualora possibile –, salvo in ogni caso il risarcimento del danno; in questo caso il datore di lavoro soggiacerebbe solamente alla sanzione contributiva.

4. Nel presente studio si è avuto modo di riconoscere che l'apprendistato, in special modo quello *professionalizzante*, è potenzialmente una tipologia contrattuale valevole nell'organizzazione del lavoro nell'impresa di call center.

È stata in un primo momento, infatti, una risposta adeguata da parte delle imprese alle esigenze di «stabilizzazione» dei contratti di collaborazione coordinata e continuativa a progetto nel settore. Più in generale, attraverso questa forma contrattuale la platea di giovani lavoratori del settore può vedersi riconosciute numerose tutele del lavoro subordinato, godendo altresì di un periodo formativo necessario per le differenti mansioni cui è preposto il singolo lavoratore. L'apprendistato risponde, infatti, alle esigenze di formazione e riqualificazione richieste agli operatori di call center, anche per professionalità specializzate, come nel caso di servizi di consulenza in determinati ambiti – ad esempio, attività bancarie condotte per via telefonica, in servizi di (tele)marketing –, per i quali sono richieste conoscenze specifiche ed in continuo aggiornamento.

Inoltre, il datore di lavoro beneficia di notevoli incentivi, sia economici che normativi, a fronte dell'obbligo di impartire all'apprendista la formazione dettata nel piano formativo.

La contrattazione collettiva visionata prevede forse dei periodi ancora troppo lunghi per il periodo formativo rispetto alle esigenze del settore dei call center, ma si è visto che l'ultima modifica avvenuta con la l. n. 133/2008 ha eliminato il limite di durata minimo allora stabilito in due anni per il periodo di apprendistato; è possibile, dunque, per le parti sociali prevedere periodi di durata più brevi di formazione, più consoni al tipo di formazione richiesta agli operatori telefonici.

Ultimo aspetto da considerare, che rende conveniente al settore considerato la tipologia contrattuale formativa, riguarda la possibilità di espletare l'obbligo formativo anche con modalità on line e comunque utilizzando i supporti informatici già appartenenti all'attività lavorativa, purché ad erogare la formazione sia un'impresa dotata della capacità formativa e ciò sia previsto dalla regolamentazione regionale e collettiva (art. 49, comma 5-ter, d.lgs. n. 276/2003, a seguito di interpretazione costituzionale, C. Cost. n. 176/2010).

È ridondante, ma necessario, ribadire che la disciplina delle fonti che regolano la materia e le fonti stesse, per disomogeneità, sono allo stato attuale, ancora, la componente critica per un agevole ricorso in tutti i settori produttivi alla forma contrattuale formativa.

Si segnala, al proposito, che la disciplina del contratto di apprendistato è attualmente oggetto di revisione, in virtù della delega contenuta nella l. n. 183/2010, art. 46. Lo schema di decreto legislativo, nel testo pervenuto dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri e approvato, in via preliminare dal Consiglio dei Ministri in data 19 maggio 2011, diramato il 15 giugno 2011, è stato oggetto di intesa in sede di Conferenza Permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano.

Il contributo costituisce parte della ricerca *Il lavoro nei call center: profili giuridici*, finanziata dal Ministero della pubblica istruzione e della ricerca come Programma di ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN).

Lilli Carollo
Ricercatore Isfol

2. Contrattazione collettiva

2.1. Confindustria Bergamo, Cgil, Cisl, Uil, *Protocollo su competitività e occupazione*, 24 maggio 2011 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 21).

Un protocollo territoriale, di carattere promozionale, per favorire flessibilità e ripresa produttiva

Sommario: **1.** Il sistema industriale della provincia di Bergamo e l'uscita dalla crisi congiunturale. – **2.** Il protocollo territoriale su produttività e occupazione del 24/5/2011. – **3.** La negoziazione territoriale precettiva e promozionale.

1. La ripresa produttiva in provincia di Bergamo appare contraddistinta, per quanto riguarda il primo semestre del 2011, da orientamenti incerti e parzialmente contraddittori, identificativi di un processo non ancora avviato con decisione. L'indagine congiunturale trimestrale licenziata dalla locale CCIAA,

riferita al periodo gennaio-marzo 2011, ha infatti evidenziato, per quanto attiene il tasso di utilizzo degli impianti, in crescita a livello regionale rispetto all'andamento precedente al biennio di crisi congiunturale 2009-2010, una tendenza al ripiegamento a livello locale. La variazione grezza della produzione industriale in provincia di Bergamo risulta positiva per la meccanica (+16,8%) e negativa per il comparto tessile (-2,9%) e per il comparto del legno (-7%). Non risultano divergenze significative dei dati di produzione in riferimento alle dimensioni delle imprese campionate dalla CCIAA, mentre la dinamica congiunturale per gli ordini nazionali è negativa (-4,3%) ed in leggera flessione rispetto all'anno precedente (-0,5%); viceversa gli ordini internazionali risultano in crescita su base congiunturale (+3,6%) e su base tendenziale (+5,8%). Anche le rilevazioni periodiche condotte da Confindustria Bergamo presso la base associativa, ampiamente rappresentativa del sistema industriale locale, esprimono un andamento non omogeneo della ripresa produttiva nell'arco temporale gennaio-giugno 2011. L'analisi del ricorso agli ammortizzatori sociali e dell'andamento della contrattazione di contenuto economico evidenzia infatti una significativa riduzione dell'utilizzo di CIGO/CIGS/CIG in deroga complessivamente considerate (2.008 nuovi dipendenti dichiarati in cassa integrazione nel 1° trimestre 2011 vs 3.492 dipendenti nell'ultimo trimestre 2010), ma emergono pure alcune oscillazioni congiunturali e difficili situazioni aziendali rilevatrici del permanere temporaneo di una situazione di crisi diffusa e latente, ancora in grado di penalizzare singole unità produttive. La gestione degli esuberi risulta tuttavia ancora poco impattante (è stato concordato l'esubero solo di circa 90 dipendenti nell'intero primo semestre 2011), anche in ragione del ricorso alla CIG in deroga regionale, praticabile per l'intero 2011; inoltre cresce la contrattazione di contenuto economico, soprattutto nelle imprese di maggiori dimensioni, nonché il ricorso alla flessibilità dei tempi di lavoro. La campionatura di 100 aziende associate, appartenenti principalmente ai comparti metalmeccanico, chimico, della gomma-plastica, del tessile/abbigliamento, ha poi consentito il riscontro, nei primi due trimestri del 2011, di un rapporto 1 a 5 tra il personale dichiarato in CIGO ed il personale interessato da procedure di rinnovo della contrattazione aziendale, confermando la disponibilità delle imprese alla ripresa di relazioni sindacali ordinarie.

Il quadro conseguente alle disamine citate è quindi articolato e complesso, indicativo di una situazione in evoluzione nella quale il *trend* positivo di riaffermazione della capacità competitiva del sistema industriale locale si sviluppa con modalità molto diversificate, inevitabilmente produttive di una parziale incertezza occupazionale. In particolare l'analisi degli avviamenti al lavoro riferita all'anno 2010 prodotta dalla provincia di Bergamo in occasione della pubblicazione, a maggio 2011, del primo rapporto dell'Osservatorio sul territorio evidenzia «una virata verso forme contrattuali di più breve periodo» (§ 4.1, 73), in relazione soprattutto al ricorso alla somministrazione di lavoro, in quanto i lavoratori interinali coinvolti in missioni corrispondono al 13,5% di

tutti i lavoratori avviati ed il 19% di tutti gli avviamenti operati sul territorio. Si tratta peraltro di valori di difficile lettura ed analisi, sia per la complessità delle formule di estrazione dei dati e di comprensione delle modalità di esecuzione dei caricamenti operati presso i centri per l'impiego provinciali, sia per la difficoltà di interpretazione. In ogni caso la dinamica della ripresa, caratterizzata dall'evoluzione incerta sopra esaminata, indurrà prevedibilmente in un primo momento le imprese a privilegiare forme di inserimento al lavoro di carattere emergenziale, attraverso l'utilizzo di tipologie contrattuali idonee a consentire incrementi della forza lavoro tempestivi e di breve periodo. Successivamente il progressivo consolidamento dei flussi produttivi determinerà la probabile variazione delle modalità di assunzione, favorendo processi di inserimento di maggiore durata e correlati all'acquisizione delle nuove competenze, necessarie per il soddisfacimento delle esigenze aziendali derivanti dai riassetti organizzativi operati per reazione alla crisi congiunturale. Uno specifico osservatorio trimestrale sulla somministrazione a tempo determinato, attivato coinvolgendo le principali agenzie operanti in provincia di Bergamo (l'osservatorio è partecipato da Adecco Italia Spa, GI Group Spa, In Job Spa, Manpower Spa, Metis Spa), ha infatti evidenziato già nel primo trimestre 2011 la propensione all'incremento della durata – attraverso la successione di proroghe e rinnovi – ed alla successiva stabilizzazione, presso l'utilizzatore, delle missioni attivate nelle unità produttive del territorio.

Stante l'andamento sopra esposto, le linee di intervento ipotizzabili per accrescere il livello qualitativo dell'occupazione – promuovendo inserimenti stabili negli organici aziendali – e favorire l'incremento della capacità professionale del personale, per adeguarlo alle nuove competenze necessarie al sistema delle imprese, non possono quindi prescindere dal probabile riscontro, nei prossimi anni, di una progressiva crescita d'interesse delle imprese per la fidelizzazione del personale, al fine di coinvolgerlo in percorsi formativi per lo sviluppo di capacità di lavoro adeguate alle esigenze aziendali, contenendo il rischio delle inefficienze altrimenti derivanti da una eccessiva mobilità interaziendale. Tale obiettivo appare perseguibile anche attraverso una maggiore stabilità degli inserimenti al lavoro, rispetto alla prima fase di ripresa produttiva che invece è necessariamente caratterizzata, come si è detto, da una maggiore propensione al ricorso a tipologie contrattuali non standard per rapporti di breve durata. Conseguentemente, per quanto riguarda la nuova occupazione, la forma di rapporto di lavoro più idonea a soddisfare, a regime, le esigenze delle imprese, sopra evidenziate, potrà essere il contratto di apprendistato, come chiaramente delineato dal processo di riforma dell'istituto, attualmente in fase di implementazione. I percorsi pluriennali di accrescimento delle competenze realizzati attraverso l'alternanza tra momenti formativi e prestazione lavorativa, che consentono l'acquisizione di competenze tecnico-professionali e specialistiche, con un regime di durata fino a 3 anni (5 per specifiche ipotesi, nella formulazione del disegno di legge approvato nella seduta della conferenza Stato-Regioni del 7 luglio 2011) e con la remissione alla contrattazione na-

zionale delle specifiche tempistiche e delle modalità di erogazione della formazione, in relazione all'età ed al tipo di qualificazione da conseguire, permetteranno infatti un elevato grado di adattabilità dei percorsi. Ciò avverrà sia per categoria/comparto di appartenenza sia in riferimento alle particolari esigenze delle singole imprese, in ragione della possibile erogazione della formazione di tipo professionalizzante internamente all'azienda anche per la componente pubblica, finanziata dalle Regioni e finalizzata all'acquisizione di competenze di base e trasversali. Per quanto riguarda invece la componente occupazionale già in forza, comprensiva del personale richiamato in servizio allo scadere delle sospensioni o riduzioni di orario disposte, nel biennio di crisi, applicando il novero di ammortizzatori sociali disponibili, la formula più adeguata alla fase della ripresa successiva ai primi interventi emergenziali è rappresentata, in provincia di Bergamo, dalla correlazione tra prestazioni a tempo indeterminato e sistemi di variazione dei tempi di lavoro attivabili con modalità tali da corrispondere, quantitativamente e per grado di reattività, alle improvvise ed imprevedibili oscillazioni dei carichi di lavoro dovute all'incertezza delle produzioni.

2. Preso atto del contesto sopra esposto, per quanto concerne sia la situazione attuale sia gli sviluppi prospettabili nel medio periodo, Confindustria Bergamo e le segreterie confederali territoriali di Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto, in data 24 maggio 2011, un protocollo su competitività e occupazione (in epigrafe), di carattere promozionale, prioritariamente finalizzato ad orientare i comportamenti delle imprese, nonché le politiche attive praticate dalle federazioni sindacali di categoria operanti a livello locale, verso la valorizzazione degli adattamenti continui dei tempi di lavoro alle esigenze produttive. Si tratta di un fattore ritenuto congiuntamente indispensabile per l'accrescimento della competitività del sistema industriale territoriale e per favorire conseguentemente la stabilità occupazionale. Specificamente l'intesa si compone di alcune linee guida riferite alle discussioni che saranno sviluppate, a livello aziendale, in occasione dei prossimi confronti per la gestione degli orari di lavoro e degli inserimenti al lavoro, o per il rinnovo degli accordi aziendali scaduti, nonché di alcuni rinvii a successivi accordi attinenti in particolare i temi della formazione continua e dei rapporti di lavoro a contenuto formativo, tra i quali l'apprendistato professionalizzante. L'intento comune dei soggetti firmatari è stato pertanto la condivisione ed esecuzione congiunta e coordinata di un'operazione di *moral suasion*, che consentisse di influenzare la prossima evoluzione dei confronti sindacali aziendali, favorendo l'utilizzo di istituti normativi idonei ad incrementare la capacità delle imprese di produrre crescita economica ed occupazione di qualità.

In particolare il protocollo ha confermato l'applicazione dei contenuti della vigente contrattazione, di primo o secondo livello, riferita agli orari di lavoro, senza l'inserimento a livello aziendale di ulteriori aggravii economici o restrizioni. Le parti hanno quindi condiviso l'opportunità di non penalizzare la fruizione delle forme di flessibilità dei tempi di esecuzione delle prestazioni già

previste dall'attuale normativa legale e contrattuale applicata nelle singole aziende, concernente orari flessibili, elastici, sistemi di banca delle ore, variazione delle turnazioni, distribuzione dei calendari di lavoro, ricorso allo straordinario ed al lavoro supplementare, distribuzione infrasettimanale della durata delle attività lavorative, regime delle pause ecc. L'assunto all'origine dell'intesa è stato la considerazione comune della sussistenza di un ampio numero di adattamenti e flessibilità operative già ora permesse dai ccnl e dagli accordi aziendali in vigore. Tali facoltà dispositive, se pienamente attuate e non condizionate da maggiori costi, di norma possono, nel contesto territoriale al quale si riferisce il protocollo, consentire il soddisfacimento delle principali esigenze organizzative delle imprese senza il necessario ricorso ad interventi "derogatori". Il superamento del dettato contrattuale di livello nazionale od aziendale, per ripristinare la facoltà dispositiva sovente concessa al datore di lavoro od alle intese di secondo livello direttamente dalle norme legislative – in ragione del processo di destrutturazione della disciplina del diritto del lavoro accennata nei precedenti paragrafi – rappresenta infatti prevedibilmente, per le imprese industriali della provincia di Bergamo, una esigenza di carattere eccezionale. Il principio della esigibilità datoriale dei contenuti della contrattazione, ribadito anche dal recente accordo interconfederale del 28 giugno 2011, § 6 (in coerenza con quanto asserito in premessa, ossia che «è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezza [...] anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite»), è stato quindi declinato dal protocollo territoriale realizzato tra le parti sociali, in relazione alle specificità del contesto locale, nel senso semplicemente della moratoria di ulteriori pretese sindacali di aggravio economico o di restrizioni normative nell'utilizzo del lavoro flessibile, rispetto a quanto già contrattualmente disciplinato al primo o secondo livello di confronto, in previsione della resipiscenza della contrattazione aziendale che contraddistinguerà i prossimi anni di auspicata e graduale ripresa produttiva. Più specificamente il rischio che, in violazione peraltro dei divieti di sovrapposizione tra i livelli contrattuali ribaditi anche dal punto 3 del citato accordo interconfederale del 28 giugno 2011 («la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge»), le nuove negoziazioni determinino l'irrigidimento delle posizioni sindacali rispetto alle richieste datoriali di flessibilità organizzativa e gestionale, come reazione al forte disagio, in termini occupazionali e di reddito, riscontrato dal personale nel biennio di crisi congiunturale 2009-2010, ha indotto le parti a mediare una linea di indirizzo tesa alla valorizzazione piena delle forme di flessibilità già normate dai contratti, con prevedibili recuperi di occupazione stabile, esecuzione di interventi formativi di lungo periodo, rinuncia all'adozione di deroghe alle discipline contrattuali vigenti intese come superamento dei limiti di modificabilità già previsti. In assenza inoltre, nel territorio, di problematiche diffuse afferenti la praticabilità dei contenuti delle intese sindacali realizzate o da realizzarsi, la sanzionabilità di eventuali ina-

dempienze è stata rimessa ad eventuali previsioni aziendali: l'esigibilità dei comportamenti concordati non rappresenta, nell'esperienza locale, un difetto di sistema, come può invece risultare in altri territori o realtà aziendali, pertanto non è stata ritenuta meritevole di ricerca di soluzioni operative nell'ambito del protocollo.

3. Per quanto attiene poi la tipologia del protocollo in commento, si consideri che la negoziazione territoriale di contenuto normativo, riconosciuta già dall'accordo interconfederale del 23 luglio 1993, § 2, e successivamente confermata dall'accordo interconfederale del 15 aprile 2009, § 1.1., quale approccio praticabile in alternativa alla contrattazione aziendale, pienamente compatibile con il vigente sistema di assetti contrattuali, può trovare sostanzialmente espressione in intese di tipo precettivo o promozionale.

La prima categoria rappresenta l'esplicitazione della duplice facoltà – esercitabile dalle parti sociali – di strutturare un modello contrattuale articolato su molteplici livelli, reciprocamente coordinati e/o integrati, tra i quali rientra anche quello provinciale, e di adattare i contenuti della contrattazione attraverso la successione di interventi modificativi realizzati anche ad un livello differente da quello, nazionale o aziendale, delle intese modificate.

La seconda categoria è invece espressione del c.d. potere di influsso, proprio delle organizzazioni di rappresentanza – tra le quali rientrano le associazioni datoriali – quando non operano interventi direttamente vincolanti per i soggetti rappresentati.

Entrambi gli approcci sono favoriti dalla progressiva evoluzione del sistema giuslavoristico verso una condizione di forte destrutturazione, dovuta alla moltiplicazione, nelle norme legali, dei rinvii alla contrattazione collettiva, per la declinazione operativa di molti aspetti altrimenti disciplinati, in via solo sussidiaria, da disposizioni di carattere generale. Nell'ultimo decennio di produzione legislativa hanno infatti trovato sempre maggiore diffusione formule che consentono alla contrattazione, indipendentemente dal livello – nazionale, territoriale, aziendale – in cui viene realizzata, l'adozione di soluzioni operative differenziate. In coerenza con tale impostazione, nell'ambito delle attività di *moral suasion* sviluppabili a livello territoriale dalle associazioni datoriali, è allora ipotizzabile l'adozione di linee d'indirizzo operativo parimenti destrutturate, che favoriscano una evoluzione della contrattazione non condizionata da modelli imposti dall'esterno, ma libera di adattarsi alle differenti esigenze aziendali e sovra-aziendali. Tale dinamica, corrispondente quindi all'orientamento già assunto dal quadro legislativo degli ultimi anni, trova attualmente ostacolo, in fase operativa, in parte nell'impostazione ancora gerarchica del vigente sistema di relazioni industriali, in certa misura confermata anche dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (gli interventi modificativi ipotizzati al § 7 dell'intesa sono infatti espressamente condizionati dalle disposizioni dei ccnl di categoria, incaricati di definirne gli ambiti di esercizio ed i vincoli procedurali), in parte nell'eventuale inazione delle parti sociali deputate alla negoziazione, che, in riferimento allo specifico livello di esecu-

zione del confronto sindacale, possono essere le singole aziende e le relative RSA/RSU oppure le associazioni, territoriali o categoriali, sia datoriali che di rappresentanza dei lavoratori.

È pertanto evidente la parziale inadeguatezza delle forme nelle quali ha trovato di fatto attuazione il sistema di relazioni ipotizzato dalla regolamentazione contrattuale interconfederale del 1993 e del 2009, a motivo del contrasto tra l'evoluzione legislativa degli ultimi anni, orientata all'implementazione di un quadro normativo a geometria variabile, tendenzialmente sempre più adattabile a livello categoriale, territoriale ed aziendale, ed i condizionamenti ancora parzialmente imposti da un modello di assetti contrattuali che resta piuttosto centralizzato, rispetto al quale operano spinte centrifughe sempre più insistenti. Si rende quindi necessaria, per risolvere tale dissidio, una politica datoriale e sindacale finalizzata a favorire l'evoluzione interna del modello ed il suo progressivo allineamento agli indirizzi legislativi di forte liberalizzazione dei piani di confronto, dando concretezza ai primi orientamenti in tal senso presenti nel recente accordo interconfederale del 28 giugno 2011, ma ancora da declinare operativamente nella contrattazione nazionale e decentrata. Inoltre la capacità di recupero competitivo, realizzabile attraverso la contrattazione applicativa dei rinvii legislativi, presuppone competenze da parte dei soggetti coinvolti, disponibilità sindacale e datoriale all'assunzione di maggiori responsabilità, accertamento preventivo ed accettazione degli effetti diretti ed indiretti delle soluzioni modificative concordate, che non trovano sovente riscontro nella vigente prassi negoziale, per carenza di capacità e propensioni. Per agevolare l'evoluzione del sistema può allora risultare opportuna la strutturazione di confronti di carattere assertivo, come il protocollo su competitività e occupazione in commento, finalizzati alla definizione di principi generali e di orientamenti operativi proposti ai soggetti titolari della negoziazione, per favorirne il dispiegamento rispetto ad alcuni obiettivi condivisi. L'efficacia di questi interventi, promozionali ed esercitabili con maggiori risultati a livello territoriale, in quanto si tratta dell'ambito di confronto più prossimo alle problematiche riscontrate, sovente omogenee in ambito provinciale, è peraltro condizionata dalla qualità delle disamine preliminarmente condotte sul contesto economico ed occupazionale interessato, indispensabili per consentire l'adeguatezza delle asserzioni condivise rispetto al sistema al quale si riferiscono.

In particolare, la decisione di ricorrere, nel caso del protocollo del 24 maggio 2011, alla formula dell'intesa non precettiva, oltre a risolvere le problematiche altrimenti derivanti dalle autonomie decisionali spettanti alle organizzazioni che compongono le confederazioni sindacali firmatarie del protocollo, consente altresì di prevenire eventuali controversie che potrebbero derivare da comportamenti difforni da parte di imprese dissenzienti, stante la facoltà di autodeterminazione comunque riconosciuta alle aziende associate come linea di indirizzo sempre perseguita da Confindustria Bergamo nella contrattazione territoriale. L'intento di evitare occasioni di conflittualità, favorendo la con-

servazione dell'elevato grado di coesione sociale che ha contraddistinto i confronti sviluppati durante il periodo di crisi congiunturale 2009-2010, ha indotto quindi la scelta di una soluzione poco invasiva, la cui tenuta sarà prevedibilmente favorita dalla presenza, in provincia di Bergamo, di relazioni sindacali sostanzialmente costruttive. Si tratta di un approccio evidentemente non praticabile con analoghi risultati in contesti più difficili. Presupposto per l'efficacia dell'intervento è peraltro una maggiore acquisizione di competenze da parte dei soggetti negoziali coinvolti, indispensabile per la comprensione delle opportunità che il quadro normativo vigente comunque già ora contempla per risolvere, agendo sui tempi di lavoro, una quota significativa delle perdite di competitività riscontrate dalle imprese.

*Stefano Malandrini
Confindustria Bergamo*

3. Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

3.1. Circolare Inps 1° marzo 2011, n. 45 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 9).

Assistenza disabili: collegato lavoro e indicazioni operative

Sommario: **1.** Quadro normativo. – **2.** Soggetti aventi diritto. – **3.** Modalità di fruizione dei permessi. – **4.** Certificazione di disabilità grave (verbale di accertamento). – **4.1.** Certificazione provvisoria. – **4.2.** Sindrome di Down e rivedibilità. – **5.** Assenza di ricovero.

1. Il collegato lavoro (l. n. 183/2010) ha modificato sensibilmente la disciplina in materia di permessi per assistenza ai disabili, affrontando alcune problematiche che l'avvicinarsi di note interpretative di diverse amministrazioni (Ministero del lavoro, Inps, Funzione pubblica) non era riuscita del tutto a risolvere. In particolare, l'art. 24 del collegato: sostituisce il comma 3 dell'art. 33 della l. n. 104/1992, individuando compiutamente i beneficiari dei permessi e stabilendo che non può essere riconosciuta a più di un lavoratore dipendente la possibilità di fruire dei permessi per la stessa persona disabile (comma 1, lett. *a*); interviene sul comma 5 dello stesso art. 33 con riguardo al diritto, per il lavoratore che assiste il familiare, di scegliere la sede di lavoro facendo riferimento a quella più vicina al domicilio della persona da assistere (comma 1, lett. *b*); aggiunge all'art. 33 il comma *7-bis* che prevede la decadenza, per il prestatore di lavoro, del diritto ai benefici, qualora il datore di lavoro o l'Inps accertino l'insussistenza o il venir meno delle condizioni richieste per la fruizione dei permessi. Inoltre, sempre l'art. 24 del collegato lavoro sostituisce il comma 2 e abroga il comma 3 dell'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001

(*Testo Unico delle disposizioni legislative a tutela della maternità e della paternità*), eliminando i requisiti della “continuità” e della “esclusività” della assistenza quali presupposti essenziali ai fini della concessione dei benefici per assistere il figlio disabile maggiorenne (comma 2); infine incide sull’art. 20, comma 1, della l. n. 53/2000 eliminando, anche per la generalità dei familiari e degli affini del disabile, i requisiti della “continuità” e della “esclusività” previsti in precedenza ai fini del godimento dei permessi di cui all’art. 33 della l. n. 104/1992 (comma 3).

Sul nuovo impianto normativo introdotto dal collegato sono stati già forniti alcuni chiarimenti da parte della Funzione pubblica e dall’Inps; in particolare l’istituto, con circ. n. 45/2011, ha fornito un quadro riepilogativo dell’attuale disciplina del novellato art. 33 della l. n. 104/1992.

2. Nella circ. Inps n. 45/2011 si fa anzitutto il punto sui soggetti aventi diritto ai permessi che, secondo l’art. 24 del collegato, sono da individuarsi nel «lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero entro il terzo grado qualora i genitori o il coniuge della persona con handicap in situazione di gravità abbiano compiuto i sessantacinque anni di età oppure siano anche essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti».

L’Inps ricorda quindi che i lavoratori legittimati a fruire dei permessi sono, oltre allo stesso dipendente in situazione di disabilità grave e al coniuge, anche i parenti e gli affini entro il secondo grado e cioè: genitori, figli (parenti di primo grado); nonni, fratelli, sorelle, nipoti – figli di figli (parenti di secondo grado); suocero/a, nuora, genero (affini di primo grado); cognati (affini di secondo grado). Solo in particolari condizioni le agevolazioni possono essere estese ai parenti e affini di terzo grado delle persone da assistere (sono parenti di terzo grado: bisnonni, zii, nipoti e cioè figli di fratelli e/o sorelle; sono affini di terzo grado: zii acquisiti, nipoti acquisiti). Tali particolari condizioni sono rappresentate dai casi in cui il coniuge e/o i genitori della persona, in situazione di disabilità grave, abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, siano affetti da patologie invalidanti, siano deceduti o mancanti.

Con l’espressione “mancanti,” come precisato anche nella precedente circ. Inps n. 155/2010 o della Funzione pubblica n. 13/2010, l’istituto chiarisce che deve intendersi non solo una situazione di assenza naturale e giuridica (celibato o stato di figlio naturale non riconosciuto), ma anche ogni altra condizione ad essa assimilabile (divorzio, separazione legale, abbandono), debitamente certificata dall’autorità giudiziaria o da altra pubblica autorità.

Per quanto concerne invece le patologie invalidanti, non avendo la legge esplicitato tale nozione, l’Inps rinvia alle patologie indicate nell’art. 2, comma 1, lett. d, del decreto interministeriale n. 278 del 21 luglio 2000. Si tratterebbe, in altri termini, di: patologie acute o croniche che determinano temporanea o permanente riduzione o perdita dell’autonomia personale, ivi incluse le affezioni croniche di natura congenita, reumatica, neoplastica, infettiva, dismetabolica, post-traumatica, neurologica, neuromuscolare, psichiatrica, derivanti

da dipendenze, a carattere evolutivo o soggette a riacutizzazioni periodiche; patologie acute o croniche che richiedono assistenza continuativa o frequenti monitoraggi clinici, ematochimici e strumentali; patologie acute o croniche che richiedono la partecipazione attiva del familiare nel trattamento sanitario.

La documentazione medica riguardante tali patologie può essere rilasciata dal medico specialista del SSN o con esso convenzionato, dal medico di medicina generale, dalla struttura sanitaria nel caso di ricovero o intervento chirurgico.

Ai parenti o affini di terzo grado, che abbiano dunque diritto e interesse a fruire dei permessi, l'Inps richiede di allegare alla relativa domanda, in busta chiusa, la documentazione medica attestante la sussistenza della patologia invalidante da cui sono affetti il coniuge e/o il/i genitore/i del soggetto da assistere. Indicazioni operative in tal senso, a dire il vero, erano state già in parte fornite con messaggio n. 1740 del 25 gennaio 2011, nel quale l'Inps richiedeva l'invio al centro medico legale territorialmente competente della documentazione sanitaria inerente lo stato di salute del coniuge e/o del/i genitore/i, utile a comprovare la sussistenza della patologia invalidante. Allo stesso tempo, sospendeva i provvedimenti in corso al giorno precedente la data di entrata in vigore della l. n. 183/2010 (24 novembre 2010) e richiedeva agli interessati la presentazione, entro il 31 marzo 2011, di «dichiarazioni atte a verificare la sussistenza dei requisiti per la fruizione dei permessi»; l'assenza di tali dichiarazioni comportava il venir meno del provvedimento di autorizzazione al conguaglio (nel caso di pagamento a conguaglio della prestazione) e la reiezione delle domande (nel caso di pagamento diretto della prestazione) con effetto dal 24 novembre 2010.

Con la circ. Inps n. 45/2011, l'istituto chiede ora ai propri uffici di «riesaminare le domande presentate dai parenti e affini di terzo grado dei soggetti in situazione di disabilità grave nonché quelle presentate da più familiari per l'assistenza allo stesso soggetto con disabilità in situazione di gravità» precisando che, qualora sia accertata l'insussistenza dei requisiti richiesti dalla recente normativa, si dovrà invitare gli interessati, nel più breve tempo possibile, a rinnovare le domande corredate dalle dichiarazioni del soggetto disabile. In particolare, nell'ipotesi in cui i permessi siano stati accordati a parenti o ad affini di terzo grado del soggetto in situazione di disabilità grave, si dovrà acquisire la dichiarazione del dipendente dalla quale risulti la relazione di parentela con il soggetto disabile e che il coniuge e/o i genitori di quest'ultimo abbiano compiuto i sessantacinque anni di età, oppure siano affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti. Nell'ipotesi, invece, in cui i permessi siano stati accordati a più persone per lo stesso soggetto disabile, dovrà essere acquisita la dichiarazione di quest'ultimo da cui risulti la scelta del soggetto beneficiario dei permessi.

Qualora le dichiarazioni richieste non siano state presentate entro il 31 marzo 2011, chiarisce da ultimo la circ. n. 45/2011, gli uffici territoriali dell'istituto «dovranno inviare agli interessati la comunicazione attestante la revoca, con

effetto da tale data» – e non più dal 24 novembre u.s. – «del provvedimento di autorizzazione alla fruizione dei permessi di cui alla l. n. 104/1992».

3. Quanto alle modalità di fruizione dei permessi, la circ. Inps n. 45/2011 fornisce un quadro riepilogativo, chiarendo che il dipendente in situazione di disabilità grave ha la possibilità di fruire alternativamente in ogni mese di: due ore di permesso al giorno per ciascun giorno lavorativo del mese; tre giorni interi di permesso al mese; diciotto ore mensili da ripartire nelle giornate lavorative secondo le esigenze personali, frazionabili e fruibili per un tempo pari o superiore a un'ora (le predette ore mensili, se fruite per l'intera giornata, comporteranno un abbattimento dell'orario teorico giornaliero). Se, invece, i permessi sono fruiti non dal dipendente disabile ma da un familiare, lo stesso ha diritto alternativamente o ai tre giorni o alle diciotto ore mensili (24 ore nel settore privato, si veda il messaggio n. 16866/2007).

Infine, rispetto ai genitori che assistono figli di età inferiore ai tre anni in situazione di disabilità grave, l'Inps ricorda che gli stessi possono fruire alternativamente: del prolungamento del congedo parentale retribuito fino al terzo anno di vita del bambino, ad avvenuta fruizione del congedo di maternità e del congedo parentale ordinario; di due ore di permesso giornaliero; di tre giorni interi di permesso al mese. In tal caso, l'istituto precisa che la fruizione dei permessi deve intendersi alternativa e non cumulativa nell'arco del mese. Conseguentemente, nel mese in cui uno o entrambi i genitori, anche alternativamente, abbiano fruito di uno o più giorni di permesso ai sensi dell'art. 33, comma 3, della l. n. 104/1992, gli stessi non potranno beneficiare per il medesimo figlio delle ore di permesso giornaliero o del prolungamento del congedo parentale.

Per quanto riguarda la programmazione dei permessi, altri chiarimenti contenuti nella circ. Inps n. 45/2011 sembrano indirizzati esclusivamente al personale dell'istituto; pur tuttavia gli stessi ricalcano indicazioni operative già fornite in passato in relazione al precedente impianto normativo. È il caso, ad esempio, dell'obbligo che l'Inps introduce di «comunicare al Direttore della struttura di appartenenza, all'inizio di ciascun mese, la modalità di fruizione dei permessi, non essendo ammessa la fruizione mista degli stessi nell'arco del mese di riferimento ed è tenuto altresì a comunicare, per quanto possibile, la relativa programmazione».

Sul punto, vale la pena ricordare la risposta fornita dal Ministero del lavoro con l'interpello n. 31/2010, in cui è stato chiarito che il datore di lavoro può richiedere una programmazione dei permessi, verosimilmente a cadenza settimanale o mensile: laddove il lavoratore che assiste il disabile sia in grado di individuare preventivamente le giornate di assenza; purché tale programmazione non comprometta il diritto del disabile a una effettiva assistenza; a condizione che segua criteri quanto più possibile condivisi con i lavoratori o con le loro rappresentanze. Il Ministero specifica inoltre che «i medesimi principi dovrebbero evidentemente essere osservati per quanto concerne la possibilità, da parte del dipendente, di modificare la giornata in precedenza programmata

per la fruizione del permesso, fermo restando che improcrastinabili esigenze di assistenza, e quindi di tutela del disabile, non possono che prevalere sulle esigenze imprenditoriali».

L'Inps, ribadendo impostazioni interpretative già espresse sulla base del precedente quadro normativo, precisa inoltre che, se da un lato le nuove norme non precludono la possibilità per lo stesso dipendente di assistere più persone in situazione di disabilità grave, con la conseguenza che – ove ne ricorrano tutte le condizioni – il medesimo lavoratore potrà fruire di permessi anche in maniera cumulativa per prestare assistenza a più disabili, dall'altro non precludono a un lavoratore in situazione di disabilità grave di assistere altro soggetto che si trovi nella stessa condizione e, pertanto, in presenza dei presupposti di legge, tale dipendente potrà fruire dei permessi per se stesso e per il familiare disabile che assiste. Qualora poi il dipendente fruisca dei benefici in argomento per assistere un familiare disabile lavoratore, è necessario che l'assistito non sia impegnato in attività lavorativa nella stessa giornata in cui è richiesto il permesso.

Ricorda poi l'istituto – riferendosi tuttavia in particolare ai propri dipendenti – che i permessi in questione, qualunque sia la modalità di fruizione, sono utili ai fini della maturazione delle ferie e della tredicesima, nonché della corresponsione del compenso incentivante e, se fruiti in modalità oraria tale da non comportare un'assenza per l'intera giornata, danno diritto alla attribuzione del buono pasto (si veda il messaggio n. 000610 del 17 aprile 2003 e l'allegato accordo sottoscritto in data 3 aprile 2003). Ai dipendenti in regime di tempo parziale i permessi in argomento, se fruiti nella modalità oraria, spettano in misura corrispondente alla percentuale di riduzione dell'orario di lavoro nel caso di part-time orizzontale, mentre nel caso di part-time verticale spettano per intero (diciotto ore mensili). Per quanto riguarda, invece, i permessi fruiti nella modalità giornaliera, gli stessi spettano per intero (tre giorni) ai dipendenti con orario di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale, mentre vengono ridotti proporzionalmente all'orario osservato dai dipendenti con orario di lavoro a tempo parziale di tipo verticale.

4. Nella circ. n. 45/2011 l'Inps fa anche il punto sulla certificazione utile al riconoscimento dei benefici di cui alla l. n. 104/1992, ricordando anzitutto che la condizione prioritaria ed essenziale per accedere ai permessi retribuiti è che il soggetto disabile sia in possesso della certificazione di disabilità (verbale di accertamento) con connotazione di gravità (art. 3, comma 3, l. n. 104/1992).

L'istanza per il riconoscimento dello stato di disabilità grave va inoltrata dall'interessato (soggetto disabile) al direttore della sede Inps di appartenenza, per via telematica, direttamente o tramite i patronati, dopo il rilascio, da parte del medico di base o altro medico certificatore, dell'attestazione dell'invio della certificazione finalizzata alla domanda per il riconoscimento della disabilità grave. La certificazione, o verbale, con cui viene riconosciuto lo stato di disabilità grave viene rilasciata da un'apposita commissione medica operante presso ogni Asl costituita ai sensi dell'art. 4, comma 1, della l. n. 104/1992 e

integrata – ai sensi dell’art. 20, comma 1, del d.l. n. 78/2009 (conv. dalla l. n. 102/2009) – «da un medico dell’IPNS quale componente effettivo»; la documentazione così formalizzata non può essere sostituita da eventuali certificati/verbali di invalidità, anche se attestano l’invalidità totale.

4.1. Qualora siano trascorsi quindici giorni – in caso di patologie oncologiche (si veda art. 6, comma 3-*bis*, della l. n. 80/2006) – o novanta giorni – per tutte le altre patologie (si veda art. 2, comma 2, del d.l. n. 324/1993 conv. dalla l. n. 423/1993) – dalla data di inoltro della suddetta istanza e il dipendente non sia ancora in possesso della certificazione di disabilità grave, lo stesso può presentare domanda all’ufficio competente per la concessione dei permessi in questione, allegando una certificazione provvisoria rilasciata dal medico, in servizio presso una struttura pubblica o privata equiparata alla pubblica, specialista nella patologia dalla quale è affetta la persona disabile. Sul rilascio di tale certificazione, vanno peraltro ricordati i chiarimenti contenuti nella circ. Inps n. 32/2006, secondo cui il “medico ospedaliero” che rilascia la certificazione provvisoria: deve essere specialista nella disciplina medica/chirurgica cui afferisce la patologia che qualifica – anche se provvisoriamente – il soggetto menomato/minorato quale «portatore di handicap in situazione di gravità»; è da intendersi come il reparto in cui il soggetto è stato ricoverato (ossia è sufficiente che quest’ultimo sia “specializzato” nelle patologie di interesse).

L’istituto precisa, altresì, che per “medico ospedaliero” non è da intendersi soltanto chi opera negli ospedali gestiti direttamente dalle Asl, ma anche il medico della struttura di ricovero pubblica o privata equiparata alla pubblica, vale a dire: aziende ospedaliere (ospedali costituiti in azienda ai sensi dell’art. 4, comma 1 del d.l. n. 502/1992), nonché istituti di ricovero e cura a carattere scientifico pubblici (art. 42, l. n. 833/1978); strutture ospedaliere private equiparate alle pubbliche, e cioè policlinici universitari (art. 39, l. n. 833/1978); istituti di ricovero e cura a carattere scientifico privati (art. 42, l. n. 833/1978); ospedali classificati o assimilati ai sensi dell’art. 1, ultimo comma, della l. n. 132/1968 (art. 41, l. n. 833/1978); istituti sanitari privati qualificati presidi USL (art. 43, comma 2, l. n. 833/1978 e d.P.C.M. 20 ottobre 1988); enti di ricerca (art. 40, l. n. 833/1978).

La certificazione in questione ha validità fino alla conclusione del procedimento di accertamento; nell’ipotesi in cui, in esito a tale procedimento, la commissione medica non riconosca la condizione di disabilità grave, le assenze eventualmente effettuate dal dipendente, in via provvisoria, a titolo di permessi *ex l.* n. 104/1992, saranno trasformate in assenze ad altro titolo.

4.2. Per la concessione dei benefici in argomento a chi assiste persone con sindrome di Down o grandi invalidi di guerra – categorie equiparate a soggetti in situazione di disabilità grave ai sensi dell’art. 3 della l. n. 104/1992 – l’Inps ricorda l’esistenza di una procedura semplificata che consiste nella presentazione, in luogo del verbale di accertamento, della documentazione illustrata nei punti 1 e 2 della circ. Inps n. 128/2003. In tale occasione l’Inps chiariva che i soggetti affetti da sindrome di Down, ai fini della fruizione dei benefici

di cui alla l. n. 104/1992, possono essere dichiarati in situazione di gravità, oltre che dall'apposita commissione Asl, anche dal proprio medico di base, previa richiesta corredata da presentazione del "cariotipo". Inoltre i soggetti affetti da sindrome di Down sono esenti, secondo quanto previsto dalla legge stessa, da ulteriori successive visite e controlli.

Per quanto, invece, concerne i grandi invalidi di guerra di cui al d.P.R. n. 915/1978 – che ai sensi dell'art. 38, comma 5, della l. n. 488/1998 sono considerati persone handicappate in situazione grave – «la situazione di gravità è attestata dalla documentazione rilasciata agli interessati dai Ministeri competenti al momento della concessione dei benefici pensionistici». Pertanto per la fruizione dei benefici di cui all'art. 33 della l. n. 104/1992 per i grandi invalidi di guerra, cioè i titolari di pensione o di assegno temporaneo di guerra per lesioni o infermità ascritte alla prima categoria con o senza assegno di superinvalidità, l'attestato di pensione o copia del decreto concessivo della stessa può validamente sostituire la certificazione di handicap in situazione di gravità rilasciata dalle competenti commissioni Asl.

Al di fuori di tali ipotesi, la circ. Inps n. 45/2011 precisa che nel caso in cui, da parte della competente commissione medica, venga fissata una rivedibilità del soggetto, indicando una data di scadenza della certificazione o verbale, decorso detto termine, decadono i benefici relativi ai permessi. L'Inps raccomanda, pertanto, agli interessati, per continuare a beneficiare delle agevolazioni già riconosciute, di provvedere tempestivamente alla attivazione dell'iter procedurale finalizzato alla conferma della condizione di disabilità grave.

5. L'Inps, da ultimo, chiarisce che altro requisito essenziale per la concessione dei permessi di cui all'art. 33 della l. 104/1992 è l'assenza di ricovero a tempo pieno della persona con disabilità grave, per ciò intendendosi il ricovero per le intere ventiquattro ore presso «strutture ospedaliere o simili, pubbliche o private, che assicurano assistenza sanitaria continuativa». Al riguardo, l'istituto fa presente che i permessi in argomento non sono concedibili al dipendente per far fronte a necessità assistenziali "non sanitarie" (aiuto nell'igiene, nella alimentazione, nel supporto personale) di cui i familiari di una persona ricoverata si fanno carico. Detti permessi possono essere invece concessi, come ribadito nella circ. n. 13/2010 del dipartimento della Funzione pubblica, anche in presenza di ricovero nei seguenti tre casi: interruzione del ricovero per necessità del disabile di recarsi fuori della struttura che lo ospita per effettuare visite o terapie; ricovero a tempo pieno di un disabile in coma vigile e/o in situazione terminale; ricovero a tempo pieno di un minore in situazione di disabilità grave per il quale risulti documentato dai sanitari della struttura il bisogno di assistenza da parte di un genitore o di un familiare.

La ricorrenza delle situazioni eccezionali di cui sopra dovrà comunque risultare da idonea documentazione medica.

Danilo Papa

Dirigente – D.G. Attività Ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali

4. Lavoro pubblico

4.1. Decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 33).

4.2. Legge 4 marzo 2009, n. 15 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

(4.1. – 4.2.) La contrattazione integrativa nel settore pubblico dopo le riforme *

Sommario: **1.** La nuova contrattazione integrativa. – **1.1.** Il sistema contrattuale nelle pubbliche amministrazioni quindici anni dopo. – **2.** Le “dimensioni” della contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009 tra “teoria” e “prassi”. – **2.1.** L’operatività della contrattazione integrativa tra tempi di attuazione, rinnovi contrattuali e... – **2.2.** *Segue:* ...ciclo di gestione della performance.

1. L’ampia riforma del lavoro pubblico, che ha preso le mosse dalla “storica” l. delega n. 421/1992 ed è stata seguita da almeno tre stagioni di decretazione delegata e altri passaggi fondamentali (ad esempio la stagione della riforma c.d. Bassanini), ha portato con sé, tra le altre cose, una tendenziale omogeneizzazione delle regole negoziali tra lavoro pubblico e lavoro privato. A ben vedere, anzi, è stato il settore pubblico a sopravanzare l’altro, anche solo per il fatto di essersi dato delle norme legali relative al cruciale problema della rappresentatività in sede, appunto, negoziale.

Questo non ha impedito, tuttavia, al sistema delineato dagli artt. 40 ss. del d.lgs. n. 165/2001 di raggiungere da un lato un discreto livello di effettività, dall’altro di fallire soprattutto sul piano della corretta gestione delle compatibilità economiche, vera e propria “spada” sul piano della efficacia reale della riforma medesima. Se è vero, infatti, che nel settore del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche la tenuta delle regole si è dimostrata particolarmente affidabile, sia sul piano dei soggetti contrattuali che su quello della ripartizione delle competenze tra i differenti livelli (confederale, di comparto e integrativo), diversa rimane la considerazione laddove si volga lo sguardo alle ricadute sul piano dei poteri stessi (*rectius* ambito di competenze) della negoziazione collettiva complessivamente considerata, anche nelle sue diverse fattispecie morfologiche (concertazione, informazione, esame congiunto, contrattazione), e soprattutto agli esiti micro e macro economici. Sul piano delle singole amministrazioni si è assistito, infatti, a un evidente aumento delle dinamiche retributive, in totale disgiunzione dalle pur previste compatibilità di bilancio, considerate spesso quale mero parametro minimo di obiettivo sindacale.

* I §§ 1 e 1.1. sono attribuibili a Gaetano Zilio Grandi; i §§ da 2 a 2.2 a Micaela Vitaletti.

Le più recenti analisi, svolte finalmente anche dal giudice della Corte dei conti, dimostrano infatti come il pre-requisito della copertura finanziaria si sia atteggiato in realtà a poco meno che un simulacro, altisonante ma privo di aggancio con la realtà. Non a caso, nella presentazione dei recenti disegni di legge governativi, da un lato è stato enfatizzato il ruolo della contrattazione collettiva, e in particolare integrativa, per il raggiungimento di nuovi obiettivi di produttività del lavoro pubblico, dall'altro la stessa contrattazione è stata posta in un certo senso sul "banco degli imputati", sempre e soprattutto con riguardo al livello inferiore.

Come traspare dai dati pubblicati dal Ministro della pubblica amministrazione e dell'innovazione (3 luglio 2008, su dati Istat), invero, la pregressa e in buona misura ancora attuale struttura della contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni ha avuto buon gioco nel favorire un aumento delle retribuzioni, ben più consistente di quello avutosi nello stesso periodo nel settore privato. Ciò ha riguardato sia gli importi tabellari sia quelli aggiuntivi, sui quali si deve fare un discorso a parte. È qui infatti che si situa l'anomalia, perché gli emolumenti aggiuntivi, pur redistribuiti, come detto, prevalentemente nel settore pubblico, non sembrano trovare piena risposta in oggettive ragioni legate alla produttività, qualità o redditività, come prescritto per il settore privato, ma in verità anche per quello *de quo*, dal Protocollo del 23 luglio 1993 e ancora più di recente nel Protocollo con stessa data ma del 2007, nonché già nel *Memorandum* sul lavoro pubblico dello stesso anno.

È evidente che tale differenziale, negato dalle organizzazioni sindacali, non trova la propria fonte nel solo sistema retributivo, ma altresì, come si cercherà di evidenziare, nel problematico e contraddittorio meccanismo di organizzazione del lavoro e nelle sue modifiche normative e applicative. Basti pensare all'utilizzo scriteriato dei passaggi di qualifica e soprattutto delle progressioni verticali e orizzontali, spesso prive di qualunque elemento di concorsualità sostanziale e, piuttosto, frutto di scelte unilaterali della singola amministrazione o peggio del singolo dirigente. Il tutto, è chiaro, condiviso e anzi favorito da buona parte delle organizzazioni sindacali, ancora legate al duplice schema per il quale il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni risulta ancora mal pagato in virtù dello scambio con una sua stabilità quasi assoluta e, per altro verso, gli aumenti debbono essere uguali per tutti sulla falsariga di un principio (questo sì assoluto) di egualitarismo.

Quanto riferito è stato conseguenza, tra l'altro, ed è ciò che ha reso e rende necessario un radicale intervento normativo, del totale squilibrio che è venuto a crearsi tra risorse destinate alla contrattazione integrativa, l'uso che se ne è fatto e comportamenti non virtuosi, tanto a livello macro, in sede di contrattazione nazionale di comparto, quanto a livello decentrato. L'esito è stato un aumento delle retribuzioni di fatto nel settore pubblico, svincolato non solo dai fattori tipici ai quali le retribuzioni accessorie dovrebbero essere collegate, ma anche da quella che dobbiamo richiamare come *ability to pay* delle ammi-

nistrazioni, ovvero la capacità di rispondere senza ulteriori aggravii di bilancio alle richieste sindacali in proposito.

Eppure la pratica attuale non sembra così diversa dal passato, almeno guardando alla contrattazione collettiva integrativa che già non sembrava dare segnali positivi, se pur precedente all'intesa del 4 febbraio 2011 sulla regolamentazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi (in *Boll. Adapt*, 2011, n. 5; G. ZILIO GRANDI, *Tanto tuonò che non piovette. Dal blocco degli automatismi al blocco della retribuzione incentivante*, in *Boll. Adapt*, 2011, n. 6) dove di fatto si esclude per ora una reale operatività della riforma. Si ricorda, infatti, che a "svantaggio" della riforma era già intervenuto il d.l. n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010 attraverso un discusso maxiemendamento, che incide sulla materia qui in oggetto, indirettamente, mediante il sostanziale blocco dei livelli stipendiali a quanto previsto per il 2010 (art. 9, comma 1; ma si vedano anche i commi 2-4, su riduzioni di indennità e tetto massimo ai rinnovi contrattuali precedenti), con una previsione dedicata al comparto ricerca e università, ovvero, con specifico riguardo alle autonomie locali, attraverso la previsione di un obiettivo di «contenimento delle dinamiche di crescita della contrattazione integrativa» (art. 7, comma 1, lett. c).

È di qualche interesse, tuttavia, verificare le ragioni che hanno portato alla situazione attuale.

2. L'art. 40-bis, comma 5, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, così come modificato dall'art. 55, comma 5, del d.lgs. n. 150/2009, prevede un meccanismo di pubblicità della contrattazione in base al quale le amministrazioni devono trasmettere all'Aran, entro cinque giorni dalla sottoscrizione, il testo contrattuale con l'allegata relazione tecnico-finanziaria e illustrativa, con l'indicazione delle modalità di copertura dei relativi oneri in riferimento agli strumenti annuali e pluriennali di bilancio, da inviare altresì al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (in generale sulla riforma U. CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2010, n. 101; B. CIMINO, *La "riforma Brunetta" del lavoro pubblico. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. Selettività e merito nella disciplina delle progressioni professionali e della retribuzione incentivante*, in *GDA*, 2010, 29; U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010; G. IANNIRUBERTO, *Il contratto collettivo nel lavoro pubblico dopo la legge Brunetta*, in *RIDL*, 2010, 221; V. TALAMO, *La "riforma Brunetta" del lavoro pubblico. D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *GDA*, 2010, 13; L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico: ragioni e innovazioni della L. 4 marzo 2009, n. 15 e del D. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009).

Questo meccanismo svolge una funzione di “cognizione” dei contenuti assunti dalla nuova contrattazione collettiva e, nel contempo, consente di verificare i dati “reali” del suo sviluppo e di comprendere, in tale modo, le dimensioni effettive del fenomeno; passaggio, questo, indubbiamente preliminare, ma indispensabile se si considera l’attuale sviluppo singolarmente ridotto della contrattazione in esame: 6 per le amministrazioni dello Stato, agenzie, enti pubblici; 688 per le Regioni, Provincie, Comuni, Camere di Commercio e altri enti territoriali; 102 per le aziende sanitarie locali e altre amministrazioni del servizio sanitario nazionale (SSN) (non sono stati considerati i contratti stipulati per i dirigenti della pubblica amministrazione. Altresì, non si considerano università, enti di ricerca, istituti di istruzione superiore e istituti di istruzione secondaria e primaria – il cui numero di contratti pubblicati è pari a 769 – per cui è previsto un regime “speciale”).

Considerando che, in Italia, le amministrazioni pubbliche, per sottoclassi di unità istituzionali, sono oltre dieci mila (soltanto i comuni sono 8.101) e i lavoratori alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni stabilmente assunti sono 3.131.826, il numero dei contratti sottoscritti nell’ultimo anno è davvero esiguo: essi riguardano solo il 7,5% circa delle amministrazioni (ulteriori dati sono riportati nel volume L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 2009). Dato tanto più rilevante se si tiene conto che l’art. 65 del decreto n. 150/2009 ha previsto la perdita di efficacia della contrattazione integrativa in caso di mancato adeguamento della medesima alle disposizioni riguardanti la definizione degli ambiti riservati alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché a quanto previsto dalle disposizioni del Titolo III del decreto su *Merito e premi* entro il 31 dicembre 2010.

Come spiegare, allora, questa apparente inerzia della contrattazione collettiva integrativa, almeno fino all’intesa del 4 febbraio 2009?

Una possibile risposta sembra discendere dall’analisi del ruolo acquisito fino ad ora dalla contrattazione medesima, posto che essa, come sembra dal complesso della nuova disciplina, è tenuta ad assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l’impegno e la qualità della performance individuale od organizzativa da remunerare attraverso un trattamento accessorio.

Così come di altrettanto interesse sarà indagare l’ambito in cui ha operato fin ad ora la contrattazione integrativa, stretta tra tempi di attuazione della riforma, rinnovi della contrattazione nazionale e, appunto, realizzazione del ciclo di gestione della performance, volto a introdurre un nuovo sistema di misurazione e valutazione del personale delle pubbliche amministrazioni a cui è correlata la funzione premiante, attraverso la retribuzione accessoria, della stessa contrattazione integrativa.

2.1. Non vanno anzitutto sottaciuti, in questa prospettiva, gli esigui margini entro cui le parti sociali hanno potuto operare: da una parte, i tempi previsti per la realizzazione della riforma sono progressivi; dall’altra, il contratto collettivo integrativo è solo l’ultimo tassello di un complesso meccanismo la cui

attuazione costituisce la chiave di accesso al ruolo affidato alla contrattazione collettiva, in particolare per i profili relativi al trattamento accessorio.

Con specifico riguardo ai tempi di attuazione, peraltro, l'urgenza di rinnovamento non concerne tutte le amministrazioni dello Stato: le modifiche da apportare entro il 31 dicembre 2010 non toccano infatti le Regioni, che avranno tempo fino al 31 dicembre 2011, mentre le autonomie locali, nonché il SSN, dovranno adeguarsi entro il 31 dicembre 2012 in ragione del generale principio di adeguamento dei rispettivi ordinamenti alle disposizioni del titolo III (principio generale contenuto nell'art. 31 del d.lgs. n. 150/2009). Ciò vuol dire che dalla nuova contrattazione collettiva integrativa si escludono anche le "autonomie locali", oltre alle Regioni e al SSN: si tratta dell'88% delle amministrazioni e del 45% circa del personale pubblico. Per tutte le altre amministrazioni, il mancato adeguamento implica invero la perdita di efficacia a far data dal 1° gennaio 2011.

Il limite temporale di avvio della riforma riguarda anche il rinnovamento del sistema di valutazione del personale della pubblica amministrazione. Il ciclo di gestione della performance si arresta infatti in diversi passaggi che rendono impraticabile l'operatività della contrattazione integrativa, almeno in base alla correlazione tra misurazione e valutazione del merito e retribuzione accessoria, giacché le prime costituiscono presupposto per la definizione del trattamento economico integrativo.

I ritardi della contrattazione integrativa – se non altro in relazione alle novità sostanziali della riforma, quelle cioè che attengono all'adeguamento dei livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici mediante il maggior impegno e qualità della performance individuale o collettiva dei dipendenti da incentivare attraverso la retribuzione accessoria – dipendono, dunque, in gran parte dai tempi di attuazione della riforma, nonché, come si vedrà più avanti, dalla disponibilità dei fondi per i rinnovi contrattuali.

La funzione "premiante" della contrattazione integrativa, infatti, ha inizio là dove finiscono da una parte il contratto collettivo nazionale, dall'altra il ciclo di gestione della performance. Pochi sono, invece, gli obblighi di immediata applicazione.

Se sono di diretta applicazione le disposizioni che escludono l'intervento dell'autonomia collettiva sulle materie attinenti alla organizzazione degli uffici, alla partecipazione sindacale e alle prerogative dirigenziali, nonché la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali – nei nuovi contratti integrativi non risulta, infatti, alcun riferimento a tali ambiti che, se comunque presenti, "cadrebbero" a far data dal 1° gennaio 2011 – sono, invece, in attesa di attuazione sia il sistema di riparto di competenze tra primo e secondo livello contrattuale, da definire nell'ambito del contratto nazionale, sia il ciclo di gestione della performance.

L'attività sindacale integrativa si svolge, infatti, sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali che verranno rinnovati sol-

tanto nella tornata successiva a quella dell'entrata in vigore del decreto, come previsto all'art. 65 del d.lgs. n. 150/2009.

A tale rinvio è seguito, come sopra riferito, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. n. 122/2010, che individua nel trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, percepito per l'anno 2010, quello (e solo quello) che verrà corrisposto anche per il periodo che va dal 2011 al 2013 (A. ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria"*, in *LPA*, 2010, 289; M. CORTI, A. SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. "legge Brunetta" sul pubblico impiego*, in *RIDL*, 2010, 27).

Non si dà cioè luogo – prosegue la disposizione al comma 17, utilizzando l'espressione più colloquiale, ma a suo modo assolutamente chiara, di «senza possibilità di recupero» – alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012 dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, fatta salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale nelle misure previste a decorrere dall'anno 2010 in applicazione dell'art. 2, comma 35, della l. 22 dicembre 2008, n. 203, da attribuire alla non disponibilità dei fondi per i rinnovi contrattuali.

Dunque, nella prima ipotesi (le disposizioni di diretta applicazione), le eventuali clausole collettive che invadono lo spazio riservato alla legge saranno in ogni caso dichiarate nulle, se non adeguate entro il 31 dicembre 2010; per le materie restanti, in particolare per il trattamento accessorio definito nella contrattazione nazionale precedente, la sanzione non dovrebbe essere applicata poiché la stretta correlazione tra primo e secondo livello implica l'operatività del contratto collettivo integrativo in funzione "sostitutiva" del contratto nazionale il cui rinnovo è rinviato alla tornata del 2010-2012 e che, tra altro, dovrà fare riferimento alle retribuzioni del 2010.

2.2. Il rapporto gerarchico tra i contratti collettivi incide poi in modo ancora più evidente in relazione agli aspetti economici legati al titolo III, *Merito e premi*, tenuto conto che la realizzazione del ciclo di gestione della performance è in gran parte rimesso a organismi ulteriori e diversi dalle parti sociali.

Il ciclo di gestione si compone di sei fasi: a) definizione e assegnazione degli obiettivi che si intendono raggiungere, dei valori attesi di risultato e dei rispettivi indicatori; b) collegamento tra gli obiettivi e l'allocazione delle risorse; c) monitoraggio in corso di esercizio e attivazione di eventuali interventi correttivi; d) misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale; e) utilizzo dei sistemi premianti, secondo criteri di valorizzazione del merito; f) rendicontazione dei risultati agli organi di indirizzo politico-amministrativo, ai vertici delle amministrazioni, nonché ai competenti organi esterni, ai cittadini, ai soggetti interessati, agli utenti e ai destinatari dei servizi (S. BATTINI, B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro*

pubblico, cit.; bibliografia sulla riforma Brunetta in www.riformabrunetta.it/node/601).

Le prime tre fasi sono poste in essere dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell'amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative, i quali programmano su base triennale gli obiettivi in coerenza con l'allocazione delle risorse, verificando poi l'andamento della performance. Entro il 31 gennaio le amministrazioni si occupano di individuare gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonché gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale nell'ambito del piano della performance che, se non approvato, esclude l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che hanno concorso alla mancata adozione.

La funzione di misurazione e valutazione annuale della performance è rimessa invece agli organi indipendenti costituiti entro il 30 aprile 2010 ai sensi dell'art. 14, alla Commissione di valutazione e ai dirigenti di ciascuna amministrazione che poi, su direttive della Commissione medesima, adottano con apposito atto il provvedimento di Sistema di misurazione e valutazione della performance entro il 30 settembre 2010. I documenti sui sistemi di valutazioni trasmessi alla CIVIT, in ottemperanza agli indirizzi contenuti nella delibera n. 104/2010, riguardano 51 amministrazioni, di cui 13 ministeri e 38 enti pubblici nazionali, sono stati analizzati con la delibera n. 114 del 10 novembre 2010 sulle indicazioni applicative ai fini della adozione del sistema di misurazione e valutazione della performance, successiva alla delibera n. 89 sugli indirizzi in materia di parametri e modelli di riferimento dello stesso sistema; nel primo caso si tratta, tuttavia, ancora di documenti e non del sistema di valutazione da approvare in via definitiva.

In base al sistema, ogni amministrazione deve compilare una graduatoria delle valutazioni individuali del personale dirigenziale e non, da distribuire in diversi livelli di performance in modo che il 25% sia collocato nella fascia alta di merito, il 50% nella fascia intermedia e il restante 25% nella fascia bassa, livello a cui non è corrisposto alcun trattamento accessorio.

La contrattazione integrativa può, poi, in misura non superiore a 5 punti percentuali, aumentare o diminuire la prima fascia di merito, così come le altre due, ridistribuendo le risorse destinate ai trattamenti accessori.

Gli strumenti per premiare i dipendenti, così distribuiti, corrispondono, *sub specie* di trattamenti economici accessori, al *bonus* annuale delle eccellenze e al *bonus* per l'innovazione, il cui ammontare è determinato dalla contrattazione nazionale, alle progressioni economiche sulla base di quanto disposto dai contratti collettivi nazionali e integrativi nei limiti delle risorse disponibili, ai premi di efficienza secondo i criteri generali definiti nell'ambito della contrattazione di secondo livello; e ancora alla progressione di carriera, all'accesso ai percorsi di alta formazione e all'attribuzione di incarichi di responsabilità, e-stranei tuttavia all'oggetto della contrattazione collettiva, sebbene l'ultimo richiamato venga fatto valere sulle risorse della contrattazione medesima.

Le risorse investite per premiare il merito e il miglioramento della performance sono, dunque, “gestite” dalla contrattazione di secondo livello in relazione alle modalità, ai criteri e ai limiti definiti dalla contrattazione nazionale, così come per ogni altra materia a cui quest’ultima rinvia.

Si ritrova poi nella relazione sulla performance, elaborata dalle singole amministrazioni entro il 30 giugno di ogni anno, l’ultimo obiettivo del ciclo di gestione della performance che evidenzia i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli programmi con rilevazione degli eventuali scostamenti. La validazione di tale relazione è condizione inderogabile per l’accesso agli strumenti premianti.

Al di fuori di tale sistema è poi vietata la distribuzione indifferenziata, o basata su automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati, potendosi erogare soltanto trattamenti economici accessori che corrispondono alle prestazioni effettivamente rese (art. 18, comma 2, d.lgs. n. 150/2009).

In base a quanto accennato risulta che, a prescindere dalle “buone intenzioni” delle parti sociali, là dove le novità da introdurre costituiscono il riflesso di quanto previsto altrove e ancora da realizzare, i contratti collettivi integrativi soffrono di una capacità operativa vincolata alle articolazioni della riforma che ne impedisce la reale funzione assegnata, almeno per il momento.

Un esempio: le progressioni di carriera sono riconosciute in modo selettivo dalle amministrazioni, sulla base di quanto previsto dai contratti nazionali e integrativi, nei limiti delle risorse disponibili, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali, ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione. I dipendenti che si collocano nella fascia di merito alta, in base al sistema di classificazione del personale, ai sensi dell’art. 19, per tre anni consecutivi, godono di un diritto di prelazione ai fini dell’attribuzione delle progressioni economiche (il *bonus* di eccellenza è, invece, rimesso alla contrattazione collettiva nazionale).

Emergono chiaramente così le difficoltà oggettive che si frappongono alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla normativa, anche sotto il profilo dei premi. In attesa dei rinnovi dei contratti nazionali, che definiscono le modalità e l’entità delle progressioni di carriera, e in mancanza di criteri per la differenziazione delle valutazioni, è difficile che il contratto collettivo integrativo possa operare in tal senso. I primi non saranno rinnovati per via del d.l. n. 78/2010, mentre la formulazione dei secondi dipende dalle previsioni dei sistemi di valutazione la cui scadenza era prevista per il 30 settembre 2010.

Così pure per il premio di efficienza: l’art. 27 del d.lgs. n. 150/2009 dispone che una quota del 30% dei risparmi sui costi di funzionamento, derivanti da processi di ristrutturazione, riorganizzazione e innovazione all’interno delle pubbliche amministrazioni, sia destinata in misura fino a due terzi a premiare, secondo i criteri generali definiti dalla contrattazione collettiva integrativa, il personale direttamente e proficuamente coinvolto. Tuttavia quelle risorse possono essere utilizzate solo se i risparmi sono stati documentati dalla relazione

di performance, validata dall'organismo di valutazione indipendente entro il 30 giugno, data ormai da considerare per l'anno venturo, dal momento che la relazione di performance costituisce l'ultimo gradino del ciclo di gestione della performance medesima. Se, infatti, la contrattazione collettiva integrativa costituisce il luogo nel quale vengono "distribuite", nelle modalità e nel rispetto dei vincoli sopra delineati, le retribuzioni accessorie, la mancata attuazione dei passaggi precedenti impedisce la relazione virtuosa tra valutazione e remunerazione premiante.

Medesime considerazioni valgono per la disposizione che impone di destinare alla produttività individuale la quota prevalente della retribuzione accessoria: quest'ultima presuppone un intervento sulla struttura della retribuzione che potrà essere attuato solo con i successivi contratti collettivi nazionali (comma 3-bis, art. 40, d.lgs. n. 165/2001, nuovo testo), i quali, come accennato, non avranno nuove risorse ai sensi del d.l. n. 78/2010.

Nel tentativo di ovviare a tale *impasse*, la circ. Ministero dell'innovazione e della pubblica amministrazione 13 maggio 2010, n. 7, chiarisce che, in attesa della "definizione" dei sistemi di valutazione, la contrattazione integrativa dovrà comunque attenersi ai principi di selettività e concorsualità nelle progressioni di carriera e differenziazione nel riconoscimento della retribuzione accessoria.

Resta ben stretto, comunque, il nodo della effettiva applicazione della riforma, tenuto conto anche dell'intesa del 4 febbraio 2009.

Sottraendo all'insieme dei contratti collettivi integrativi quelli delle Regioni, le autonomie locali, il SSN, le università, nonché gli altri istituti di formazione per i quali, come si è detto, l'avvio della riforma ai nostri fini risulta posticipata, rimangono soltanto sei contratti collettivi integrativi per le amministrazioni dello Stato, agenzie ed enti pubblici ad applicare i principi generali che, tra l'altro, ricordano quelli già previsti nel precedente testo normativo che collegava il trattamento accessorio alla produttività individuale e alla produttività collettiva, e cioè a quei parametri che si rinvergono pure nei citati contratti integrativi, ma, sotto quel regime normativo, "gestiti" in modo del tutto autonomo dalla contrattazione collettiva nell'ambito delle risorse economiche disponibili (Ministero dell'economia e delle finanze, Ragioneria territoriale dello Stato di Trieste, Direzione territoriale dell'economia e delle finanze di Trieste, *Accordo decentrato di sede: definizione dei criteri di ripartizione del fondo di sede anno 2009 - Quota del 20 per cento 18/10/2010/2*; Ministero dell'economia e delle finanze, Ragioneria territoriale dello Stato di Trieste, Direzione territoriale dell'economia e delle finanze di Trieste, *Accordo decentrato di sede: assistenza fiscale 2009 - Redditi 2008-18/10/2010/3*; Ministero dell'economia e delle finanze, Ragioneria territoriale dello Stato di Gorizia, Direzione territoriale dell'economia e delle finanze di Gorizia, *Contratto collettivo integrativo di sede - Criteri distribuzione risorse fondo unico di amministrazione 2009/ 12/10/2010/4*; Automobile Club di Udine, *Trattamento economico accessorio del personale anno 2010/ 31/08/2010/5*; Automobile Club

di Lucca, *Contratto integrativo di sede unica 2010-05/08/2010/6*; Automobile Club di Lucca, *Contratto integrativo di sede unica 2009/01/02/2010*).

In un certo senso allora – se così si può dire – la “terza” riforma del lavoro pubblico, almeno in relazione alla contrattazione collettiva integrativa, appare rinviata.

Gaetano Zilio Grandi

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Ca' Foscari Venezia

Micaela Vitaletti

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro – Università di Roma “Sapienza”

5. Licenziamento individuale

5.1. Legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro), articolo 32 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 39).

Le nuove decadenze in materia di contratto di lavoro. Primi spunti di riflessione

Sommario: **1.** I nuovi termini. – **2.** Ambito di applicazione. – **3.** Il risarcimento del danno. – **4.** Applicabilità ai rapporti di pubblico impiego.

1. L'art. 32 della l. 4 novembre 2010, n. 183 (in epigrafe) modifica e integra alcune disposizioni sui licenziamenti individuali incidendo, in particolare, sull'art. 6 della l. n. 604/1966, ai sensi del quale il licenziamento deve essere impugnato, a pena di decadenza, entro 60 giorni decorrenti dal ricevimento della comunicazione di licenziamento. Mentre l'impugnativa di licenziamento deve essere proposta secondo una specifica procedura, la modalità di impugnazione, invece, non richiede formule sacramentali, essendo sufficiente ogni atto scritto (anche stragiudiziale) con cui il lavoratore, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale, renda nota al datore di lavoro la volontà di contestare validità ed efficacia del provvedimento, con una implicita riserva di tutela dei propri diritti davanti all'autorità giudiziaria. *Ratio* della norma era, già all'epoca della sua formulazione, l'eliminazione di uno stato di incertezza sulla persistenza del rapporto di lavoro, per tutelare l'esigenza datoriale di avere consapevolezza dell'organizzazione e gestione delle risorse umane, onde evitare – il più possibile – mutamenti degli assetti produttivi conseguenti alla riammissione in servizio di lavoratori precedentemente espulsi.

L'art. 32 in commento ha integrato questa norma introducendo la previsione di un ulteriore adempimento, pena l'inefficacia dell'impugnazione. È infatti inefficace l'impugnazione che non è seguita, entro il successivo termine di

270 giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o dell'arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formati dopo il deposito del ricorso. Questo secondo termine comincia a decorrere dalla data di notifica dell'atto stragiudiziale di impugnazione, anche ove questo sia antecedente al sessantesimo giorno. Depone in tal senso il chiaro tenore letterale della norma, che attribuisce espressamente autonomia al termine di 270 giorni, il cui inutile decorso comporta l'inefficacia della prima, ancorché tempestiva, impugnazione. In caso di rifiuto a conciliare o di mancato accordo, il ricorso al giudice deve essere presentato nel minor tempo di 60 giorni, a pena di decadenza; tale termine comincerà a decorrere dal giorno della formalizzazione del mancato accordo ovvero, nell'ipotesi della conciliazione ordinaria, dal giorno del rifiuto che, *ex art.* 410, comma 7, c.p.c., si individua nel ventesimo giorno successivo alla comunicazione della richiesta di conciliazione se chi l'ha ricevuta non produce la memoria difensiva.

Tali disposizioni sui nuovi termini si applicano esclusivamente ai licenziamenti intimati successivamente alla data di entrata in vigore della legge. Trattasi, infatti, di norma di carattere sostanziale e non processuale che quindi, in assenza di una specifica disposizione transitoria (come invece espressamente previsto con riferimento ai contratti di lavoro a termine, per i quali l'art. 32, comma 4, lett. *a* e *b*, ne estende l'applicazione anche ai contratti in corso di esecuzione o già conclusi), non può che disporre, per l'avvenire, in ossequio all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale.

Nel merito e in particolare sui termini per l'impugnazione, il recente intervento legislativo, la l. n. 10/2011 di conversione del d.l. n. 225/2010, c.d. "Milleproroghe" ha previsto, in sede di prima applicazione, che le nuove disposizioni relative al termine di 60 giorni per l'impugnazione del licenziamento acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011.

2. La principale novità dell'art. 32 in commento consiste nell'aver ampliato l'ambito di applicazione della suddetta disciplina. E, infatti, le regole sopra descritte si applicano anche: a) a tutti i casi di invalidità del licenziamento; b) a tutti i casi in cui il recesso è collegato alla risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro o alla legittimità del termine apposto al contratto; c) ai recessi del committente nei co.co.pro. e nei co.co.co.; d) ai casi di trasferimento dei lavoratori ai sensi dell'art. 2103 c.c.; e) all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro; f) ai contratti di lavoro a tempo determinato in corso di esecuzione e a quelli stipulati anche in applicazioni di disposizioni precedenti al d.lgs. n. 368/2001 e già conclusi alla data di entrata in vigore del ddl lavoro; g) ai casi di cessione del contratto di lavoro avvenuto nel contesto dei trasferimenti d'azienda, così come previsto dall'art. 2112 c.c.; h) in tutti i casi in cui si chiedi la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto

(compresa l'ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare *ex art. 27 d.lgs. n. 276/2003*).

La previsione di un termine decadenziale per proporre tutte le suddette azioni di tutela, ivi comprese quelle tradizionalmente qualificabili come azioni di nullità, azzerò il dibattito giurisprudenziale sviluppatosi sulla questione. Secondo l'orientamento consolidato, in caso di licenziamento intimato oralmente, e quindi senza l'osservanza della forma scritta, il lavoratore non aveva l'onere di impugnare il licenziamento entro il termine di decadenza, bensì soltanto di osservare i termini prescrizionali stabiliti, in via generale, dal codice civile; e anche l'impugnazione del licenziamento disciplinare nullo per violazione dell'art. 7 della l. n. 300/1970 si riteneva non essere sottoposta al termine di decadenza in oggetto (Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022; Cass. 19 maggio 2001, n. 6879). Inoltre, la giurisprudenza maggioritaria aveva negato la applicabilità del regime di decadenza anche all'ipotesi di impugnazione del termine apposto al contratto di lavoro, ritenendo che la relativa azione avesse natura dichiarativa della nullità. Si riteneva, infatti, che in caso di nullità del termine apposto al contratto di lavoro non sussistesse per il lavoratore, cessato dal servizio, l'onere di impugnazione nel termine decadenziale di 60 giorni (che presuppone un licenziamento), atteso che il rapporto cessava per l'apparente operatività del termine stesso in ragione dell'esecuzione della clausola nulla.

In qualsiasi tempo, dunque, il lavoratore poteva far valere l'illegittimità del termine e chiedere conseguentemente l'accertamento della perdurante sussistenza del rapporto e la condanna del datore di lavoro a riattivarlo, riammettendolo al lavoro. Impedivano le azioni suddette il protrarsi della mancata reazione del lavoratore all'estromissione dall'azienda e il suo prolungato disinteresse alla prosecuzione del lavoro. Questi comportamenti esprimevano, come comportamento tacito concludente, la volontà di risoluzione consensuale del rapporto stesso e sempre che il rapporto (apparentemente) a termine non si fosse risolto per effetto di uno specifico atto di recesso del datore di lavoro (licenziamento), che si fosse sovrapposto alla mera operatività del termine con la conseguente applicazione, in tale ultimo caso, sia del termine di decadenza di cui all'art. 6, l. n. 604/1966, sia della disciplina della giusta causa e del giustificato motivo (Cass. 8 marzo 2000, n. 2647). La giurisprudenza aveva inoltre superato il problema dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità interpretando l'inerzia del lavoratore, che per un certo lasso di tempo non avesse esercitato l'azione di nullità della clausola appositiva del termine, come espressione della volontà dello stesso lavoratore di risolvere il rapporto di lavoro (sulla congruità della previsione di un limite all'esercitabilità dell'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e sul fatto che comunque l'inerzia protratta per poco più di un anno non potesse essere interpretata come fatto estintivo del rapporto, dovendosi tener conto del tempo necessario a valutare l'eventuale illegittimità del termine, e quindi rivolgersi al tecnico per impostare la causa, nonché della circostanza relativa all'affidamento che il la-

voratore precario fa sulla prospettiva di futuri contratti a termine, cfr. Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279).

Pur permanendo forti perplessità relativamente al fatto stesso di sottoporre a un termine, decadenziale o prescrizione che sia, l'azione di nullità (che per sua stessa natura è imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 c.c.) e soprattutto nei casi di licenziamento orale (che, come visto, veniva qualificato dai più come addirittura inesistente), è evidente la *ratio* della norma, chiaramente volta a evitare al datore di lavoro il rischio di essere esposto *sine die* all'iniziativa giudiziale dei lavoratori, ivi compresi quelli con i quali abbia stipulato contratti a termine anche molti anni prima dell'instaurazione del giudizio e, conseguentemente, di essere condannato al risarcimento del danno per i periodi non lavorati. In particolare, il legislatore sembra aver recepito l'esigenza di prevedere un termine di decadenza dall'esercizio dell'azione di nullità del termine. Nelle intenzioni del legislatore, una siffatta disciplina, responsabilizzando il lavoratore a ricorrere tempestivamente all'autorità giudiziaria, garantisce una più rapida soddisfazione del diritto del lavoratore medesimo e, conseguentemente, una tempestiva conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, evitando la cronicizzazione di situazioni di disoccupazione.

Peraltro, numerose sono le critiche mosse al provvedimento, soprattutto con riguardo ai suoi effetti nei confronti dei lavoratori precari; come già evidenziato, adesso anche queste categorie di lavoratori, se intendono impugnare il contratto per ottenere l'assunzione a tempo indeterminato, devono prendere una decisione entro i 60 giorni successivi alla cessazione del rapporto, pena la decadenza dalla suddetta impugnazione. Mentre in precedenza il lavoratore aveva la possibilità di contestare un contratto illegittimo anche dopo molti mesi dalla sua conclusione, quando era certo che non sarebbe più stato chiamato per un successivo contratto. Alla luce della nuova previsione legislativa il prestatore di lavoro dovrà decidere se interrompere definitivamente i rapporti con il datore di lavoro, rinunciando, nei fatti, a un possibile rinnovo del contratto stesso, oppure rinunciare ai propri diritti. Senza contare che tale previsione potrebbe condurre secondo taluni a un probabile fortissimo aumento del contenzioso, e cioè l'esatto contrario di quanto il governo dichiara di perseguire, posto che i lavoratori non avranno più la pazienza di attendere l'eventuale conclusione di un nuovo contratto, col rischio di vedersi preclusa l'impugnazione del precedente.

3. Nei casi di conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore, stabilendo una indennità onnicomprensiva compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, l. n. 604/1966 (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, anzianità di servizio del prestatore di lavoro, comportamento e condizioni delle parti). Nel caso in cui l'azienda sia obbligata (sulla base di contratti o accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali,

stipulati con le rappresentanze sindacali) ad assumere, anche a tempo indeterminato, una parte dei lavoratori con contratto a termine, il limite massimo di indennità è ridotto della metà, quindi 6 mesi e non più 12.

Il regime sanzionatorio introdotto avrà l'effetto di "contenere" il risarcimento che sarà insensibile sia alla durata del processo sia alla prescrizione del diritto. L'imprenditore potrà prevedere gli eventuali costi da sostenere in caso di soccombenza nel giudizio di impugnazione di un contratto (scelta, anche questa, da più parti criticata, posto che il risarcimento del danno non risulterà più proporzionale al danno effettivo subito, né sarà legato al tempo in cui il lavoratore sarà rimasto disoccupato per colpa del comportamento illegittimo del datore di lavoro). La norma pone così un freno ai "risarcimenti" che arrivavano ad assumere una certa rilevanza proprio in considerazione del tempo da risarcire, dalla data del licenziamento alla data della pronuncia giudiziale.

Inoltre, anche con riguardo alle collaborazioni coordinate e continuative, pur se riconducibili a un progetto o programma di lavoro, l'art. 50 della l. n. 183/2010 prevede che, fatte salve le sentenze passate in giudicato, il datore di lavoro che abbia offerto entro il 30 settembre 2008 la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato, nonché abbia – dopo la data di entrata in vigore della legge – ulteriormente offerto la conversione a tempo indeterminato del contratto in corso ovvero l'assunzione a termine, sia tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità di retribuzione, sempre avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della l. n. 604/1966.

Tale disciplina risarcitoria si applica a tutti i giudizi, compresi quelli già pendenti alla data di entrata in vigore della l. n. 183/2010 (ultimo comma). L'estensione generalizzata del meccanismo dell'indennizzo forfettizzato a tutti i giudizi pendenti, a prescindere quindi dalla reale entità del tempo trascorso e conseguentemente del danno maturato, suscita perplessità sulla compatibilità con i principi costituzionali della previsione, andando la norma a trattare in modo identico e retroattivo situazioni assolutamente differenziate.

Già in occasione delle ultime riforme il legislatore, con la l. n. 133/2008 di conversione del d.l. n. 112/2008, aveva introdotto una norma transitoria che stabiliva l'applicazione della sola sanzione pecuniaria per i contratti a termine illegittimi stipulati entro il 22 agosto 2008. In questo modo, la conversione del contratto a termine veniva sostituita con un indennizzo di natura economica (art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21 del d.l. n. 112/2008). A riguardo la sentenza C. Cost. 14 luglio 2009, n. 214, ha sancito la illegittimità costituzionale della norma, ritenendo che la normativa in esame prevedeva una ingiustificata e irragionevole discriminazione dovuta al fatto che situazioni identiche (ossia contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo) risultavano destinatarie di tutela differenziata per la sola circostanza della pendenza o meno di un giudizio a una certa data. In altre parole, lo "sbarramento" temporale previsto dalla norma violava, a detta della Corte costituzionale, il principio di uguaglianza espresso dall'art. 3 Cost.

I contenuti di questa legge sono stati quindi riformulati alla luce della sentenza della Corte e riproposti nel collegato lavoro e l'indennizzo oggi previsto dall'art. 32, comma 5, non esaurisce tutte le conseguenze giuridiche della nullità del termine; in caso di accertamento giudiziale dell'illegittimità del termine apposto al contratto, la conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato si aggiunge al risarcimento del danno previsto (dalle 2,5 alle 12 mensilità).

Resta tuttavia un dubbio in ordine allo sbarramento temporale. E infatti, come già affermato, il termine di 60 giorni per impugnare i contratti a tempo determinato vale anche per quei rapporti già scaduti (in questo caso i 60 giorni partono dall'entrata in vigore della legge) così come il tetto massimo in ordine al risarcimento dei danni per tutti i giudizi, anche quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge in commento. Sul punto, la nuova norma dunque non sembra superare del tutto le censure poste dalla Corte costituzionale all'art. 21 della l. n. 133/2008, mettendo in discussione il principio di affidamento dei cittadini sulla certezza dell'ordinamento giuridico (quale elemento essenziale dello stato di diritto) nel momento in cui pone un limite quantitativo al risarcimento dei danni anche per coloro che, a seguito di una valutazione dei contrapposti interessi, avevano deciso di intraprendere il giudizio. Il potere legislativo verrebbe così a influire intenzionalmente su fattispecie ovvero su categorie di controversie ancora sottoposte all'esame giudiziario, con conseguente lesione del libero esercizio della funzione giurisdizionale.

4. In assenza di disposizioni derogatorie espresse, il generale sistema delle fonti per il lavoro pubblico, previsto dall'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, impone che la normativa in esame sia appunto applicabile anche al lavoro pubblico, oltre che a quello privato. Peraltro la specificità e peculiarità degli effetti sul lavoro pubblico impongono alcuni spunti di riflessione sulla palese incompatibilità della normativa in esame, quanto meno con riferimento ai commi 5 e 6, e cioè con riferimento alla quantificazione del risarcimento del danno.

Giova premettere che è ormai pacifico che la regola secondo cui l'inefficacia del termine finale, illegittimamente apposto, comporta la nullità parziale del contratto a termine e la sua trasformazione in rapporto a tempo indeterminato sin dall'origine, non si applica alle ipotesi di contratti a termine conclusi con la PA. Ciò è quanto espressamente previsto dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001 e successive modificazioni, secondo cui la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle PA, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime PA. Tale previsione, già oggetto di giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, sotto il profilo della disparità di trattamento con i lavoratori assunti da datori di lavoro privati (C. Cost. 13 marzo 2003, n. 89), ha superato anche il vaglio della Corte di Giustizia CE (7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo* e C-53/04, *Marrosu e Sardino*). In particolare, la Corte europea di Giustizia, pur affermando la difformità al

diritto comunitario (e, in particolare, all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito nella direttiva 1999/70/CE) di una legislazione nazionale che vieti in maniera assoluta, solo nel settore pubblico, la trasformazione di una successione di contratti a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, ha precisato che una normativa nazionale che preveda norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato deve poter prevedere delle misure che presentino garanzie effettive di tutela dei lavoratori, al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario.

Tanto premesso, secondo i giudici della Corte, la normativa nazionale italiana, che in caso di abuso nel settore pubblico, derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, esclude che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, diversamente da come avviene nel settore privato, in linea di principio, non contrasta con il diritto comunitario, qualora nel diritto interno esista già una "norma equivalente" che contenga un'altra misura effettiva destinata a evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico. In sostanza, secondo la Corte, la presenza di norme che accordino un risarcimento pecuniario in caso di violazione di norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti, quali quelle contenute nel citato art. 36, soddisfa i requisiti previsti dalla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito nella direttiva 1999/70/CE.

La nuova normativa, se applicabile anche ai contratti a termine stipulati da un datore di lavoro pubblico, potrebbe rimettere tutto in discussione, soprattutto nella parte in cui prevede delle limitazioni all'indennizzo. Sarebbe opportuno chiedersi se tale previsione, unitamente alla tradizionale impossibilità di procedere alla conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, faccia sì che la disciplina in esame risulti ancora compatibile con la giurisprudenza comunitaria o se piuttosto non venga a creare un'eccessiva disparità di trattamento rispetto ai lavoratori privati. Peraltro, per la inapplicabilità di tali disposizioni all'area pubblicistica, oltre alle ragioni di ordine concettuale sopra accennate, valgono anche argomentazioni di ordine testuale, laddove il comma 5 dell'art. 32 esordisce limitando in modo inequivocabile l'ambito di applicazione del meccanismo di quantificazione dell'indennizzo «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato»; circostanza quest'ultima (e cioè la conversione) non verificabile per effetto del citato art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, tuttora vigente e pienamente applicabile ai rapporti a termine stipulati da datori di lavoro pubblici.

In conclusione, mentre non sembrano potersi ravvisare elementi di incompatibilità con la disciplina del lavoro pubblico dei primi 4 commi dell'art. 32 (con la conseguente applicabilità di tutti i nuovi regimi di decadenza), la norma sembra escludere dal campo di applicazione degli ultimi tre commi (sulla forfezzazione delle indennità risarcitorie) i contratti a termine stipulati da dato-

ri di lavoro pubblico, con la conseguenza che per essi continueranno a trovare applicazione le ordinarie regole sostanziali e processuali, ivi compreso il regime probatorio, in materia risarcitoria.

Valentina Lostorto
Magistrato e professore
Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze "Ezio Vanoni"

Ilaria Sferrazza
Dottore in Giurisprudenza

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Diritto comparato del lavoro

- *diritti sociali collettivi (1.1. – 1.3.)*

Parità di trattamento

- *lavoro autonomo: congedo di maternità facoltativo e tutela dei coniugi coadiuvanti (2.1.)*

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- *il coordinatore della sicurezza nei cantieri temporanei o mobili (3.1.)*

Strategia europea per l'occupazione

- *politiche di coesione e crescita sostenibile (4.1. – 4.3.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Diritto comparato del lavoro

1.1. Corte europea dei diritti dell'uomo 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* (in  indice A-Z, voce *Diritto comparato del lavoro*).

1.2. Corte europea dei diritti dell'uomo 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turchia* (in  indice A-Z, voce *Diritto comparato del lavoro*).

1.3. ILO, *Dichiarazione dell'organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti*, Ginevra, 18 giugno 1998 (in  indice A-Z, voce *Diritto comparato del lavoro*).

(1.1. – 1.3.) I diritti sociali collettivi in Europa nell'intreccio fra Corti, nel susseguirsi di fonti

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** L'emersione dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo. – **3.** I diritti fondamentali quali "principi generali", l'esatta portata della nozione. – **4.** I diritti sociali collettivi quale limite alle libertà economiche fondamentali a cavallo del nuovo millennio: i casi *Albany*, *Van der Woude* e *Schmidberger*. – **5.** *Viking* e *Laval*, la settimana nera delle relazioni industriali europee. – **6.** Il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva nella giurisprudenza della Corte europea. – **7.** Il riflesso della giurisprudenza della Corte europea nell'ordinamento comunitario. – **8.** I diritti sociali fondamentali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il mutamento del quadro normativo europeo. – **9.** Conclusioni.

1. Una delle critiche classicamente mosse all'Unione europea era quella di essere teleologicamente orientata alla formazione del mercato comune fondato sulla concorrenza e di trascurare o, comunque, di considerare "secondi" (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Padova, 2009, 1) i diritti sociali rispetto alle libertà economiche. Tale atteggiamento discendeva direttamente dalla natura stessa della Comunità europea delle origini: la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, ovvero la struttura "embrionale" dell'Unione europea, nasceva con il preciso scopo di istituire un mercato comune del carbone e dell'acciaio, cioè di istituire una zona di libero scambio priva di discriminazioni basate sulla nazionalità e depurato di quegli elementi distorsivi della libera concorrenza quali, ad esempio, gli aiuti statali alle imprese. L'idea della creazione della "Federazione europea", che pure traspare chiaramente sin dalla Dichiarazione Schuman (L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, 8 ss.), rimane solo sullo sfondo, prevalendo la tesi per cui «l'Europa non può farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme» (Dichiarazione Schuman, 9 maggio 1950, http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_it.htm), ma potrà essere costruita solo attraverso una integrazione graduale (c.d. Europa dei piccoli passi).

La regolamentazione dei rapporti economici, ovvero l'azione stessa della Comunità, avrebbe finito tuttavia, con il tempo, per incidere sui diritti sociali e civili strettamente connessi alle libertà economiche (G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, 688 ss.); pertanto, l'ordinamento comunitario non avrebbe potuto trascurarli a lungo.

Il cammino che i diritti sociali hanno intrapreso per veder riconosciuto il loro ruolo nell'ambito comunitario è stato senz'altro faticoso (B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *RGL*, 2000, I, 779 ss.), ma ha permesso il raggiungimento di risultati tali da legittimare dubbi circa la persistente attualità della "classica" critica. E ciò, si cercherà di dimostrare, nonostante il fatto che i recenti orientamenti della Corte di giustizia abbiano lasciato sgomenta (D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2010, 509) la comunità scientifica, ingenerando il timore che i diritti sociali, nel raffronto con le libertà economiche, siano sempre destinati a soccombere.

2. Per meglio comprendere sia le ragioni per cui la Corte di giustizia ha così recentemente limitato, agli occhi del giurista italiano, i diritti sociali collettivi, sia il possibile futuro sviluppo di questi ultimi, occorre analizzare brevemente l'evoluzione che tali diritti hanno vissuto nell'arco dell'esperienza comunitaria.

Originariamente i richiami effettuati dai trattati comunitari ai diritti sociali del lavoro erano scarsi ed, in sostanza, costituiti dalla parità di retribuzione fra lavoratori e lavoratrici (ora art. 157 TFUE) e dal principio della libera circolazione dei lavoratori (ora artt. 45 ss. TFUE). Diritti posti, fra l'altro, con il preciso scopo di favorire la libera concorrenza all'interno del mercato unico (R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato nell'Unione europea*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2006, 942), e nulla più. Come si è già accennato, tale silenzio non era casuale ma rappresentava il logico corollario degli obiettivi prettamente economici che la Comunità europea delle origini si prefiggeva. Solo in un secondo tempo, il novero dei diritti sociali sarebbe stato implementato dai trattati di revisione e da una «escalation di interventi, anche in termini di vincolatività» da cui sarebbe discesa una serie di direttive in materia di trattamento normativo dei lavoratori (F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, «Costituzione» europea e diritti sociali fondamentali, in *LD*, 2000, 286).

La «fonte più attiva» (R. FOGLIA, *Il ruolo della Corte di giustizia nel diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, in *QDLRI*, 2004, 79 ss.) per l'emersione dei diritti sociali, però, è stata la Corte di giustizia; e tale emersione è da inserire nella più grande operazione giurisprudenziale di riconoscimento dei diritti fondamentali dell'uomo.

Se per tutti gli anni Sessanta dello scorso secolo la Corte aveva ritenuto che il suo ruolo fosse quello di dover semplicemente garantire il rispetto dei Trattati (cfr. ad esempio C. Giust. 4 febbraio 1959, C-1/58, *Stork c. Alta Autorità*, p. 4) e, pertanto, di non aver competenza alcuna in merito alla tutela dei diritti dell'uomo, a poco a poco (v. C. Giust. 12 novembre 1969, C- 29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*; C. Giust. 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelgesellschaft MBH c. Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getreide und Futtermittel*), essa ha iniziato ad assumere posizioni più garantistiche, finendo per incorporare i diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, identificandoli quali "principi generali" dello stesso. Così operando, la Corte di giustizia è riuscita ad "attrarre" nell'ordinamento comunitario i diritti sociali: precisamente ciò è avvenuto attraverso il richiamo a fonti esterne all'ordinamento comunitario, identificate come "fonti" ricognitive dei "principi generali" comunitari, quali la CEDU, la Carta sociale del 1961 e le tradizioni comuni degli Stati membri, oltre che alla Carta dei diritti sociali del 1989.

Così, grazie soprattutto all'opera della Corte di giustizia, la categoria dei diritti fondamentali del lavoro tutelati dall'Unione europea si è estesa ben oltre quel nucleo essenziale di diritti fondamentali del lavoro individuato dall'ILO (*Dichiarazione dell'organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti*, art. 2, Ginevra, 18 giugno 1998; sul punto cfr. G. BRONZINI, *La dichiarazione del 1998, sui Core labour rights e la rinascita dell'OIL*, in *Democrazia e Diritto*, 2006, 85). Ad esempio, grazie all'incorporazione dei diritti sanciti nella CEDU, la Corte di giustizia è giunta a stabilire che anche i comportamenti discriminatori nei confronti di transessuali siano da considerare discriminazioni in base al sesso (C. Giust. 30 aprile 1996, C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*; C. Giust. 7 gennaio 2004, C-117/2001, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*; cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, Cedam, Padova, 2007, 65) oppure a stabilire i limiti della legittimità degli esami medici preassuntivi (C. Giust. 5 ottobre 1994, C-404/1992, *X c. Commissione*).

3. Anche in assenza di un riconoscimento nei Trattati, dunque, grazie all'interpretazione della Corte di giustizia, l'ordinamento comunitario ha riconosciuto comunque i diritti fondamentali, tra cui la *species* più limitata dei diritti sociali fondamentali, attraverso la riconduzione dei medesimi alla nozione dei "principi generali" comunitari.

Per svolgere il delicato compito della loro identificazione, poi, la Corte di giustizia ha eletto, sin dalla fine degli anni Settanta (C. Giust. 13 dicembre 1979, C-44/79, *Houer c. Land Rehinland-Pfalz*) dello scorso secolo, la CEDU quale «riferimento privilegiato e quasi inevitabile» (L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 151), manifestando la tendenza a citare, anche direttamente, non solo la Carta del 1950 ma addirittura la giurisprudenza della Corte europea (C. Giust. 26 giugno 1997, C-368/95, *Familiapress Zeitungsverlags, vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, p. 26; sentenza 28 mar-

zo 2000, *Krombach c. Bamberski*, C-7/98, p. 39; 18 gennaio 2007, C-229/05, *PKK, KNK c. Consiglio*, p. 80).

Tale “riferimento privilegiato” alla CEDU non deve trarre in inganno: identificando i diritti fondamentali dell’uomo quali principi generali del diritto comunitario, la ricezione dei diritti riconosciuti dalla CEDU, avviene in seguito ad un procedimento di *incorporazione* degli stessi nell’ordinamento comunitario (F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Giuffrè, Milano, 2000, 236). Essi, una volta posti all’interno del diritto comunitario, sono sottoposti agli stessi criteri interpretativi ed anche agli stessi limiti cui sono sottoposti gli altri diritti di derivazione comunitaria.

Si sono manifestate, pertanto due tendenze coesistenti ma contrapposte: al riconoscimento di un significato particolare della CEDU (o ad altre “fonti” ricognitive) nel sistema comunitario, si è accompagnata la contrapposta tendenza per cui la Corte di giustizia ha sempre cercato di mantenere il diritto comunitario scevro da ogni giuridica dipendenza, anche solo potenziale, dalle disposizioni delle fonti esterne all’ordinamento comunitario (F. TORIELLO, *op. cit.*, 235 ss.), non individuando mai, propriamente, in esse una fonte di diritto comunitario, ma attribuendo loro il ruolo differente di “fonti” (meramente) ricognitive dei principi giuridici degli Stati membri.

Per quanto concerne i diritti sociali fondamentali, il limite derivante dalla nozione di “principio generale” assume una particolare rilevanza. Il fatto che essi divengano principi generali dell’Unione e, pertanto, siano sottoposti ai criteri interpretativi ed ai limiti dell’ordinamento comunitario, significa che andrà, innanzitutto, osservata la regola aurea del bilanciamento in particolare con la libertà di concorrenza, originaria *raison d’être* dell’Unione europea. Ed il diritto del lavoro è in costante potenziale tensione con la tutela della concorrenza per via della funzione regolativa del mercato del lavoro, che gli è propria (M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche del diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, 101 ss.).

4. I casi *Albany* (C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/99, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Texielindustrie*) e *Henrik Van der Woulde* (C. Giust. 21 settembre 2000, C-222/98, *Henrik Van der Woulde c. Stichting Beatrixoord*) hanno rappresentato il primo riconoscimento dei diritti sociali collettivi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, *rectius* nell’ordinamento comunitario, inaugurando una breve stagione in cui sembrava potersi ritagliare, per i diritti collettivi, un’area di «*antitrust immunity*» (S. CAZZANTI, *Breve rassegna su contrattazione collettiva e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *RGL*, 2004, 668). Secondo la Corte, è «vero [...] che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all’art. 85, n. 1 del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le con-

dizioni di occupazione e di lavoro» (p. 59 *Albany*, cit.). Nella successiva sentenza *Schmidberger* (C. Giust. 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger, Internationale Transporte, Planzüge c. Austria*), essa ammette altresì la possibilità di azioni collettive che si concretino in una limitazione di una libertà economica.

Se la Corte, nei casi *Albany* e *Henrik Van der Woude* opera un primo riconoscimento dei diritti sociali, individuandoli quali possibili limiti ai principi fondamentali della concorrenza, nella sentenza *Schmidberger* si spinge sino all'utilizzo del «linguaggio dei diritti fondamentali» (M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'unione politica*, in *LD*, 2001, 340), richiamando espressamente la CEDU. La Corte riconosce, infatti, che le libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU possano costituire una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, nel caso di specie della libera circolazione delle merci.

Questo primo gruppo di sentenze, sebbene rappresentasse, appunto, il primo riconoscimento dei diritti collettivi fondamentali, è stato accolto piuttosto freddamente dalla dottrina, che poteva mostrare solo un cauto ottimismo. Fin da subito è stato osservato che se la Corte aveva avuto il merito di aver permesso ai diritti sindacali di superare la posizione di totale subalternità alle libertà economiche, essa si era pur tuttavia riservata il potere di valutarne i fini, il merito e la proporzionalità di questi rispetto alla lesione della libertà di concorrenza (cfr. M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *RIDL*, 2000, II, 225 ss.). Era questa, del resto, l'altra faccia della medaglia del riconoscimento non propriamente di un diritto "a sé stante", ma di una fattispecie di possibile limitazione della libertà di concorrenza. I diritti sindacali erano, dunque, riconosciuti quale "limitazione eccezionale" nell'ambito di un sistema che vede quale regola il riconoscimento della libertà economica e quale eccezione la sua limitazione che, in quanto eccezione alla regola, deve essere sottoposta ad un'accurata analisi. Dunque la Corte aveva riconosciuto una libertà dei diritti sindacali rispetto ai principi della concorrenza, ma si trattava di una libertà "vigilata" (S. CAZZANTI, *op. cit.*, 669).

5. Nel dicembre del 2007, nell'arco di una sola settimana, la Corte di giustizia ha pronunciato le due notissime sentenze *Viking* (C. Giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti*) e *Laval* (C. Giust. 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Sveska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Sveska Elektrikerförbundet*), gettando le basi del rinnovato pessimismo in merito all'emersione dei diritti sociali collettivi, solo parzialmente accantonato all'inizio del millennio (numerosi sono i commenti a tali sentenze, si vedano fra i molti A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime a margine dei casi Laval e Viking*, in *LD*, 2008, 63 ss.; M.V. BALLASTRERO, *Le sentenze Viking e La-*

val: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero, in *LD*, 2008, 371 ss.; S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *LD*, 2008, 245 ss.; M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *RIDL*, 2006, 239 ss.; U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *DLRI*, 2008, 1, 147 ss.; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *RIDL*, 2008, I, 249 ss.; M. COLUCCI, *L'Unione europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *DRI*, 2008, 239 ss., D. GOTTARDI, *op. cit.*; A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, Roma, 2009). In tali sentenze la Corte ha riconosciuto espressamente l'esistenza di un diritto di intraprendere un'azione collettiva, compreso il diritto di sciopero, che deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto; ma tali diritti altro non sono che «un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato» (p. 93, sentenza *Laval*). In linea con la giurisprudenza in tema di diritti fondamentali, la Corte ha attratto i diritti sindacali nell'ambito del diritto comunitario, per poi analizzarli secondo i propri schemi. Il risultato di tale operazione ermeneutica è stata la creazione di «inediti recinti per l'autonomia collettiva» (D. GOTTARDI, *op. cit.*, 510): la Corte, individuando nell'azione collettiva una restrizione alle libertà economiche fondamentali, finisce per applicare alle stesse stringenti criteri di valutazione della giustificazione, valutando l'obiettivo dell'azione collettiva, la sua necessità, la sua proporzionalità (M.V. BALLASTRERO, *op. cit.*, 371 ss.).

Non stupisce il fatto che la comunità scientifica abbia accolto tali sentenze con sgomento. Il riconoscimento dei diritti sindacali negli ordinamenti degli Stati membri, come è noto, è del tutto differente. Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, il termine “sgomento” è riduttivo se non addirittura eufemistico: la valutazione del merito dell'azione collettiva, la sua necessità e proporzionalità rispetto allo scopo prefigurato sono criteri ermeneutici sconosciuti alla tradizione giuslavorista italiana.

6. Di lì a poco, i medesimi diritti ottenevano un ben differente riconoscimento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se originariamente, e fino a tempi recenti, la Corte europea è stata molto cauta nel riconoscere i diritti sociali collettivi fondamentali quali diritti tutelati dalla CEDU, essa è arrivata ad un pieno riconoscimento con le sentenze *Demir and Baykara c. Turchia* ed *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* (CEDU 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, in *RIDL*, 2009, II, 974; CEDU 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turchia*). Tale riconoscimento non era scontato, se si considera che nella CEDU sono i diritti dei singoli a godere di un parti-

colare regime di tutela e non propriamente i diritti collettivi. Ciò significa che i diritti in capo alle organizzazioni sindacali sono riconosciuti se ed in quanto siano funzionali all'esercizio dei diritti degli individui (E. TRIGGIANI, *Libertà sindacale "negativa" e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *FI*, 1982, IV, 140).

Da tale premessa la Corte ha potuto, ad esempio, agevolmente costruire una importante giurisprudenza in merito al riconoscimento della libertà sindacale negativa: all'individuo non può essere imposta l'adesione ad alcun sindacato (cfr. in particolare CEDU 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*, in *FI*, 1982, IV, 133), poiché l'esercizio di pressioni indirizzate a forzare qualcuno ad aderire ad una associazione sindacale, contrariamente alle sue convinzioni, sarebbe lesivo della sostanza stessa della libertà di associazione riconosciuta in capo al singolo (P. RIDOLA, *Sub art. 11*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, 363 ss.).

Per quanto concerne più propriamente i diritti collettivi, la Convenzione tace in merito al diritto di contrattazione collettiva e di sciopero, riconoscendo solo la libertà di associazione sindacale, all'interno della nozione della libertà di associazione (art. 11 CEDU). Utilizzando il processo logico che le è proprio, ovvero «partendo dal singolo per giungere al sindacato» (E. TRIGGIANI, *op. cit.*, 140) la Corte europea è riuscita comunque ad attribuire rilevanza al diritto di contrattazione collettiva e di sciopero, in quanto mezzi attraverso cui è possibile garantire la libertà riconosciuta in capo al singolo dall'art. 11 CEDU (cfr. per l'analisi dell'evoluzione, nonché per i numerosi riferimenti giurisprudenziali P. RIDOLA, *op. cit.*).

Il riconoscimento di tali diritti all'interno dell'art. 11 implica la negazione del carattere "assoluto" degli stessi. Se nel primo comma, l'art. 11 proclama il diritto di associazione riconosciuto ad ogni "persona", nel secondo comma prevede che esso possa subire restrizioni da parte del legislatore, ovvero quando queste costituiscano «misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla libertà dei diritti e delle libertà altrui». Limiti maggiori, poi, possono essere imposti alle forze armate, alla polizia o all'amministrazione dello Stato.

Sebbene, dunque, anche nella giurisprudenza della Corte europea, i diritti sociali fondamentali possano subire delle limitazioni, appare in tutta evidenza come vi sia, rispetto all'impostazione della Corte di giustizia, un rovesciamento di prospettiva. La Corte europea muove dall'esistenza di un diritto di sciopero e di contrattazione collettiva; dopodiché indaga sul fine legittimo di una misura che ne limiti l'esercizio e sulla proporzionalità della stessa (CEDU 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, cit.; CEDU 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turchia*, cit.). Tale ricostruzione è ben lontana dall'individuare nei diritti di contrattazione e di sciopero una possibile limita-

zione alla libera concorrenza: il riconoscimento del diritto sindacale diviene la regola, e l'eccezione è la sua limitazione.

Le condizioni necessarie per una legittima limitazione di tali diritti (art. 11 CEDU, secondo comma), poi, sembrano essere particolarmente restrittive e riconducibili al «bisogno sociale imperativo» (CEDU 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, cit., p. 33).

Ne emerge, dunque, una maggiore tutela delle esigenze sociali rispetto a quella riconosciuta dalla Corte di giustizia (G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, II, 983).

7. Quali possono essere gli effetti del differente inquadramento operato dalla Corte europea sull'ordinamento comunitario? La risposta a questa domanda necessita una breve premessa circa i rapporti fra le due Corti europee, appartenenti a sistemi giuridici differenti ma alla cui giurisdizione sono soggetti tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Due giurisdizioni sovrapposte ma, per oltre mezzo secolo, separate.

Come si è visto, incorporando i diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, attraverso la nozione dei "principi generali" ed utilizzando la CEDU quale principale fonte ricognitiva degli stessi, la comunità europea perdeva la natura esclusivamente economica delle origini. Si sono già evidenziati i limiti di tale operazione (v. *supra* § 2), ovvero che i diritti fondamentali, una volta attratti nel diritto comunitario, sono analizzati attraverso gli strumenti ermeneutici di quest'ultimo, senza che residui alcuna dipendenza dalla fonte ricognitiva da cui la Corte li ha tratti.

Individuare nella CEDU una mera "fonte ricognitiva", infatti, nei termini e nei limiti sopra esposti, non poteva che avere la conseguenza per cui interpretazioni divergenti o addirittura incompatibili fra le due giurisdizioni europee sarebbero state possibili, con conseguenti conflitti di lealtà degli Stati nei confronti dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa (V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 3). Dunque, sebbene la Corte di giustizia abbia spesso cercato di allinearsi alla giurisprudenza della Corte europea, e sebbene in molti casi fra le due Corti vi sia stato un vero e proprio rapporto simbiotico (S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing european human rights aquis*, in *Common Market Review*, 2006, 631), vi sono state decisioni in cui essa ha interpretato i diritti fondamentali in maniera anche assai diversa da quanto fatto dalla Corte di Strasburgo (L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, 939 ss.).

Queste considerazioni non permettono di far nutrire eccessive speranze di un possibile mutamento d'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia in seguito al più ampio riconoscimento dei diritti sociali collettivi effettuato

dalla Corte europea. L'impressione è che tale riconoscimento sia da inquadrare essenzialmente come un autorevole precedente, privo, tuttavia, di efficacia diretta, almeno fintantoché l'Unione europea non aderisca alla CEDU (v. *infra*).

8. Dalla "settimana nera" delle relazioni industriali ad oggi poco tempo è passato; ma, in questo breve lasso di tempo, vi sono stati rapidi cambiamenti all'interno del quadro normativo europeo, segnatamente del quadro entro cui le decisioni *Viking* e *Laval* sono state prese.

Già all'indomani della pronuncia di tali sentenze, il Parlamento europeo ha preso le distanze dall'orientamento espresso dalla Corte di giustizia, sottolineando come la libertà di fornire servizi non sia «in contrasto né di rango superiore rispetto al diritto delle parti sociali di promuovere il dialogo sociale» (risoluzione 22 ottobre 2008 *Sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea* (2008/2085(INI)), rifiutando così l'interpretazione per cui sarebbe illegittima un'azione sindacale in contrasto con la libera circolazione dei servizi (S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *op. cit.*, 136 ss.). Anche il quadro economico e sociale europeo è rapidamente cambiato in ragione della crisi economica. A differenza di qualche anno fa, ove si assisteva ad un periodo di forte globalizzazione e si riteneva fosse necessario favorire l'allargamento ad est delle imprese, oltre che dei confini comunitari, si assiste ad un rallentamento del processo di globalizzazione con una tendenza alla rinazionalizzazione (A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *op. cit.*, 11).

Ma il vero elemento di discontinuità con l'esperienza precedente consiste nell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con esso, del nuovo art. 6 TUE. La norma può scomporsi in due parti strutturali. Nella parte più innovativa è previsto che l'Unione europea aderisca alla CEDU, sebbene non vi sia la previsione dell'adesione al Consiglio d'Europa (§ 2), e si riconosce lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta di Nizza (§ 1). Nella parte, invece, più in linea con l'orientamento giurisprudenziale "tradizionale" è previsto che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (§ 3).

L'art. 6 TUE vincola, dunque, l'Unione all'adesione alla CEDU, il che implica che la giurisprudenza della Corte europea potrebbe divenire un "precedente vincolante" per l'Unione europea. Per l'adesione, però, non sono indicati né i tempi né le modalità ed è da ipotizzare che i negoziati saranno lunghi. Molti sono infatti i nodi da sciogliere (sul punto si veda la riflessione di A. GIANNELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, 690 ss.); si pensi, innanzitutto, a quello inerente alla futura composizione della Corte europea (dovrà esservi anche un giudice che rappresenti l'Unione nel suo complesso?). Finché tutti

questi nodi non saranno sciolti opererà unicamente la parte dell'art. 6 TUE immediatamente precettiva, entrata in vigore nel dicembre 2009.

Pertanto, allo stato attuale, nell'ordinamento comunitario vi sono due fonti principali in materia di diritti sociali. La prima è la Carta di Nizza, un catalogo di diritti con efficacia pari a quella dei Trattati; la seconda è rappresentata dai principi generali che comprendono, a loro volta, i diritti CEDU ed i diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni. E l'art. 28 della Carta di Nizza, in particolare, stabilisce che i datori di lavoro ed i lavoratori e le rispettive organizzazioni hanno, conformemente al diritto dell'Unione, alla legislazione ed alle prassi nazionali, il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi ai livelli appropriati e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive.

L'attuale coesistenza di due cataloghi di diritti non accompagnata, tuttavia, da alcuna previsione di "supremazia" della Corte europea di Strasburgo, i cui precedenti non sono vincolanti nei confronti della Corte di giustizia, potrebbe essere la causa di nuovi problemi di interazione fra l'ordinamento comunitario e quello del Consiglio d'Europa. Per scongiurare tale rischio si è cercato di rendere la Carta di Nizza e la CEDU il più possibile compatibili. Non solo nell'elaborazione della Carta si è cercato di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (A. GIANNELLI, *op. cit.*), ma è la Carta stessa ad indicare il metodo da adottare nel caso di contrasti fra essa e la CEDU (N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, 672): vi si prevede, infatti, che nel caso in cui essa contenga diritti corrispondenti alla CEDU, questi vadano interpretati in maniera conforme, salvo che la protezione concessa dall'Unione sia più estesa (art. 52, § 3). Ciò, però, di per sé non vale necessariamente ad escludere la possibilità dell'esistenza di divergenze fra le due Corti. Va considerata, innanzitutto, la difficoltà di individuazione dei diritti "corrispondenti": i diritti riconosciuti dalla CEDU sono richiamati dalla Carta di Nizza ma sono stati anche aggiornati in relazione all'evoluzione che questi hanno conosciuto in oltre sessant'anni, risultandone, almeno parzialmente, modificata la struttura e la portata giuridica (A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 542 ss.). Dal che è possibile che la Corte di giustizia elabori propri orientamenti, basandosi sulla Carta di Nizza e nonostante la clausola di salvaguardia.

Non bisogna, comunque, limitarsi unicamente a leggere nell'attuale versione dell'art. 6 TUE il "salvacondotto" per contrasti giurisprudenziali. Il vero progresso che esso permette di raggiungere è che il concorso di fonti richiamate dallo stesso (come si è visto, Carta di Nizza, la CEDU ed i principi generali) potrà essere regolato dal "principio dello standard massimo di protezione", permettendosi alla Corte di giustizia la possibilità di richiamare la fonte che garantisca il livello di protezione più alto (L. DANIELE, *La protezione dei di-*

ritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, 652; *contra* A. FERRARO, *op. cit.*, per il quale con «l'elaborazione di una Carta europea dei diritti dell'uomo, che dalla CEDU prende le mosse [...] sarebbe stato forse auspicabile accantonare definitivamente l'idea di un'adesione dell'Unione europea a quel documento [...] un simile collegamento strutturale potrebbe solo comportare contrasti, incertezze e regressioni giuridiche», 505 ss.).

9. Mentre ancora risuona forte l'eco del *j'accuse* lanciato dalla dottrina giuslavoristica nei confronti della Corte di giustizia in seguito alle sentenze *Viking* e *Laval*, in prima battuta e, sulla scia, *Rüffert* e Lussemburgo, è dunque possibile rilevare come sia rapidamente mutato lo scenario entro cui si è mossa la Corte nella definizione di tali controversie.

I diritti sociali fondamentali non sono più “solo” dei “principi generali” ma sono ora “diritti fondamentali” e la differente natura che vi è attribuita non può essere priva di conseguenze. Come si è visto, essi erano ricondotti nell'ambito del diritto comunitario quali “principi generali” che la Corte avrebbe dovuto bilanciare con le “libertà fondamentali” riconosciute dal Trattato e su cui si fondava l'Unione stessa. Il differente riconoscimento operato dal diritto comunitario nei confronti dei diritti sociali e delle libertà economiche poneva i primi in una posizione di intrinseca debolezza al confronto dei secondi; debolezza che ben si è manifestata nelle sentenze *Viking* e *Laval*.

Certo, anche ora le azioni collettive, come del resto accade in tutti gli ordinamenti nazionali, benché riconosciute quali diritti fondamentali, saranno prive del carattere dell'assolutezza; e ciò porta a ritenere che la Corte di giustizia procederà comunque ad un loro bilanciamento (B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. AJANI, G. BENACCHIO (diretto da), *Trattato privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2009, 750) con le libertà fondamentali attraverso criteri che potrebbero essere non del tutto condivisi dalla dottrina italiana.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona però non può essere trascurata e non può essere trascurato il differente sistema di valori ivi contenuto. Esso infatti rappresenta una tappa storica ed ha in sé un grande significato simbolico (A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2010, 173), costituendo un grande passo per la creazione di un'Unione europea sempre meno mercantilistica e sempre più socialmente compatibile. Esso rappresenta il superamento della natura essenzialmente economica dell'ordinamento europeo, erigendo un nuovo pilastro accanto a quelli delle libertà economiche: quello dei diritti fondamentali sia individuali sia collettivi (A. PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *RIDL*, 2010, I, 525).

I diritti sociali sembrano perdere quella loro intrinseca debolezza che li caratterizzava nel confronto con le libertà economiche e non dovrebbero più porsi, esclusivamente, quale mera “possibilità di limitazione” delle seconde ma, piuttosto, quale “diritto fondamentale”, assumendo un valore ed una dignità, se non pari a quella delle libertà economiche, comunque maggiore rispetto al passato. Ed è evidente che, nel momento in cui si effettua un bilanciamento, il risultato varia a seconda del peso relativo attribuito ai due fattori. Pertanto, pur mantenendo invariato il metodo di giudizio, gli esiti cui perverrà in futuro la Corte di giustizia nel decidere casi analoghi a quelli di Viking e Laval potrebbero essere differenti.

Se l'evoluzione della rilevanza dei diritti sociali nel dato normativo è accolta positivamente dalla dottrina (A. PIZZOFRERATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, cit., D. GOTTARDI, *op. cit.*), che vi intravede segnali della tanto attesa “svolta sociale” dell'Unione Europea, anche la Corte di giustizia, pur nell'assenza di un *case law* analogo a quelli del passato, mostra i primi timidi segni di un possibile *revirement*.

Essa ha, infatti, più volte sottolineato il maggior valore attribuito dall'ordinamento europeo ai diritti sociali (C. Giust. 16 settembre 2010, C-149/2010, *Zoi Chatzi c. Ypourgos Oikonomikon*; C. Giust. 1° marzo 2011, C-236/2009, *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier c. Conseil des ministres*), corroborando in tal modo la tesi per cui si stiano muovendo i primi passi verso un più maturo riconoscimento dei diritti sociali nell'Unione. Non può essere omissis, tuttavia, che in altre occasioni la Corte si sia mostrata restia a tale evidenziazione. Ad esempio, nella causa C-515/08 (in tema di distacco), benché l'avvocato generale nelle sue conclusioni avesse ampiamente argomentato l'esistenza nell'ordinamento comunitario delle condizioni idonee a legittimare una maggiore tutela dei diritti sociali fondamentali (cfr. conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, 5 maggio 2010, C-515/08, p. 53. Sul punto si veda B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – INT, 2010, n. 81), chiedendo alla Corte di chiarire se l'affermazione secondo cui l'Unione persegue anche una finalità sociale abbia delle concrete proiezioni applicative (conclusioni dell'avvocato generale Pedro Cruz Villalón, 5 maggio 2010, C-515/08, p. 3), essa ha taciuto sul punto, limitandosi ad una stretta interpretazione della direttiva in materia.

Se a fronte del profondo mutamento del diritto primario dell'Unione europea, i primi riscontri giurisprudenziali sembrano ancora deboli al fine di placare la «ragionevole ansia» (S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *op. cit.*, 24) di far emergere i diritti sociali ad esercizio collettivo all'interno dell'Unione europea, un'ulteriore considerazione, tuttavia, può essere svolta. Nel caso in cui tale *revirement*, di cui si ritengono esservi tutte le premesse, non si verificasse “spontaneamente”, esso potrà verificarsi “forza-

tamente” nel momento in cui l’Unione aderirà alla CEDU. Nel caso in cui la Corte europea potesse esercitare un controllo, diretto (con la previsione della possibilità di un’azione diretta nei confronti degli organi dell’Unione Europea) o indiretto (con la previsione della possibilità di proporre azioni pregiudiziali, sull’azione dell’Unione), infatti, la Corte di giustizia dovrà confrontarsi con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non più come fosse una fonte autorevole “di ispirazione”, ma al pari delle Corti costituzionali degli Stati aderenti alla CEDU, che garantiscono, altresì, esplicita tutela a diritti riconosciuti dalla convenzione in proprie Carte costituzionali o tradizioni giuridiche (A. GIANNELLI, *op. cit.*, 680). E, come sopra evidenziato, l’interpretazione della Corte europea in materia di sciopero e contrattazione collettiva è ben diversa da quella resa dalla Corte di giustizia in *Viking* e *Laval*.

Maria Teresa Crotti
Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali
Università degli Studi di Pavia

2. Parità di trattamento

2.1. Direttiva del Parlamento europeo 7 luglio 2010, n. 2010/41/UE (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 29).

Parità di trattamento tra uomini e donne che esercitano un’attività autonoma: la direttiva 2010/41/UE

Sommario: **1.** Quadro di riferimento: il “pacchetto conciliazione”. – **2.** Ragioni della proposta e definizioni. – **3.** Principali innovazioni della direttiva 2010/41/UE.

1. All’inizio di ottobre del 2008 il Presidente della Commissione europea – José Manuel Durão Barroso – e l’allora Commissario all’occupazione, affari sociali e pari opportunità – Vladimir Špidla – presentavano alla stampa e alle altre istituzioni comunitarie un ambizioso pacchetto di misure dedicato alla conciliazione tra vita privata, familiare e professionale. Lo scopo dichiaratamente perseguito con questa iniziativa era quello di permettere un aumento della partecipazione femminile al mercato del lavoro, dotandosi di strumenti adeguati ad affrontare con successo le sfide poste dai cambiamenti demografici in atto.

L’adozione del “pacchetto conciliazione” da parte della Commissione europea si è poi concretizzata a due anni di distanza dall’avvio di una consultazione formale delle parti sociali, che sono giunte – nel marzo 2008 – a siglare un’intesa sul tema e pochi mesi dopo hanno avviato un negoziato in materia di congedi parentali che ha condotto, in meno di un anno, alla sottoscrizione di

un nuovo accordo quadro (poi attuato con la direttiva 2010/18/UE del Consiglio dell'8 marzo 2010).

A comporre il pacchetto concorrono quattro elementi: una comunicazione rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni che inquadra il contesto, definisce lo scenario e imposta la strategia europea a sostegno di un migliore equilibrio tra vita privata e lavoro – COM(2008)635; una relazione sui progressi compiuti dagli Stati membri rispetto alla realizzazione degli obiettivi di Barcellona del 2002 in materia di strutture di custodia per i bambini in età prescolastica – COM(2008)638; una proposta legislativa di revisione della direttiva 92/85/CEE concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; un'ulteriore proposta legislativa di revisione della direttiva 86/613/CEE relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità.

L'esame in Consiglio e in Parlamento ha riservato alle due proposte di direttiva un destino molto diverso. La proposta di revisione della direttiva 92/85/CEE sul congedo di maternità è tuttora ferma a causa di una difficile prima lettura parlamentare, votata soltanto nell'ottobre 2010 dopo molti rinvii, che si pone in rotta di collisione con le posizioni – ancora in corso di definizione – del Consiglio e risulta inaccettabile, per molti versi, per la stessa Commissione. La proposta sulla parità di trattamento nel lavoro autonomo si è, invece, già trasformata in direttiva e questo soprattutto per due ragioni: il grande sforzo negoziale condotto dalla presidenza spagnola dell'Unione europea, da un lato, e l'atteggiamento estremamente pragmatico della relatrice parlamentare (Astrid Lulling, lussemburghese del PPE), dall'altro.

2. La proposta della Commissione intende intervenire su una legislazione già esistente, la direttiva 86/613/CEE, la quale – secondo l'esecutivo comunitario – non ha dato buona prova di sé su due distinti fronti. In primo luogo, il divario di genere che si registra nel settore del lavoro autonomo è ancora molto elevato e vale la pena ricordare che i lavoratori autonomi rappresentano una fetta consistente dell'occupazione a livello europeo (il 16% nel 2005 secondo la stessa Commissione europea), anche se soltanto un terzo degli imprenditori è donna e l'assenza di protezioni in caso di maternità sembra costituire un ostacolo importante all'avvio di questo genere di attività. Per tale motivo, la Commissione ritiene di proporre l'introduzione di un congedo di maternità facoltativo di durata pari a quello previsto per le lavoratrici dipendenti, ovvero 14 settimane. In secondo luogo, i coniugi coadiuvanti, che contribuiscono spesso in maniera sostanziale all'attività del lavoratore autonomo, non si vedono attribuito un proprio *status* giuridico e sono pertanto maggiormente esposti al rischio di povertà in caso di divorzio, morte del partner o fallimento. Per questo, la Commissione propone di riconoscere al coniuge coadiuvante la

possibilità di adesione a titolo volontario a un regime di sicurezza sociale che gli garantisca il medesimo livello di protezione di cui beneficia il lavoratore autonomo. Il documento comunitario, inoltre, modifica parzialmente la definizione di coniuge per ricomprendervi anche le coppie non sposate, laddove riconosciute dalla legislazione nazionale. Nel campo di applicazione della nuova direttiva rientrano, pertanto, tutti quei coniugi e conviventi che non sono né soci, né salariati e che partecipano abitualmente all'attività del lavoratore autonomo: anche in questo caso si opera un rinvio alla legislazione nazionale per l'identificazione delle condizioni che permettono di qualificare come "abituale" il contributo apportato dal coniuge.

Vedremo più avanti che nel testo finale adottato da Consiglio e Parlamento alcune delle proposte della Commissione risulteranno fortemente attenuate, con particolare riferimento al livello di protezione da assicurare al coniuge coadiuvante, in ragione di una forte ostilità degli Stati membri a subire eccessive ingerenze nel settore della sicurezza sociale. A tale proposito, prima di passare all'esame delle principali novità introdotte dalla direttiva 2010/41/UE è, forse, opportuno soffermarsi brevemente sulla base giuridica su cui la stessa poggia, ossia l'art. 157, § 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che permette a Parlamento e Consiglio di legiferare sulla parità di trattamento tra donne e uomini in materia di occupazione secondo la procedura legislativa ordinaria (ovvero con voto a maggioranza qualificata in Consiglio). Questa scelta della Commissione è stata aspramente e ripetutamente criticata da diversi Stati membri, che ritenevano necessario il riferimento anche a una seconda base giuridica, ovvero l'art. 352. Tale base giuridica residuale consente l'adozione di disposizioni ritenute necessarie, ma per le quali i trattati non abbiano previsto i relativi poteri di azione in capo all'Unione. Per tale motivo, gli atti basati su questo articolo vengono adottati seguendo una procedura legislativa speciale che non vede più il Parlamento in posizione paritaria rispetto al Consiglio e obbliga quest'ultimo alla regola dell'unanimità. La ragione di fondo di tale richiesta – poi respinta anche sulla base di un parere formulato dal servizio giuridico del Consiglio – risiedeva nel desiderio di tutelare le competenze nazionali in materia di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale che potevano apparire come messe in discussione dalla originaria formulazione della Commissione.

3. La novità di maggior rilievo, introdotta con la direttiva in esame, rispetto alla legislazione pre-esistente, riguarda la tutela della maternità. In base all'art. 8 della direttiva 2010/41/UE, infatti, alle lavoratrici autonome va garantito il diritto alla fruizione di un'indennità di maternità tale da consentire eventuali interruzioni dell'attività lavorativa per un periodo non inferiore alle 14 settimane. Allo Stato membro è lasciata la libertà di decidere se tale indennità debba avere natura obbligatoria o volontaria.

La disposizione fa riferimento, non a caso, alle prestazioni a tutela della maternità e non al congedo in senso stretto. Tale scelta trova il suo fondamento nel riconoscimento della specificità del lavoro autonomo rispetto al lavoro di-

pendente, sia sotto il profilo dei contenuti, sia rispetto ai vincoli esterni all'attività lavorativa. Questa differenza è stata, peraltro, ben sottolineata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 3/1998, la quale ha chiaramente affermato che l'indennità di maternità spetta alla lavoratrice autonoma, indipendentemente dalla sospensione dell'attività lavorativa.

Il legislatore europeo, condividendo questo approccio, ha, pertanto, ritenuto di non dover imporre alla gestante un obbligo di astensione dall'attività che risulterebbe in conflitto con la natura stessa del lavoro autonomo. Inoltre, sarebbe assai complesso per le autorità pubbliche verificare ed esigere la osservanza di una norma di tal fatta. Cionondimeno, viene stabilito un blando parallelismo con le disposizioni a tutela della maternità per le lavoratrici dipendenti in termini di durata delle prestazioni: le 14 settimane corrispondono, infatti, alla durata minima del congedo di maternità di cui alla vigente direttiva 92/85/CEE, attualmente in corso di revisione. Nel preambolo, poi, al considerando 19 viene chiarito e rafforzato il legame tra le due direttive attraverso un invito formulato alla Commissione a valutare la necessità di intervenire nuovamente sul testo nell'ipotesi di una modifica della durata del congedo di maternità previsto per le lavoratrici dipendenti (a tale proposito si ricorda che la proposta di revisione avanzata dalla Commissione prevede un allungamento del congedo da 14 a 18 settimane). L'art. 8 individua, inoltre, alcuni criteri-guida per la definizione dell'ammontare dell'indennità da corrispondere alla donna, la quale deve essere messa in condizione di scegliere se interrompere la propria attività, potendo fare affidamento su un reddito definito come sufficiente. Gli Stati membri possono, infine, garantire l'accesso a servizi di supplenza temporanei già esistenti come alternativa alla percezione della indennità, in tutto o in parte.

La seconda novità di un certo rilievo riguarda il rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti, che avviene attraverso tre innovazioni. In primo luogo, viene riconosciuta la capacità di agire in giudizio, per conto o a sostegno della persona offesa, ad associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche portatrici di un interesse legittimo al rispetto delle disposizioni contenute nella direttiva. In secondo luogo, gli Stati membri sono invitati a introdurre nei rispettivi ordinamenti la possibilità di ottenere un indennizzo o risarcimento per la perdita o il danno subito a causa di una discriminazione fondata sul sesso. Infine, agli organismi per la parità (di cui all'art. 20 della direttiva 2006/54/CE) viene attribuita anche una specifica competenza volta alla tutela delle persone oggetto della direttiva in esame.

Il terzo significativo ambito di intervento della direttiva è quello relativo all'accesso alla protezione sociale dei coniugi coadiuvanti. La proposta iniziale della Commissione stabiliva che i coniugi coadiuvanti potessero, su richiesta, accedere a un sistema che garantisse loro il medesimo livello di protezione sociale di cui beneficiano i lavoratori autonomi. Nel corso dell'esame in Consiglio, però, è apparso subito come problematico qualsiasi riferimento a uno specifico livello di protezione (che fosse uguale, equivalente o anche solo

comparabile), ritenuto lesivo della competenza nazionale esclusiva in materia di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale; per evitare il formarsi di minoranze di blocco che avrebbero enormemente rallentato il negoziato, Commissione e Parlamento hanno accettato di fare un passo indietro e la versione adottata risulta a prima vista estremamente simile alla normativa previgente. In sostanza, l'art. 7 della direttiva 2010/41/UE differisce dall'art. 6 della direttiva 86/613/CE soltanto in relazione a due aspetti: da un lato perché si applica anche ai conviventi (laddove riconosciuti dalla legislazione nazionale) e dall'altro perché rende esplicita la possibilità che gli Stati membri adottino sistemi obbligatori di affiliazione. Le preoccupazioni della Commissione e del Parlamento europeo (che aveva, in prima lettura, votato una posizione molto più ambiziosa) hanno, poi, trovato spazio nel preambolo, laddove al considerando 17 si fa salva l'idea della proporzionalità tra il livello di protezione assicurato al coniuge coadiuvante e la partecipazione dello stesso all'attività del lavoratore autonomo.

La direttiva 2010/41/UE prevede due anni di tempo (ovvero fino al 5 agosto 2012) per il recepimento nelle legislazioni nazionali. Agli Stati membri possono essere concessi due anni supplementari, ove giustificato da particolari difficoltà, per dare attuazione alle disposizioni relative all'accesso alla protezione sociale e alle prestazioni di maternità per le coniugi e conviventi.

Tatiana Esposito

Attachée sociale – Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea

3. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

3.1. C. Giust. 7 ottobre 2010, *Martha Nussbaumer*, causa C-224/09 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 42).

Domanda di pronuncia pregiudiziale - Direttiva 92/57/CEE - Prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili - Art. 3 - Obblighi di designare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute nonché di redigere un piano di sicurezza e di salute.

In applicazione dell'art. 3 della direttiva del Consiglio 24 giugno 1992, 92/57/CEE, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili, un coordinatore in materia di sicurezza e di salute deve essere sempre nominato per un cantiere in cui sono presenti più imprese, indipendentemente dalla circostanza che i lavori siano soggetti o meno a permesso di costruire ovvero che tale cantiere comporti o no rischi particolari e tale nomina va effettuata all'atto della progettazione dell'opera o, comunque, prima dell'esecuzione dei lavori. Inoltre, in applicazione del n. 2 del predetto art. 3 l'obbligo di redigere, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute deve essere inteso nel senso che esso vale per tutti i cantieri i cui lavori comportano rischi particolari, quali quelli elencati nell'allegato II di

questa direttiva, o per i quali è richiesta una notifica preliminare, essendo irrilevante a tale riguardo il numero d'impresе presenti nel cantiere. Una norma nazionale non può derogare agli obblighi predetti e prescritti da tale direttiva.

Corte di Giustizia europea: per la sicurezza nei cantieri è obbligatoria la nomina di un coordinatore della sicurezza

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il fatto. – 3. La richiesta del Tribunale di Bolzano. – 4. Il pronunciamento della Corte di Giustizia. – 5. Il quadro normativo italiano: il d.lgs. n. 494/1996. – 5.1. Il d.lgs. n. 81/2008. – 5.2. La l. 7 luglio 2009, n. 88. – 5.3. La circ. Min. lav. 29 ottobre 2009, n. 30. – 6. Conclusioni.

1. Il procedimento C-224/09, con sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 7 ottobre 2010 (in epigrafe), contiene indicazioni di interesse in materia di sicurezza sul lavoro. La Corte con la sentenza citata ha dichiarato illegittima l'esenzione dall'obbligo di nomina dei coordinatori in materia di sicurezza nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale siano presenti più imprese. La Corte interviene su un caso sollevato dal Tribunale di Bolzano, relativamente alla conformità di alcune norme italiane in materia di sicurezza sul lavoro con quanto disposto dall'art. 3 della direttiva 92/57/CEE del 24 giugno 1992, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili.

2. Il 20 giugno 2008 gli ispettori tecnici del lavoro della Provincia autonoma di Bolzano avevano effettuato un'ispezione presso un cantiere edile sito nel territorio del Comune di Merano, avente ad oggetto il rifacimento della copertura del tetto di una casa di abitazione ad un'altezza di circa 6-8 metri. L'ispezione del cantiere aveva messo in evidenza che il parapetto installato lungo il bordo del tetto, l'autogrù per sollevare il materiale e la manodopera erano forniti da tre imprese diverse, presenti contemporaneamente nel cantiere e il committente era soggetto diverso. Nonostante non fosse richiesto – ai sensi del d.P.R. n. 380/2001 – il rilascio di un permesso di costruire, una dichiarazione di inizio dei lavori era stata trasmessa al Comune. Nell'ambito di tale ispezione si era posta la questione se, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere nominato un coordinatore della sicurezza, tanto per la fase progettuale quanto per quella esecutiva, così come previsto non soltanto dall'art. 3, n. 1, della direttiva 92/57, ma anche dall'art. 3 del d.lgs. n. 494/1996, e ciò a prescindere dal fatto che l'art. 90, comma 11, nel testo previgente alle modifiche introdotte dalla l. n. 88/2009, non esigesse tale designazione. Per tale ragione gli ispettori avevano contestato alla proprietaria dell'immobile, committente dei lavori, la violazione degli obblighi di sicurezza imposti dalla direttiva comunitaria 92/57/CEE, in quanto il parapetto, l'autogrù e la manodopera erano forniti da tre imprese diverse presenti contemporaneamente nel cantiere. La difesa della proprietaria dell'immobile evidenziava che la fattispecie contesta-

ta dagli ispettori era regolamentata dall'art. 90, comma 11, del d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede, nel caso concreto, una specifica deroga in ordine all'obbligo di designare un coordinatore in materia di sicurezza e di salute, nonché di redigere un piano di sicurezza e di salute ed assumendo che tale normativa (in quanto statale) dovesse essere applicata.

3. Il caso è stato posto al giudizio del GIP del Tribunale di Bolzano chiamato a decidere sulla richiesta di archiviazione presentata dal PM con riferimento alla contestazione nei confronti del committente operata dall'organo di vigilanza, non potendo lo stesso per quanto espresso nell'art. 90 del d.lgs. n. 81/2008 proseguire nell'azione penale. Detto giudice, nutrendo dubbi riguardo alla correttezza delle deroghe in relazione all'obbligo di designare un coordinatore per la sicurezza, introdotte e previste dalla normativa italiana – *ex art. 90, comma 11, d.lgs. n. 81/2008* (in quanto il legislatore nel dare per scontata una relazione tra la modesta dimensione di un cantiere privato e l'assenza di rischi, non avrebbe considerato che anche lavori non soggetti a permesso di costruire possono essere complessi e pericolosi e richiedere, di conseguenza, la nomina di un coordinatore per la sicurezza) – ha richiesto alla Corte di Giustizia europea se vi è compatibilità tra la predetta direttiva, in particolare all'art. 3, e quanto disposto dall'art. 90 del d.lgs. n. 81/2008. Quest'ultimo se da un lato, nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale sono presenti più imprese, consente di derogare all'obbligo di nominare un coordinatore per la sicurezza tanto per la progettazione dell'opera quanto per la realizzazione dei lavori, dall'altro, prevede l'obbligo per il coordinatore di redigere un piano di sicurezza e di salute nel solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese. Sulla base di queste premesse, il Tribunale di Bolzano ha deciso di sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali relative alla presunta violazione della predetta normativa italiana alle disposizioni previste dalla direttiva 92/57.

4. I giudici comunitari, confermando un consolidato orientamento – sentenza della Corte 25 luglio 2008, causa C-504/06, *Commissione v. Italia* –, hanno ricordato che l'art. 3 della direttiva del Consiglio 24 giugno 1992, 92/57/CEE, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili (ottava direttiva particolare ai sensi dell'art. 16, § 1, della direttiva 89/391/CEE), deve essere interpretato come segue: il n. 1 di tale articolo osta ad una normativa nazionale che, nel caso di un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire e nel quale sono presenti più imprese, consenta di derogare all'obbligo incumbente al committente o al responsabile dei lavori di nominare un coordinatore per la sicurezza e la salute al momento della progettazione dell'opera o, comunque, prima della esecuzione dei lavori; il n. 2 dello stesso articolo osta ad una normativa nazionale che preveda l'obbligo per il coordinatore della realizzazione dell'opera di redigere un piano di sicurezza e di salute nel solo caso in cui, in un cantiere di lavori privati non soggetti a permesso di costruire, intervengano più imprese,

e che non assuma come criterio a fondamento di tale obbligo i rischi particolari quali contemplati all'allegato II di detta direttiva. Altri aspetti devono poi essere valutati, per cui «un coordinatore in materia di sicurezza e di salute deve essere sempre nominato per un cantiere in cui sono presenti più imprese, indipendentemente dalla circostanza che i lavori siano soggetti o meno a permesso di costruire ovvero che tale cantiere comporti o no rischi particolari», e «l'obbligo risultante dall'art. 3, n. 2, della direttiva 92/57 di redigere, prima dell'apertura del cantiere, un piano di sicurezza e di salute deve essere inteso nel senso che esso vale per tutti i cantieri i cui lavori comportano rischi particolari, quali quelli elencati nell'allegato II di questa direttiva, o per i quali è richiesta una notifica preliminare, essendo irrilevante a tale riguardo il numero d'imprese presenti nel cantiere».

Inoltre, non è il titolo abilitativo richiesto l'elemento che consente di valutare il grado di pericolosità dei lavori: un lavoro per il quale è sufficiente la denuncia di inizio attività o la comunicazione di inizio lavori non è necessariamente meno rischioso di un lavoro soggetto alla richiesta di permesso di costruire.

L'aspetto da prendere in considerazione, pertanto, non è la presenza o meno di un permesso di costruzione ma il rischio rappresentato dalla coesistenza nello stesso cantiere di più imprese. Queste possono svolgere le proprie funzioni senza provocare rischi agli altri lavoratori solo se le azioni sono state valutate e programmate grazie alla presenza del coordinatore.

Secondo i giudici europei, l'esonero introdotto dal legislatore interno è in netto contrasto con la direttiva, che non fa alcun distinguo tra cantieri pubblici e privati e tra titoli abilitativi richiesti e stabilisce in modo inequivocabile l'esigenza di individuare un coordinatore di sicurezza e di salute nei cantieri in cui ci sono più imprese.

In virtù della tutela effettiva della salute e sicurezza, la designazione deve avvenire all'atto della progettazione dell'opera o, comunque, prima della esecuzione dei lavori.

In merito all'obbligo di redazione del Piano di sicurezza la direttiva prescrive che sia redatto nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari per la sicurezza e la salute dei lavoratori. Tali lavori sono indicati in un elenco, non esaustivo, contenuto nella direttiva. Contrariamente all'art. 3, n. 1, della direttiva 92/57, il quale non ammette alcuna eccezione, il n. 2, secondo comma, di tale articolo autorizza gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, a derogare all'obbligo di redigere un piano di sicurezza e di salute contemplato dal primo comma del medesimo n. 2, tranne nel caso in cui si tratti di lavori che comportano rischi particolari enumerati nell'allegato II di detta direttiva o di lavori per i quali è richiesta una notifica preliminare ai sensi del n. 3 del citato art. 3. A proposito del criterio della rischiosità dei lavori, invece, va notato che la Corte europea richiama l'allegato II della direttiva 92/57 soltanto a titolo esemplificativo: il criterio non è, dunque, costretto nei limiti dell'allegato II, costituendo piuttosto un parametro di fatto il cui apprezzamento dipende dalle circostanze del caso.

Infine, la Corte europea ha ricordato che la direttiva non crea obblighi nei confronti del singolo cittadino o imprenditore, a cui non può essere contestato il mancato rispetto di adempimenti non previsti dalla legge interna. Detta precisazione fa da corollario al principio secondo cui «la natura cogente della direttiva [...] esiste solo nei confronti dello Stato». Sul piano generale, com'è noto, le direttive comunitarie non hanno portata generale e vincolano solo gli Stati membri, cui sono rivolte, per quanto riguarda il risultato da raggiungere e non sulle forme ed i mezzi necessari per il raggiungimento dell'obiettivo richiesto.

5. Nei confronti del nostro Paese, peraltro, già sotto la vigenza della precedente disciplina di recepimento della direttiva 92/57 (d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494, successivamente modificato dal d.lgs. 19 novembre 1999, n. 528 e dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276), era stata avviata una procedura di infrazione per non aver l'Italia provveduto alla corretta trasposizione dell'art. 3, n. 1, della direttiva del Consiglio 24 giugno 1992, 92/57/CEE, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili. L'obbligo di designare coordinatori, in particolare, era contemplato dall'art. 3, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 494/1996, che, tuttavia, nel caso di cantieri che non raggiungessero i 200 uomini-giorno e che non espletassero i lavori di cui all'allegato II della direttiva, prevedeva esclusivamente la "copertura" delle disposizioni in materia di coordinamento di cui all'allora vigente art. 7, d.lgs. n. 626/1994 (oggi sostituito dall'art. 26, d.lgs. n. 81/2008). Tale norma, tuttavia, imponeva soltanto un obbligo generale di cooperazione e di coordinamento ai datori di lavoro che, all'interno dell'azienda ovvero della unità produttiva, affidassero lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi. Non era, quindi, possibile ritenere che le disposizioni precise e dettagliate della direttiva 92/57/CEE, relative al coordinamento richiesto durante le fasi di elaborazione e di realizzazione dell'opera, potessero essere considerate come recepite dall'art. 3 del d.lgs. n. 494/1996. Com'è noto, alla procedura di infrazione era seguita l'apertura di un procedimento contenzioso davanti alla Corte di Giustizia che, con la sentenza della Corte (prima sezione) del 25 luglio 2008 (*Commissione v. Italia*, in causa C-504/06, p. 2), aveva condannato il nostro Stato per la non corretta trasposizione della direttiva.

Nel 2005 tale non conformità alla direttiva europea delle disposizioni nazionali sull'obbligo della nomina del coordinatore è stata portata, su iniziativa della Procura della Repubblica del Tribunale di Torino, all'attenzione della Commissione delle Comunità europee che ha successivamente interessato dell'argomento la Corte di Giustizia europea perché si esprimesse sulla stessa.

5.1. Il d.lgs. n. 81/2008 recependo la c.d. "direttiva cantieri", contenuta nella direttiva dell'Unione europea n. 92/57/CEE, si pone come un momento di razionalizzazione e di semplificazione rispetto alla previgente normativa (in particolare il d.P.R. n. 164/1956), in cui non era presente alcuna previsione in tema di «coordinamento in materia di sicurezza». Tale opera di omogeneizzazione e di integrazione della disposizione comunitaria, di misure sia tecniche

che organizzative e procedurali, si è attuata mediante la contestuale abrogazione del d.P.R. n. 164/1956, del d.lgs. n. 626/1994, del d.lgs. n. 494/1996 e del d.P.R. n. 223/2003 e l'“ampliamento” del breve elenco delle “definizioni” contenuto nella direttiva (che era, sostanzialmente, limitato alle figure ed ai ruoli fondamentali nel cantiere). L'art. 90, comma 11, vigente al momento in cui era sollevata questione pregiudiziale dall'A.G. di Bolzano, prevedeva che «In caso di lavori privati, la disposizione di cui al comma 3 non si applica ai lavori non soggetti a permesso di costruire. Si applica in ogni caso quanto disposto dall'articolo 92, comma 2». La norma in esame derogava all'obbligo generale, imposto dal comma 3 dell'art. 90, secondo cui nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese, anche non contemporanea, il committente, anche nei casi di coincidenza con l'impresa esecutrice, o il responsabile dei lavori, contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, ha l'obbligo di designare il coordinatore per la progettazione.

5.2. A seguito della sentenza di condanna del giudice comunitario del 25 luglio 2008, il legislatore italiano era nuovamente intervenuto sul testo del comma 11, apportando, con la l. 7 luglio 2009, n. 88 (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2008, in vigore dal 29 luglio 2009*) le modifiche risultanti dal testo attuale che, com'è noto, mantiene ferma la deroga all'obbligo di nomina del coordinatore per la progettazione (previsto in generale dal comma 3) per i lavori privati non soggetti a permesso di costruire, introducendo una soglia monetaria («e comunque di importo inferiore ad euro 100.000»). L'articolo aggiunge peraltro «In tal caso, le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori». In altri termini, dunque, pur mantenendo la deroga all'obbligo di nomina del coordinatore per la progettazione per i lavori “sottosoglia”, il legislatore del 2009 riteneva che, ad assicurare la compatibilità con la normativa comunitaria, fosse sufficiente la previsione, inserita *ad hoc*, secondo cui spettava comunque al coordinatore per l'esecuzione dei lavori svolgere in tal caso anche le funzioni di coordinatore per la progettazione. Nonostante le critiche mosse, il legislatore nazionale non interveniva ad apportare ulteriori modifiche all'art. 90, comma 11, tant'è che la disposizione in esame non era “toccata” dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106 recante *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in vigore dal 20 agosto 2009.

In sintesi, le critiche mosse alla nuova formulazione consistono per lo più nel rilevare che, anche in questo nuovo ambito, sussistono ipotesi di non applicazione dell'obbligo di designazione del coordinatore per la progettazione, la cui compatibilità con la normativa comunitaria crea dubbio; è stato confermato inoltre un regime particolare per i lavori privati, che non ha motivo di essere sotto il profilo della sicurezza dei lavoratori; e, infine, rimangono valide le osservazioni fatte dalla Commissione che ha chiesto per la nomina del coordi-

natore l'esclusione di qualsiasi altra condizione se non quella della semplice presenza di più imprese in cantiere.

Probabilmente, la necessità di apportare ulteriori modifiche alla norma in esame è stata nuovamente avvertita dalla Corte di Giustizia UE, che, nonostante l'intervento correttivo del 2009 al testo del comma 11, ha condannato nuovamente l'Italia per la perdurante non corretta trasposizione della direttiva del Consiglio 24 giugno 1992, 92/57/CEE, riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili.

5.3. Con questa circolare, avente ad oggetto *Applicazione delle disposizioni dell'articolo 90, comma 11, decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, e successive modifiche e integrazioni*, a riscontro delle numerose richieste di chiarimento pervenute in ordine alla corretta interpretazione della norma di cui in oggetto, con particolare riferimento a quelle avanzate dalla Commissione dell'Unione europea, il Ministero del lavoro ha precisato che con l'entrata in vigore del d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106, l'art. 90, comma 11, dispone quanto segue: «La disposizione di cui al comma 3 non si applica ai lavori privati non soggetti a permesso di costruire in base alla normativa vigente e comunque di importo inferiore ad euro 100.000. In tal caso le funzioni del coordinatore per la progettazione sono svolte dal coordinatore per la esecuzione dei lavori». Tale norma persegue la finalità di consentire al committente la nomina del solo coordinatore per l'esecuzione in cantieri non particolarmente complessi nei quali gli obblighi del coordinatore per la progettazione sono di entità tale da poter essere affidati all'unica figura del coordinatore per l'esecuzione. Al riguardo, appare necessario chiarire che – come espressamente previsto dalla norma citata – in tali casi il coordinatore per la esecuzione svolge senza eccezioni o limitazioni tutte le funzioni che l'art. 91 attribuisce al coordinatore per la progettazione. Si tratta di compiti che vanno svolti durante la progettazione dell'opera e, pertanto, l'art. 90, comma 3, prevede che il committente o il responsabile dei lavori designi il coordinatore per la progettazione contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione. Analogamente, nella ipotesi di cui all'art. 90, comma 11, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori deve essere nominato contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione, in modo da consentire la piena realizzazione di tutti i compiti connessi al ruolo di coordinatore per la progettazione, anche nei casi in cui tale ruolo venga svolto dal coordinatore per l'esecuzione. Si tratta in buona sostanza di un chiarimento reso necessario da quanto previsto dall'Unione europea circa l'obbligatorietà della nomina del coordinatore per la progettazione e del coordinatore per la esecuzione dei lavori: entrambi garanti della sicurezza nei cantieri. La circolare ministeriale ha ribadito sostanzialmente quanto già affermato nella sentenza della Corte di Giustizia europea, emanata in seguito alla procedura di infrazione intentata contro l'Italia ed ha sottolineato la necessità della presenza di una figura di controllo, sia questo il responsabile della progettazione o dell'esecuzione, in ogni fase di svolgimento dei lavori.

6. Il legislatore, da un lato, ha dunque imposto che in un cantiere con più imprese ci sia sempre un coordinatore per la sicurezza, dall'altro lato, però, ha modificato le condizioni in presenza delle quali il committente è obbligato a nominare il coordinatore in fase di progettazione, riferendole all'importo dei lavori uguale o superiore a 100.000 euro. Le direttive europee esigono la designazione del coordinatore della sicurezza, per la progettazione e l'esecuzione, quale obbligo assoluto che deve essere rispettato sempre nel caso in cui in un cantiere si trovino ad operare due o più imprese, a prescindere dalla tipologia dei lavori e dall'entità dei lavori (art. 3, § 1, direttiva 92/57/CEE); il committente o il responsabile dei lavori ha l'obbligo di controllare che prima dell'apertura del cantiere sia stato redatto il PSC anche in presenza di un'unica impresa, se nel cantiere vengono effettuati lavori particolarmente rischiosi (art. 3, § 1 e § 2, direttiva 92/57/CEE).

La posizione accolta dalla Corte appare del tutto in linea con gli elevati standard di tutela della salute e della sicurezza nell'ambiente di lavoro cui mirano le politiche dell'Unione. Tale tutela è espressamente sancita dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 19). In detto ambito la direttiva 92/57/CEE rappresenta una delle numerose direttive specifiche emanate in materia (è l'ottava direttiva emanata ai sensi dell'art. 16 della direttiva generale 89/391/CEE del 12 giugno 1989). Sta di fatto però che la soluzione individuata pone, in capo al proprietario privato-committente, una sorta di presunzione di conoscenze tecniche tali da permettere al soggetto di comprendere se la "valutazione dei rischi" rientri nei casi previsti dall'allegato II della direttiva. Sicuramente la "costruzione giuridica" della direttiva 92/57/CEE risente dell'esperienza comunitaria in materia di sicurezza (materia che viene «ricompresa» nell'attività della ditta esecutrice), ma, in un paese come il nostro, ciò ha come conseguenza che la «presunzione di conoscenza» posta in capo al privato-committente possa essere superata solo affidando uno specifico incarico di valutazione ad un professionista del settore; il che, di conseguenza, si traduce in un ulteriore aggravio, in termini economici, di tempi e di procedure, per il privato.

Sull'art. 90, comma 11, in Italia, da parte degli interpreti, sono stati fatti molti esercizi di stile. Incrociando tra di loro le norme del Testo Unico della sicurezza si è passati da letture che individuano un pieno recepimento delle normative europee addirittura in termini più restrittivi delle stesse norme dell'Unione (così E. MEZZASALMA, *Sicurezza: omissione della nomina del coordinatore*, in www.iltuolegale.it), a letture che, all'inverso, come si è più sopra detto, sottolineano la necessità di un intervento ulteriore del legislatore per rendere le norme attuali maggiormente coerenti rispetto all'impianto comunitario (si veda, sul punto, E. BENEDETTI, A. ODDO, R. PETRINGA NICOLOSI, *Salute e sicurezza nei cantieri edili*, Ipsoa, Milano, 2010, 5 e 25 ss.). Si è sottolineato in taluni casi che la stessa lettera della nuova norma, per la presenza del termine "comunque" che può significare al tempo stesso "in ogni caso", "in ogni modo" ovvero "ma", "però", "tuttavia" può essere letta in ma-

niera diversa (G. PORRECA, *I quesiti sul decreto 81/2008: la nomina del coordinatore per la sicurezza*, in *www.puntosicuro.it*, febbraio 2010). Ad oggi ci si è attestati su una lettura (C. DI LUCIA, *Nomina del coordinatore nei cantieri edili*, in *Sicurezza Sicura (Portale di informazione sulla Sicurezza sul Lavoro)*, 1° marzo 2010) secondo la quale se, in sostanza, si lavora in presenza dell'obbligo del permesso di costruire il committente è sempre tenuto, nel caso di più imprese, a nominare il coordinatore in fase di progettazione, qualunque sia l'entità dell'opera, mentre se per l'opera che si sta realizzando non è richiesto il permesso di costruire, come ad esempio per un'opera per la quale è sufficiente la denuncia di inizio dell'attività (vedi manutenzioni straordinarie, ristrutturazioni edilizie, ecc.), allora bisogna fare riferimento all'importo dei lavori. Se questo è maggiore o uguale a 100.000 euro sussiste l'obbligo della nomina del coordinatore in fase di progettazione mentre, se è inferiore a tale soglia, il committente è esonerato dal designarlo, fermo restando che in qualunque caso il committente è tenuto, sempre in presenza di più imprese, a designare un coordinatore in fase di esecuzione, il quale dovrà svolgere le funzioni del coordinatore in fase di progettazione non nominato e dovrà quindi provvedere alla elaborazione del PSC, documentazione che, alla luce delle attuali disposizioni, laddove nel cantiere operino più imprese esecutrici, deve essere sempre elaborato.

Silvana Toriello
Dirigente Inail

4. Strategia europea per l'occupazione

4.1. COMMISSIONE EUROPEA, *Un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse – Iniziativa faro nell'ambito della strategia Europa 2020*, COM(2011)21 def., 26 gennaio 2011 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 5).

4.2. COMMISSIONE EUROPEA, *Il contributo della politica regionale alla crescita sostenibile nel contesto della strategia Europa 2020*, COM(2011)17, 26 gennaio 2011 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 5).

4.3. COMMISSIONE EUROPEA, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020, 3 marzo 2010 (in  *Boll. Adapt*, 2010, n. 8).

(4.1. – 4.3.) Europa 2020: il contributo della politica regionale alla realizzazione di un'Europa efficace sotto il profilo delle risorse e le nuove abilità richieste nel mercato del lavoro

Sommario: **1.** L'interesse per i fondi regionali nelle recenti comunicazioni della Commissione europea. – **2.** L'iniziativa faro *Un'Europa efficace sotto il profilo delle risorse*. – **3.** Le sinergie di cui avvalersi: la crescita dell'occupazione nei settori correlati alla crescita sostenibile.

1. La strategia *Europa 2020* volta a realizzare una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva (in epigrafe), ideata e studiata dalla Commissione europea per uscire dalla crisi e preparare l'economia dell'UE per il prossimo decennio, continua a muovere i suoi passi. Proprio in questo contesto, il 26 gennaio 2011, la Commissione, a integrazione dell'iniziativa faro *Un'Europa efficace sotto il profilo delle risorse* (COM(2011)21 def., in epigrafe), ha emanato una comunicazione nella quale è illustrato il contributo della politica regionale all'implementazione dell'iniziativa (COMMISSIONE EUROPEA, *Il contributo della politica regionale alla crescita sostenibile nel contesto della strategia Europa 2020*, COM(2011)17 def., 26 gennaio 2011, in epigrafe).

La riflessione muove da un dato concreto: circa il 30% dei 344 miliardi di euro, destinati alla politica regionale per il periodo 2007-2013, possono essere destinati ad attività con impatto particolare sulla crescita sostenibile. Le indagini promosse dalla Commissione sull'utilizzo di tali risorse economiche, tuttavia, hanno evidenziato come alla fine del 2009 solo il 22% di tali fondi era stato destinato a progetti specifici, con punte di particolare sottoutilizzazione in relazione alla presentazione di programmi energetici e della tutela dell'ambiente. Al fine di incentivare un più ampio utilizzo delle risorse finanziarie messe a disposizione dei vari Stati, nonché di sostenere le riforme strutturali, la Commissione esorta a ricorrere «ogni volta che ciò risulta utile, ai fondi regionali».

La strategia *Europa 2020* con le sue tre priorità, i suoi cinque obiettivi e le sue sette iniziative faro, all'interno di una delle quali si inserisce appunto la comunicazione della Commissione sul «contributo della politica regionale alla crescita sostenibile», arriva alla fine di un lungo e difficile percorso, durante il quale gli approcci politici allo sviluppo economico regionale sono stati di tipo diverso. Negli anni Settanta, infatti, allorché il processo di sostegno alle regioni muoveva i suoi primi passi, le «attribuzioni» avevano quale unico scopo quello di correggere eventuali disparità economiche e/o tecniche tra regioni, attraverso un'assistenza finanziaria a favore di quelle più povere ovvero dei settori industriali in crisi. D'altra parte, il Trattato di Roma non prevedeva una politica regionale, ma soltanto dei meccanismi di solidarietà sotto forma di due fondi strutturali: il Fondo sociale europeo e il Fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia, sezione orientamento. Solo a partire dal 1973, a seguito del primo allargamento della Comunità europea, con la creazione del Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) la politica regionale fa il suo ingresso. Le modeste dotazioni del Fondo, tuttavia, non avrebbero consentito alla stessa politica regionale di andare oltre un livello limitato.

La vera svolta – al di là delle varie riforme di dettaglio iniziate a partire dal 1986 con l'Atto unico che ha fatto della coesione economica e sociale una nuova competenza della Comunità, fissandone obiettivi e mezzi – si ha con il Trattato di Lisbona, nel quale, sulla scorta degli studi effettuati, si sono approntate le basi per una nuova politica regionale. Il Trattato, infatti, introduce il concetto di «coesione territoriale», lo riconosce quale obiettivo e lo inserisce fra le competenze concorrenti dell'Unione. D'altra parte, appare chiaro come i grandi cambiamenti prodotti dalla globalizzazione abbiano mutato il quadro iniziale improntato a una lettura in termini di ricchezza/povertà di risorse delle regioni. L'approccio nuovo, volto a favorire uno sviluppo endogeno delle regioni, «punta» sul capitale umano e sulla conoscenza operativamente tradotta in formazione e apprendimento permanente. Sarà proprio la formazione, intesa in senso ampio, il fattore di crescita del capitale umano e, pertanto, lo strumento determinante per l'innovazione e la competitività delle regioni. Un'economia regionale, basata sul fattore «conoscenza», può permettersi di fondare il suo vantaggio concorrenziale non più su una mera riduzione dei costi bensì sull'innovazione. Mentre, infatti, una riduzione dei costi, all'interno di un mercato globale, assume valore marginale, l'innovazione prodotta dalla conoscenza assume valore assoluto anche e, soprattutto, in termini di coesione. D'altra parte, le novità introdotte dalla politica di coesione prevedono che ogni paese beneficiario realizzi un quadro strategico nazionale nel quale si definisca la strategia che con tale politica si intende perseguire. Il quadro strategico nazionale – previsto dal regolamento generale sulla politica di coesione comunitaria – è necessario per garantire un approccio programmatico strategico e un raccordo organico della politica di coesione comunitaria con le strategie nazionali degli Stati membri. Ciascun quadro costituisce uno strumento di riferimento per la preparazione della programmazione dei fondi.

Normalmente, infatti, i fondi strutturali, parte del budget comunitario, vengono spesi sulla base di un sistema di responsabilità condivisa tra Commissione europea e Stati. In uno schema normale, la Commissione negozia e approva i piani di sviluppo proposti dagli Stati e sulla loro base alloca le risorse. Nel lasso temporale 2007-2013, invece, sono le regioni a scegliere come concentrare gli investimenti su specifici territori, in base alle priorità tematiche previste dai regolamenti.

La comunicazione del 26 gennaio 2011 dà una ulteriore spinta alla valorizzazione dei fondi regionali, esortando gli Stati e le autorità regionali a utilizzare pienamente i 105 miliardi di euro assegnati all'attuale capitolo di spesa per la politica di coesione e di crescita sostenibile e, al contempo, esorta la realizzazione di un cambiamento nell'individuazione delle priorità di investimento definite dalla politica regionale. Queste, infatti, devono transitare dal contesto del nuovo orientamento della politica economica generale verso le priorità individuate dalla strategia *Europa 2020*. Le raccomandazioni contenute nella comunicazione, pertanto, sono destinate a fungere da orientamento per la migliore selezione possibile delle priorità di investimento e per ottimizzare la loro gestione al fine di massimizzare i risultati ottenuti a livello della crescita sostenibile.

2. Non è pensabile commentare la comunicazione relativa al «contributo della politica regionale alla crescita sostenibile nel contesto della strategia *Europa 2020*», senza fare un accenno all'iniziativa *Un'Europa efficace sotto il profilo delle risorse*, alla quale si accompagna. Già nel 2005 la Commissione – all'interno della strategia per lo sviluppo sostenibile – aveva dedicato particolare attenzione alle risorse naturali, concentrandosi sulla dissociazione fra crescita economica e degrado ambientale. Con questa iniziativa, la Commissione prosegue il percorso a suo tempo intrapreso, auspicando un incremento dell'uso delle fonti energetiche rinnovabili, una modernizzazione del settore dei trasporti, nonché la promozione dell'efficienza energetica. L'iniziativa, peraltro, non stabilisce delle azioni dirette, ma si limita a delineare un quadro d'insieme per assicurare che le strategie a lungo termine nei settori maggiormente interessati – agricoltura, pesca, ambiente, energia ecc. – siano riviste alla luce dei mutamenti intercorsi. Mutamenti ben descritti nelle parole del Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, che sottolinea come, sebbene le risorse naturali siano alla base della crescita e dello sviluppo dell'economia europea e della nostra qualità della vita, «i nostri attuali modelli di uso delle risorse non sono sostenibili. Essi esercitano troppa pressione sul nostro pianeta e rafforzano la dipendenza della nostra economia dalle forniture esterne». Pertanto, sempre traendo spunto dalle parole del Presidente Barroso «un uso più intelligente delle risorse scarse è una necessità strategica, ma apre anche opportunità economiche». In quest'ottica, il documento, da un lato, fa propria l'esigenza della salvaguardia e conservazione delle risorse, dall'altro, sottolinea le opportunità economiche che derivano da un loro uso efficiente. Centrali per l'attuazione di questa iniziativa *farò* sono le aziende e

le tecnologie eco-innovative, chiamate a innovare prodotti o processi, attraverso un'utilizzazione minima delle risorse. A tal fine, l'iniziativa stabilisce che, a breve e medio termine, dovranno essere adottati diversi provvedimenti, alcuni dei quali già individuati nel documento (ad esempio, piani di efficienza energetica; proposte di riforma della PAC, della politica comune della pesca, della politica di coesione, delle infrastrutture energetiche e delle reti transeuropee di trasporto; strategie per la biodiversità; misure di adattamento al cambiamento climatico e una politica relativa alle risorse idriche).

L'iniziativa faro è accompagnata da due comunicazioni: la prima, quella in commento, approfondisce il contributo della politica regionale alla crescita sostenibile; la seconda si concentra, invece, sulle azioni previste nel futuro prossimo per affrontare i problemi collegati ai prodotti di base e alle materie prime. Nella prima comunicazione, il tema viene analizzato con riguardo a due pilastri ritenuti fondamentali: investire maggiormente nella crescita sostenibile mettendo l'accento su un'economia che utilizzi in modo efficace le risorse e che mantenga un tasso limitato di emissioni di carbonio; investire meglio nella crescita sostenibile rafforzando l'applicazione dei principi di sviluppo sostenibile nei programmi operativi. Muovendosi all'interno di quelli che sono gli obiettivi generali stabiliti dalla strategia *Europa 2020* – una economia a basse emissioni di carbonio, il mantenimento dei servizi eco-sistemici e della biodiversità e l'eco-innovazione – in relazione al primo pilastro, il documento individua tre priorità. La prima evidenzia i benefici che nasceranno da una transizione verso un'economia a basse emissioni di carbonio, effettuata attraverso la concentrazione degli investimenti sull'efficienza energetica, sugli edifici, sulle energie rinnovabili e sui trasporti non inquinanti. La seconda e la terza analizzano lo sviluppo dei servizi eco-sistemici e dell'eco-innovazione con espressa esplicitazione delle conseguenze: la creazione di nuovi posti di lavoro. In particolare, ad esempio, con riferimento ai lavoratori dell'eco-industria – uno dei settori industriali più forti – la Commissione invita a sostenere i *cluster* ambientali ed energetici, basati su *partnership* di soggetti privati e pubblici, al fine di accelerare gli investimenti nell'innovazione e nelle risorse informatiche. L'edificazione di una società che utilizzi efficacemente le risorse dovrà, pertanto, basarsi sugli investimenti di capitale umano e sulla garanzia che i lavoratori dispongano di competenze adeguate.

3. L'accrescimento delle fonti rinnovabili e il miglioramento dell'efficienza energetica stanno diventando in molti paesi industrializzati, emergenti o in via di sviluppo, un importante fattore di crescita economica, facendo dell'attuale crisi un'opportunità di cambiamento in direzione di un *new deal* verde. In particolare, già nel 2008, nel rapporto *Green Jobs – Verso lavori dignitosi in un mondo sostenibile e a basse emissioni di CO₂*, commissionato dall'UNEP e pubblicato dal Worldwatch Institute, veniva fotografato il panorama degli eco-lavori attualmente esistenti in settori chiave dell'economia e veniva tracciata una stima della crescita occupazionale futura. Secondo questo rapporto, per uscire dalla crisi occorrerebbe coniugare la tutela dell'ambiente con

l'aumento dell'occupazione, facendo leva non solo su nuovi tipi di lavori ma anche sul riadattamento delle competenze professionali. Qualora gli investimenti continuino a seguire un trend positivo, il mercato globale di prodotti e servizi dovrebbe passare, infatti, dai 1.370 miliardi di dollari del 2008 ai 2.740 del 2020. All'interno degli Stati europei, il rapporto giudica di particolare rilievo il modello tedesco dove l'investimento in tecnologie ambientali trova sempre maggiore sviluppo per arrivare, secondo le stime effettuate, nel 2030, a ricomprendere il 16% del totale della produzione industriale, con un'occupazione che sorpasserà quella delle grandi industrie di macchine utensili e dell'auto.

In questo contesto, appare evidente, quindi, come non sia soltanto auspicabile, bensì necessario, un raccordo fra la comunicazione della Commissione del 26 gennaio 2011 e l'iniziativa *Una strategia per nuove competenze e nuovi posti di lavoro*. Tale iniziativa, nata sulla base di una collaborazione tra la Commissione europea e gli Stati membri mira a sostenere questi ultimi e le regioni europee nello sviluppo di modalità più efficaci per analizzare e prevedere quali abilità saranno richieste nei mercati del lavoro di domani e, sulla base di queste conoscenze, nel potenziamento e nell'adeguamento di istruzione e formazione, in modo da fornire ai lavoratori le competenze necessarie. L'iniziativa sottolinea, infatti, come «le gravi carenze di personale qualificato, così come le competenze tecniche e di gestione specifiche di determinate professioni, ostacolano la realizzazione degli obiettivi UE in materia di crescita sostenibile». L'accento viene posto proprio sulle c.d. competenze verdi e in materia di ITC che, a fronte di un positivo livello di crescita economica, riscontrano una difficoltà in termini assoluti nel reperimento di manodopera qualificata (cfr. COM(2010)682 def., spec. 10). Per far fronte a questi problemi, impulso particolare dovrebbe essere dato a partenariati in grado di sviluppare e aggiornare i profili delle competenze, i programmi di studi; facilitare l'offerta di formazioni basate sul lavoro, dall'apprendistato ai dottorati industriali; promuovere nuove specializzazioni universitarie. Questa come le altre iniziative proposte nel documento attingono a strumenti comunitari già esistenti, *in primis*, ai fondi strutturali. È evidente come il FSE può investire nella previsione e nello sviluppo delle competenze e delle qualifiche e sostenere la riforma dei sistemi di istruzione e formazione, al fine di allinearli alle necessità del mondo del lavoro.

A fronte di uno o più rapporti che paventano e spingono per uno sviluppo dell'economia in settori innovativi, lasciando intravedere percorsi occupazionali rosei, la perdita in termini di attività economica, l'aumento della disoccupazione, un netto calo della produttività, nonché un grave indebolimento delle finanze pubbliche restano dati ineludibili del quadro attuale. Come ben evidenziato nella comunicazione della Commissione *Analisi annuale della crescita: progredire nella risposta globale dell'UE alla crisi*, COM(2011)11 def., l'aumento della disoccupazione rappresenta un problema centrale. Gli ultimi dati riportati dichiarano che «a livello aggregato, il 9,6% della popola-

zione attiva è disoccupato. In alcuni paesi, la disoccupazione dei giovani può arrivare al 40%. In base alle stime, in Europa circa 80 milioni di persone vivono al di sotto della soglia di povertà». In tale contesto, non è un caso che delle tre aree tematiche considerate prioritarie ben due di esse si incentrino, in via diretta o indiretta, sul tema dell'occupazione: la prima priorità, infatti, dà rilievo alle riforme del mercato del lavoro per incentivare l'occupazione; la seconda alle misure a sostegno della crescita. Di particolare interesse la *Relazione sui progressi compiuti per quanto riguarda la strategia dell'Unione europea 2020* allegata alla comunicazione. La relazione, infatti, esamina i progetti di programmi nazionali di riforma e le riforme previste dagli Stati membri. In particolare, la Commissione osserva che i progetti di programmi nazionali di riforma non tengono pienamente conto delle pressioni sulla crescita potenziale e sull'occupazione, proponendo azioni strategiche alquanto vaghe, con poche precisazioni circa la natura esatta delle misure, il calendario di attuazione, l'impatto previsto, il rischio di attuazione parziale o di insuccesso, il costo per il bilancio e l'uso dei fondi strutturali dell'UE. Ciò non esclude che, quindi, in un futuro prossimo la Commissione europea si rimetta in contatto con gli Stati membri a livello bilaterale per discutere del completamento dei loro programmi nazionali. In tal senso, forse, un'ulteriore e concreta spinta allo sviluppo delle politiche proposte, nelle varie iniziative faro e nelle comunicazioni ad esse connesse, sta per arrivare. Si tratta di capire se sarà o se potrà essere considerata quella definitiva e in che modo si raccordino con essa le spinte provenienti dai programmi di politica regionale. Insomma, ci pare di capire che il quadro, allo stato, è soltanto in via di definizione.

Maria Paola Monaco
Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Firenze

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Cile

– *mercato del lavoro (1.1.)*

Quadro internazionale e comparato

– *analisi di genere e pari opportunità (2.1.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati in www.adapt.it.

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.

1. Cile

1.1. Codice del lavoro, versione aggiornata al 1° marzo 2011 (in  indice A-Z, voce *Cile – Diritto del lavoro*).

Il diritto del lavoro cileno 1990-2010: venti anni di flessibilità e sicurezza *

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Il diritto del lavoro cileno sino al 1989. – **3.** Tendenze legislative dal ritorno alla democrazia: una breve esperienza di dialogo sociale. – **4.** Diritto individuale di lavoro. – **5.** Sindacati e contrattazione collettiva. – **6.** Diritti fondamentali. – **7.** Diritto processuale del lavoro. – **8.** Conclusioni. La ambivalenza della legge tra flessibilità e protezione.

1. Il presente contributo ripercorre le tappe dell'evoluzione del diritto del lavoro cileno nei venti anni successivi all'instaurazione della democrazia. Vengono presentate le modifiche principali apportate al diritto del lavoro individuale e alle procedure di lavoro, la regolamentazione della contrattazione collettiva ultra neo-liberale ereditata dalla dittatura e, infine, una panoramica del diritto del lavoro, che prevede contemporaneamente tutele e flessibilità, riflettendo le divisioni interne alla società cilena.

Dal 1990 ad oggi, il legislatore, pur rafforzando la tutela del singolo lavoratore e modificando le misure di flessibilità imposte dal governo militare, non ha apportato alcuna variazione alla legislazione in materia di libertà sindacale che ampliasse gli ambiti della contrattazione collettiva e introducesse una nuova regolamentazione del diritto di sciopero. La tutela dei diritti fondamentali è stata resa più efficace ed è stato altresì introdotto un nuovo processo del lavoro di tipo verbale con l'obiettivo di ridurre considerevolmente i ritardi già insiti nei processi ordinari (sui diritti fondamentali in Cile si veda S.C. GAMONAL, *Droits fondamentaux et protection juridique du travailleur en droit chilien*, in *Revue de Droit du Travail*, luglio-agosto 2010, n. 7/8, 469, 478; sulle procedure di protezione dei diritti fondamentali si veda S.C. GAMONAL, F. TAPIA, *La tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori in azienda*, in *q. Rivista*, 2009, n. 1, 227-236). Le riforme legislative attuate devono comunque ritenersi positive nonostante l'insufficiente regolamentazione, in materia di contrattazione collettiva, comprometta in parte la legittimità del sistema di regolazione del diritto del lavoro cileno.

2. Il primo codice del lavoro del Cile, datato 1931, ha consentito al governo di disciplinare e rinnovare la natura delle relazioni di lavoro, introducendo una regolamentazione completa dei diritti individuali e collettivi, delle procedure e dei tribunali che si occupano di procedimenti in materia di lavoro (ILO, *Las relaciones laborales en Chile*, Informe Relasur, Ministero del lavoro e della

* Traduzione dall'inglese a cura di Francesco Lauria.

sicurezza sociale, Madrid, 1995, 27). La struttura di base del codice è rimasta invariata fino al 15 giugno 1978, nonostante le diverse modifiche apportate nel periodo in cui lo stesso era in vigore (di seguito sono elencati i primi atti legislativi sul lavoro in Cile: la *Ley 1838 de Habitaciones Obreras* del 1906, la *Ley 3321 del Descanso Dominical* del 1907, la *Ley 3170 sobre Accidentes del Trabajo* del 1916, la *Ley 3185 sobre Servicios de Salas Cunas* del 1917, la *Ley 3379 sobre Retiro y Previsión Social del Personal de Ferrocarriles del Estado* del 1918, l'istituzione della *Caja de Crédito Popular* nel 1920; nel settembre del 1924, il Congreso Nacional ha altresì approvato i seguenti provvedimenti: *Ley n. 4053 sobre Contratos de Trabajo*; *Ley n. 4054 de Seguro Obligatorio de Enfermedad e Invalidez*; *Ley 4055 sobre Accidentes del Trabajo*; *Ley n. 4056 sobre Juntas de Conciliación y Tribunales Arbitrales*; *Ley n. 4057 sobre la Organización del Sindicato Industrial*; *Ley 4058 sobre Sociedades Cooperativas de Trabajadores e la Ley n. 4059 de los Empleados Particulares*).

A partire dal 1978, il nuovo sistema del diritto del lavoro, ad oggi implementato solo parzialmente, è stato reso operativo attraverso i d.l. n. 2200/1978 (sul contratto di lavoro e i differenti rapporti di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori dipendenti), n. 2756/1979 (sulle organizzazioni sindacali) e n. 2758/1979 (sulla contrattazione collettiva); questi ultimi due erano già stati inclusi nel c.d. "Piano del lavoro" del governo militare. Ad essi si sono aggiunti due importanti provvedimenti in ambito lavoristico, il n. 18018/1981 e il n. 18372/1984, consolidati insieme ai precedenti provvedimenti nel codice del lavoro del 1987. Il codice, con un presupposto diverso dal precedente compendio, ha una struttura e un'impostazione che hanno favorito una significativa deregolamentazione e una maggiore libertà, in termini di autonomia privata individuale, fissando altresì limiti significativi in materia di autonomia collettiva (ILO, *Las relaciones laborales en Chile*, cit.). Gli autori del Piano si erano prefissati diversi obiettivi in materia di diritto collettivo di lavoro (J. PIÑERA, *La Revolución Laboral en Chile*, Zig-Zag, Santiago, 1990, 33-34): piena libertà sindacale, intesa come la possibilità di creare e di aderire ai sindacati, e una maggiore democrazia sindacale per concentrare la contrattazione collettiva all'interno dell'azienda, al fine di sottoporre gli scioperi alla disciplina del mercato, evitando così il monopolio relativo all'occupazione e riducendo l'interferenza dello Stato nella vita sindacale e nella contrattazione collettiva.

Partendo da una visione assolutamente neo-liberale, gli autori del Piano consideravano la contrattazione collettiva uno strumento mediante il quale un gruppo di lavoratori potesse negoziare i propri salari con il datore di lavoro sulla base del valore del loro contributo all'impresa. La contrattazione collettiva non poteva quindi rappresentare un meccanismo di redistribuzione della ricchezza, all'interno del paese, con effetti negativi relativamente al funzionamento dell'economia al momento di fissare i salari oltre i livelli di produttività (J. PIÑERA, *op. cit.*, 106). La contrattazione collettiva avrebbe invece do-

vuto assicurare un nesso di consequenzialità proprio tra salari e produttività (J. PIÑERA, *op. cit.*).

Pertanto, i negoziati dovevano aver luogo soltanto tra datore di lavoro e dipendenti e la legge avrebbe dovuto offrire una soluzione in caso di disaccordo (J. PIÑERA, *op. cit.*, 107). In tale contesto, gli scioperi hanno avuto principalmente la funzione di dimostrare il contributo che i lavoratori hanno dato alla produttività aziendale (J. PIÑERA, *op. cit.*, 110). Di conseguenza, è stato (ed è ancora) possibile sostituire i lavoratori durante gli scioperi. In virtù di quanto sopra descritto, il d.l. n. 2200 e il Piano del lavoro hanno comportato una riduzione della tutela dei lavoratori, ai sensi del diritto del lavoro cileno, rendendo le regole del diritto individuale di lavoro più flessibili, limitando l'autonomia collettiva e intervenendo sul modello di sindacato. In altri termini, si è stabilita una struttura di relazioni di lavoro che ha favorito la dimensione individuale (F. TAPIA GUERRIERO, *La Flexibilidad en el Derecho del Trabajo Chileno*, in *Experiencias de Flexibilidad Normativa*, Università Andrés Bello, Santiago, 1992, 65). Successivamente, nel 1990, con il ritorno alla democrazia, sono state emanate diverse leggi, presentate di seguito, che hanno modificato il sistema di regolazione del lavoro.

3. Sin dal XIX secolo (dal 1833 al 1925, con limitazioni nel sistema elettorale, dal 1932 al 1973 e dal 1990 ad oggi), il Cile è stato un paese repubblicano caratterizzato da una democrazia stabile, pur non mancando alcuni brevi periodi di governi dittatoriali e un periodo prolungato di dittatura dal 1973 al 1990. Un importante elemento di stabilità sociale e politica, a partire dal 1990, è riscontrabile in quattro accordi nazionali sul dialogo sociale tra il governo democratico e i rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Come avvenuto in alcuni paesi europei, tali accordi non hanno tuttavia trovato applicazione a seguito del periodo di crisi economica. Di conseguenza, non vi è stato nessun contributo in termini di istituzionalizzazione dei rapporti di lavoro, ma si sono verificate comunque diverse iniziative aventi lo scopo di consentire la stipula di una serie di accordi sociali necessari per la transizione politica e la ricostruzione della democrazia (ILO, *Las relaciones laborales en Chile*, cit., 151).

Il dialogo sociale è stato visto come «un processo, fondamentalmente guidato dallo Stato, che ha portato ad accordi periodici su questioni economico-sociali che non sono stati formalmente istituzionalizzati e ai quali è stato assegnato un valore economico e politico sulla base degli effetti sul sistema politico e su alcune importanti variabili economiche» (ILO, *Las relaciones laborales en Chile*, cit.).

Uno dei compiti del primo governo democratico (1990-1994) – seguito al periodo dittatoriale – è stato quello di concludere accordi sociali a livello nazionale, accordi che hanno visto nascere un clima di cooperazione e comprensione reciproca tra lavoratori e datori di lavoro (R. CORTÁZAR SANZ, *Política Laboral en el Chile Democrático*, Santiago, Dolmen, 1993, 39). In tale contesto, un accordo quadro è stato sottoscritto nel mese di aprile del 1990 tra go-

verno, lavoratori e datori per superare le principali criticità, in materia di lavoro, attraverso misure immediate per la regolazione del salario minimo, gli assegni familiari e le pensioni minime (R. CORTÁZAR SANZ, *op. cit.*, 40-41).

Nel 1991 e nel 1992 sono stati sottoscritti anche il secondo e il terzo accordo nazionale, dove l'ultimo di questi prevede la creazione di un organo tripartito permanente con il compito di analizzare una serie di aspetti, tra cui istruzione e formazione professionale, medicina del lavoro, disoccupazione e *job placement*, applicazione delle norme sul lavoro e riconversione della produzione (R. CORTÁZAR SANZ, *op. cit.*, 42). Il quarto accordo nazionale, infine, è stato firmato nel 1993.

Grazie al consolidamento della democrazia, tali accordi hanno in parte perso la loro ragion d'essere e attualmente il governo consulta solo sporadicamente i datori di lavoro e i rappresentanti dei lavoratori circa le nuove norme da proporre (come nel caso del salario minimo). In particolare, si rileva che negli ultimi anni, i datori di lavoro non hanno voluto partecipare alle valutazioni tripartite sulle riforme del lavoro, approvate dal 1990 ad oggi.

Nel maggio 2009, causa la crisi economica mondiale, l'amministrazione del presidente Michelle Bachelet, sostenuta dalle confederazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori, ha adottato una serie di misure pro-occupazione per incentivare l'assunzione di lavoratori delle fasce più a rischio. Si tratta, tuttavia, di un episodio unico che non rappresenta un sistema consolidato di dialogo sociale; nel neo-insediato governo di destra di Sebastián Piñera, il dialogo sociale non viene utilizzato come strumento di governabilità. Sebbene l'esperienza di dialogo sociale nel sistema cileno delle relazioni di lavoro sembri essere terminata, non è da escludere il ricorso a tale strumento anche negli anni a venire.

4. Nel 1990, il ritorno alla democrazia ha segnato l'inizio di numerose modifiche in materia di diritto del lavoro, in particolare la l. n. 19010/1990 sulla cessazione del contratto e la l. n. 19250/1993, che ha modificato il codice del 1987 in diversi punti; la legge è stata poi consolidata nel 1994 attraverso l'introduzione dell'attuale codice del lavoro (d.lgs. 24 gennaio 1994, n. 1), al quale sono seguite riforme successive.

I primi governi di stampo democratico hanno apportato le modifiche iniziali alle leggi sul lavoro, adottate in precedenza dal governo militare, concentrandosi sull'equità, sulla partecipazione e autonomia sociale e sull'efficacia delle stesse (R. CORTÁZAR SANZ, *op. cit.*, 44). Le prime modifiche, negoziate con l'opposizione politica, erano considerate da molti assolutamente inadeguate, tanto da ritenere che il codice del 1994 continuasse, nonostante le modifiche, ad essere in sostanza il Piano del lavoro della dittatura. Per altri, invece, le modifiche sono state sufficientemente consistenti per sostenere la tesi che il Piano del lavoro, in quanto tale, non fosse più in vigore (R. CORTÁZAR SANZ, *op. cit.*, 102 ss. L'A. indica i seguenti emendamenti fondamentali, tra gli altri: alcune norme sulla settimana lavorativa e i giorni di riposo sono stati modificati; la domenica è stata stabilita come giorno di riposo per i lavoratori degli

esercizi commerciali; è stato creato un salario minimo per i lavoratori di età superiore ai 65 anni; sono state eliminate discriminazioni nei confronti dei lavoratori pagati a giornata; una migliore protezione è stata concessa per il pagamento della quota dei profitti, eliminando la possibilità di dedurre le perdite di riporto; la responsabilità è stata estesa ai subappaltatori; il diritto a ferie annuali è stato più adeguatamente garantito; è stata eliminata la discriminazione sulle ferie tra i lavoratori che lavorano dal lunedì al venerdì e quelli che lavorano dal lunedì al sabato; l'aumento progressivo delle ferie con l'anzianità lavorativa è stato ampliato; sono state create nuove forme di congedo; i periodi per formalizzare i contratti sono stati ridotti; è stato stabilito che tutti i licenziamenti devono essere per giusta causa (tranne qualche eccezione); l'importo delle indennità in caso di licenziamento è stato aumentato da 150 a 330 giorni ed è stata creata un'assicurazione per i lavoratori domestici. Inoltre, è stata migliorata la possibilità di accesso alle assicurazioni e le norme in materia di immunità sono state rafforzate; sono state adottate sanzioni per la simulazione; il sistema delle sanzioni ispettive è stato migliorato e sono state modificate le norme sui contenziosi di lavoro).

Nel 2001, con la l. n. 19759, recante misure in materia di orario di lavoro, è stata introdotta una importante e significativa azione di riforma. Il provvedimento limitava la settimana lavorativa ordinaria a 45 ore, a partire dal 2005, aumentava il tempo libero, e creava la possibilità di una distribuzione diversa, nella giornata, tra lavoro e tempo libero, limitando i casi in cui era ammesso il lavoro straordinario. Questa riforma ha esteso l'ambito di applicazione delle leggi sul lavoro anche al lavoro domestico, con il riconoscimento esplicito del telelavoro.

Pur non rappresentando una priorità, visto che già da alcuni anni era stato riconosciuto nella giurisprudenza, anche il contratto a tempo parziale è stato disciplinato in maniera specifica attraverso l'estensione di gran parte delle tutele destinate ai lavoratori a tempo pieno e indeterminato (*pro rata tempore*) ai lavoratori part-time. È stato consentito loro di svolgere molteplici funzioni ed essere assunti per due o più mansioni alternative o complementari. La riforma della l. n. 19759/2001 ha apportato diverse modifiche anche in merito alle ragioni dell'estinzione del contratto e agli importi delle indennità. Tali indennità sono maggiori quando il licenziamento è ingiustificato o indotto (quando cioè un dipendente è costretto a dimettersi per motivi personali) o quando il datore di lavoro risulta inadempiente al pagamento di una di queste.

Le sanzioni per alcuni tipi di frode, nell'ambito del diritto del lavoro (es. dissimulazione e tentativi di violare la legge), sono state stabilite in maniera più precisa. In particolare, le ammende sono state aumentate in maniera considerevole, compresa la possibilità per le piccole imprese di sostituire una sanzione pecuniaria con la frequenza obbligatoria del datore di lavoro a programmi di formazione presso l'ufficio del lavoro, fondamentali per promuovere sviluppo e formazione. Infine, oltre alle suddette modifiche ai diritti individuali,

la riforma ha cercato di promuovere la formazione dei lavoratori al di sotto dei 24 anni, al fine di favorire l'occupazione giovanile.

Questi cambiamenti rappresentano un importante passo avanti verso rapporti di lavoro più equi, nella direzione di un pieno consolidamento del sistema, attraverso un miglioramento del quadro normativo entro il quale operano datori e lavoratori.

In materia di subappalto, la l. n. 20123/2006 (entrata in vigore nel gennaio 2007) ha permesso una rivisitazione organica delle norme esistenti e la regolamentazione – per la prima volta nel codice cileno – del lavoro temporaneo (in somministrazione). Altri provvedimenti, di carattere più specifico, hanno riguardato i salari e gli stipendi, la retribuzione minima, il lavoro domenicale e dei giorni festivi, le domeniche libere, la settimana lavorativa, il diritto all'asilo nido, i riposi per allattamento, i contratti per i lavoratori del settore artistico ed eventi, i contratti per il personale di volo, atleti ed attività sportive. Una prima valutazione di queste riforme è abbastanza incoraggiante; il diritto del lavoro individuale in Cile è stato modernizzato e, al contempo, anche la flessibilità del lavoro si è notevolmente consolidata.

5. La legislazione sui sindacati e la contrattazione collettiva è dei primi anni Novanta con le l. n. 19049/1991 e n. 19069/1991, come modifiche minori al Piano del lavoro del governo militare. Tali leggi hanno ampliato gli obiettivi e le finalità della contrattazione collettiva, ridotto i *quorum* necessari per costituire sindacati, ampliato le possibilità di istituire sindacati dei lavoratori temporanei, autorizzato i negoziati per settore (senza tuttavia alcun meccanismo che permettesse di avviare efficacemente le negoziazioni a tale livello), eliminato il periodo massimo di 60 giorni per la durata dello sciopero (trascorso il quale la legislazione neo-liberale prevedeva che lo sciopero venisse annullato), e, infine, stabilito nuove norme sulla sostituzione degli scioperanti e sul ritiro individuale dei lavoratori da uno sciopero.

Nonostante le riforme intervenute, le norme erano chiaramente insufficienti e in violazione della libertà sindacale. La citata l. n. 19759/2001, presentata nel paragrafo precedente, ha successivamente modificato la regolamentazione in materia di sindacati e contrattazione collettiva.

Un'analisi approfondita del sistema sindacale in Cile (che è fortemente regolamentato) richiede però preliminarmente una distinzione tra la libertà sindacale "procedurale" e "sostanziale" (S. GAMONAL, *Derecho Colectivo del Trabajo*, LexisNexis, Santiago, 2002, 68-69). La prima riguarda le procedure da seguire nella creazione di un sindacato e nella sua gestione quotidiana e si distingue dalla libertà sindacale sostanziale, che riguarda i diritti fondamentali dei lavoratori e dei sindacati, dopo che sono stati istituiti. In sostanza, la libertà sindacale "procedurale" è funzionale rispetto a quella "sostanziale" e tutela l'effettiva applicazione dei diritti sindacali. Tuttavia, un eccesso di limiti di natura procedurale alla libertà sindacale può costituire un serio ostacolo allo sviluppo della sindacalizzazione. Nei sistemi che intervengono sulla libertà sindacale o nei sistemi in cui la sua applicazione è soprattutto formale, suddet-

ta libertà sindacale può divenire solo procedurale, causando un completo misconoscimento di tale principio, la cui realizzazione rimane quindi solamente a livello formale.

Il sistema cileno delle relazioni di lavoro, così strutturato, è stato definito come un sistema normativo in cui la protezione dello stato del lavoratore avviene attraverso norme di ordine pubblico che regolano le disposizioni minime del contratto di lavoro. Le parti non possono modificare le disposizioni del contratto, a meno che non vengano stabilite condizioni più favorevoli per il lavoratore. In questo sistema, il diritto collettivo è limitato e controllato dallo Stato invece di essere complementare alla tutela statale: tanto l'azione degli attori sociali, quanto la loro autonomia e le modalità di interrelazione sono soggetti alle discrezione del legislatore.

È necessario operare una ulteriore distinzione tra regolamentazione "organica" e "funzionale", in base al modo in cui il sindacato è organizzato e alle sue azioni collettive. La riforma del lavoro introdotta dalla l. n. 19759/2001 ha stabilito una maggiore libertà sindacale, senza tuttavia riuscire a superare i vincoli normativi. Nel caso del Cile, l'eccessiva regolamentazione funzionale può avere ripercussioni negative. Infatti, l'elevato numero di procedure e formalità necessarie costituisce una libertà sindacale procedurale che, in realtà, mina la libertà sindacale sostanziale e l'azione collettiva dei sindacati, con particolare riferimento alla contrattazione collettiva e agli scioperi.

E proprio i limiti al diritto di sciopero sono significativi. Per quanto riguarda l'applicazione della convenzione ILO n. 87 del 9 luglio 1948, la Commissione che vigila sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni dell'ILO ha evidenziato come il diritto di sciopero non possa essere dissociato dal diritto alla sindacalizzazione; quest'ultimo può essere limitato solamente nel caso dei servizi essenziali e per i funzionari pubblici che operano in nome dello Stato (relazione del Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni, 2010, riportato su www.ilo.org). La Commissione ha, infatti, confermato che per diversi anni è stato chiesto al governo del Cile di modificare o abrogare le numerose disposizioni che violano la libertà sindacale, soprattutto in riferimento al diritto di sciopero, in quanto la normativa è stringente e in contrasto con gli standard internazionali.

Questa regolamentazione comporta il rischio di relazioni collettive informali nel settore privato, fenomeno già verificatosi nel settore pubblico in Cile (S.C. GAMONAL, *Trabajo y Derecho*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, 159 ss.) dove il diritto collettivo è informale, ma molto più sviluppato grazie a una forte organizzazione dei lavoratori. Per quanto riguarda le relazioni informali, nel settore privato, le statistiche sull'aumento degli scioperi illegali non sono affatto incoraggianti (si veda R. AGUILA, A.V. ARMSTRONG, *Las Huelgas en Empresas del Sector Privado en Chile: 1979-1999*, in *Revista Abante*, ottobre 2000, vol. 3, n. 2). Fino a quando la legge impedirà l'azione sindacale, limitando la libertà sindacale, gli accordi informali saranno evidentemente facilitati, anche

a causa dell'assenza di adeguati meccanismi di composizione delle controversie.

6. In Cile, i lavoratori vengono tutelati sulla base dei diritti umani loro riconosciuti quali il diritto alla privacy, alla libertà di espressione, alla libertà di coscienza, all'inviolabilità della comunicazione privata. La dottrina giuslavoristica, la giurisprudenza e le disposizioni legislative prevedono l'applicazione orizzontale e trasversale (S.C. GAMONAL, *Trabajo y Derecho*, cit., 51 ss.) dei diritti fondamentali per limitare i poteri del datore di lavoro.

Nel diritto cileno, il concetto di "cittadinanza nell'impresa" si ricava e ha le sue basi nella elaborazione giurisprudenziale dell'ufficio del lavoro (S.C. GAMONAL, *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, 25 ss.: si veda J.L.C. UGARTE, *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, AbeledoPerrot, Santiago, 2009 e C. MELIS, *Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales*, AbeledoPerrot, Santiago, 2009). Dal 2001, il legislatore ha apportato diverse modifiche al codice, al fine di includere il contributo della giurisprudenza amministrativa. L'art. 5 del codice del lavoro (attuato tramite la l. n. 19759) stabilisce che i poteri concessi al datore siano limitati dai diritti fondamentali del lavoratore, in particolare la privacy e la dignità.

La legge prevede che l'attuazione delle misure per il controllo dei lavoratori avvenga con mezzi adeguati che garantiscano imparzialità e tutelino la dignità del lavoratore (ultimo comma dell'art. 154 del codice). La riforma prevede, inoltre, che il datore di lavoro garantisca la riservatezza delle informazioni private e dei dati personali a cui egli ha accesso in virtù del rapporto di lavoro. Nel 2005, la l. n. 20005 ha introdotto sanzioni in caso di molestie sessuali sul posto di lavoro, tanto nel settore pubblico che privato (si veda S.C. GAMONAL, C. GUIDI MOGGIA, *Manual del Contrato de Trabajo*, AbeledoPerrot, Santiago, 2010, 212 ss.). Successivamente, la l. n. 20087/2006 ha istituito una nuova procedura per la tutela dei diritti fondamentali quali il diritto alla vita, all'integrità fisica e mentale (ogni volta che una violazione di questi diritti è conseguenza diretta di atti che si svolgono nel rapporto di lavoro), alla vita privata e all'onore, all'inviolabilità delle comunicazioni private, alla libertà di coscienza e di religione, alla libertà di opinione e di accesso al lavoro (si veda R.W. DÍAZ, G. LANATA FUENZALIDA, *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno*, AbeledoPerrot, Santiago, 2008). Nelle nuove disposizioni, in materia di discriminazione nello svolgimento e nella cessazione del contratto di lavoro, sono espressamente incluse anche le offerte di lavoro. Gli artt. 292, 294 e 389 disciplinano, invece, le violazioni della libertà sindacale (pratiche sleali e anti-sindacali) in questa nuova procedura di tutela. I diritti fondamentali dei lavoratori sono violati in caso di atti di ritorsione, da parte del datore nei confronti dei lavoratori, a seguito di un intervento da parte dell'ufficio del lavoro o di un'azione giudiziaria.

Per concludere questa breve panoramica, la l. n. 20238/2008 introduce sanzioni per le aziende che, negli ultimi due anni, hanno violato i diritti fondamentali dei lavoratori, vietando loro di divenire fornitori dello Stato (sia tramite offerta pubblica o privata sia per via di accordo diretto).

7. Tra i numerosi cambiamenti avvenuti nel corso della recente transizione alla democrazia, la riforma del diritto del lavoro sin qui descritta è sicuramente la più importante ed ha interessato anche il processo del lavoro. La normativa sul lavoro in Cile ha vissuto diverse fasi sin dal principio del XX secolo, a partire dal d.l. n. 188/1931, che ha istituito i Tribunali di conciliazione e di arbitrato e le commissioni di conciliazione, vale a dire un sistema giudiziario in materia di lavoro. Questa evoluzione positiva si è, però, interrotta durante il periodo della dittatura. Nel 1980, infatti, questo ramo della magistratura è stato eliminato ed è stata data piena giurisdizione al Tribunale civile.

Con questa misura, che indirettamente ha reso più flessibili i rapporti di lavoro, è stata eliminata una parte significativa della tutela occupazionale presente nel diritto del lavoro cileno (O. ERMIDA URIARTE, *La Flexibilidad*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, 14). Le conseguenze sono state così disastrose che dopo pochi anni, nel 1986, il governo militare ha ripristinato il Tribunale del lavoro. Tuttavia, il danno era ormai compiuto tanto che ancor'oggi nella giurisprudenza cilena viene addotto come giustificazione per quei provvedimenti particolarmente favorevoli alla flessibilità.

Nel 2005, con la l. n. 20022 e la l. n. 20023 sono state realizzate importanti riforme globali alle procedure del codice del lavoro. Il numero dei tribunali è stato aumentato, in quanto una delle principali criticità del diritto del lavoro nazionale riguardava l'eccessiva lentezza nella risoluzione dei procedimenti in materia lavoristica (F. TAPIA GUERRERO, *La necesidad de reforma procesal laboral y previsional: una constatación empírica*, in *Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n. 2, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago, 2001, 19).

La nuova procedura ha sostituito la procedura ordinaria, nel codice del lavoro, prevedendo procedimenti pubblici e di tipo verbale basati sui principi di immediatezza, celerità, buona fede, contraddittorio, gratuità. La recente riforma è attualmente in corso e finora i risultati sono stati molto positivi. Le cause ordinarie, infatti, hanno in media una durata di circa tre mesi.

8. Da un'analisi oggettiva emerge come l'evoluzione del diritto cileno, dopo il ripristino della democrazia, sia quantomeno ambivalente. Tale duplicità riflette parzialmente le divisioni che hanno caratterizzato la società cilena dal 1990 ad oggi. Per quanto riguarda il diritto del lavoro, tali divergenze possono essere riassunte come di seguito.

Ambivalenza legislativa. Da un lato, il Parlamento democratico ha presentato numerose modifiche a favore dei lavoratori, in materia di diritto del lavoro individuale, pur lasciando un ampio margine di flessibilità; d'altra parte, vige un sistema di regolamentazione, per quanto riguarda i diritti collettivi, che impedisce lo sviluppo della libertà sindacale. La contrattazione collettiva continua

a svolgersi all'interno dell'azienda mentre il diritto di sciopero, che può essere esercitato solo nell'ambito della contrattazione interna, è soggetto a numerosi vincoli ed esiste la possibilità di sostituire i lavoratori in sciopero (cfr. *supra*, § 2), vanificando così tale forma di pressione/protesta. In termini statistici, la contrattazione collettiva, a livello aziendale, ha avuto una minore diffusione, rispetto al passato, con una flessione del 10% nel 2006 (*Quinta Encuesta Laboral ENCLA 2006*, Government of Chile, Labor Office, Research Division, Santiago, 2007, 93). Questa ambivalenza legislativa è un riflesso fedele delle divisioni in seno alla società cilena. Da un lato, la sostenuta crescita economica negli ultimi 20 anni favorisce una visione neo-liberale della società e del lavoro, tanto all'opposizione di sinistra quanto nella coalizione della destra di governo. Dall'altro, esistono settori importanti che ritengono che un tentativo di redistribuzione della crescita debba essere realizzato tramite politiche sociali e di tutela sociale. Nessuna di queste posizioni prevale in Parlamento e per questo motivo è stato più semplice modificare i diritti individuali rispetto ai diritti sindacali e di contrattazione collettiva.

Nessun rafforzamento della democrazia (dialogo sociale). Un altro fattore che si ripercuote negativamente sui diritti dei lavoratori è la mancanza di dialogo sociale in Cile. Sebbene in passato vi siano state esperienze interessanti di dialogo sociale, nei primi anni Novanta, non vi erano né un interesse, né una politica di dialogo tra le parti, coerentemente con quanto avvenuto in termini di legislazione. In altre parole, prevale una tendenza "paternalistica" (diritti individuali) rispetto a un sistema di dialogo tra gli attori coinvolti (contrattazione collettiva). Le cause di tale "dispotismo legislativo illuminato" sono profonde e complesse e sono presenti sin dall'indipendenza del Cile avvenuta nel XIX secolo. Per questa ragione, non è possibile presentarle adeguatamente in questa sede.

In conclusione, la domanda che ora ci si pone riguarda il futuro del diritto del lavoro cileno. Nei prossimi anni, i due temi che probabilmente domineranno la politica del lavoro in Cile saranno: il rafforzamento di una rete di tutela sociale e la necessità di instaurare un sistema permanente di dialogo sociale. Come potrebbe realizzarsi un cambio di direzione in questo senso? Qualora la crescita economica continuasse, sempre più persone chiederanno maggiori diritti. Tuttavia, la crescita non implica necessariamente uno sviluppo. Per lasciare alle spalle la povertà, sarà necessaria una politica del lavoro più partecipativa, unitamente a una rete più efficace di tutela sociale che permetta a tutti di beneficiare della crescita economica, nella speranza che il futuro confermi tali aspettative (rispetto ai diritti fondamentali in Cile si veda ancora S.C. GAMONAL, *Droits fondamentaux et protection juridique du travailleur en droit chilien*, cit., 469, 478).

Sergio Gamonal

Professore di Diritto del lavoro – Università Adolfo Ibáñez, Cile

2. Quadro internazionale e comparato

2.1. C. DUCHÈNE, *Gender and Transport*, OECD-International Transport Forum Discussion Paper, aprile 2011, n. 11 (in  *Boll. Adapt*, 2011, n. 20).

Donne e trasporti: un binomio da potenziare

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** L'analisi di genere nel settore dei trasporti. – **3.** La rilevanza del tema a fronte della crescente espansione urbana. – **4.** L'inclusione delle donne nei processi di *decision making*. – **5.** Conclusioni.

1. Le analisi di genere nel mercato del lavoro sono uno strumento fondamentale per individuare, analizzare e comprendere le differenze tra uomini e donne, con riguardo al tasso occupazionale e alle condizioni lavorative. Una migliore conoscenza e consapevolezza di queste differenze, infatti, rappresenta un importante punto di partenza per la realizzazione del concetto di pari opportunità tra uomini e donne, cioè l'eliminazione di ogni forma di barriera, basata sul sesso, alla partecipazione al mercato del lavoro e, di conseguenza, alla vita politica, economica e sociale del Paese.

Ancor prima di essere un obiettivo, le pari opportunità tra uomini e donne sono un principio di carattere universale, come solennemente proclamato nel *Preambolo* della *Dichiarazione universale dei diritti umani* – «Considerato che i popoli delle Nazioni Unite hanno riaffermato nello Statuto la loro fede nei diritti umani fondamentali, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti dell'uomo e della donna» (ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*, 10 dicembre 1948) – e ribadito nella *Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (ASSEMBLEA GENERALE DELLE NAZIONI UNITE, *Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDAW), 18 dicembre 1979), il più importante accordo internazionale sui diritti fondamentali delle donne.

Anche a livello dell'Unione europea, che già nel Trattato di Roma riconosceva il principio della pari retribuzione per pari lavoro (art. 119, titolo III, parte III del *Trattato che istituisce la Comunità economica europea*, 25 marzo 1957), la parità tra uomo e donna costituisce valore comune, un diritto fondamentale e, contemporaneamente, una condizione necessaria per il conseguimento degli obiettivi europei di crescita, occupazione e coesione sociale, così come evidenziato nella recente *Strategia per la parità tra donne e uomini 2010-2015* (EUROPEAN COMMISSION, *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, COM(2010) 491 definitivo, 21 settembre 2010, in *www.adapt.it*, indice A-Z, voce *Pari opportunità*). Quest'ultima, in particolare, riconosce che, per realizzare le priorità di *Europa 2020* (COMMISSIONE

EUROPEA, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020, 3 marzo 2010, in *Boll. Adapt*, 10 marzo 2010, n. 8) – cioè una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva – «è necessario utilizzare il potenziale e i talenti delle donne in modo più ampio ed efficiente» (EUROPEAN COMMISSION, *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, cit., 4).

Il settore dei trasporti non è escluso da questo obiettivo generale, nonostante sia stato scarsamente studiato in una prospettiva di genere (negli Stati Uniti, i primi studi inerenti al settore dei trasporti appartengono a Sandra Rosenbloom, che ha pubblicato numerosi libri e *paper* sul tema, tra cui: SANDRA ROSENBLUM, *Providing Transportation Services for the Elderly and Handicapped*, National Academy of Sciences, gennaio 1980 e ID., *Bus Transit Accessibility for the Handicapped in Urban Areas*, Transportation Board National Research, gennaio 1981). Il *discussion paper* dell'International Transport Forum (in epigrafe) si è proposto di colmare questo "vuoto" di ricerca attraverso l'analisi delle principali differenze esistenti tra donne e uomini circa gli spostamenti che compiono e i lavori che possono svolgere, in tale settore, prendendo in considerazione sia i Paesi industrializzati sia quelli in via di sviluppo.

2. La mancanza di statistiche di genere costituisce il principale ostacolo a una completa analisi e comprensione dei tratti caratterizzanti i viaggi e i lavori che le donne svolgono rispetto ai loro pari uomini. Dai pochi dati disponibili, tuttavia, è possibile trarre alcune considerazioni di carattere generale, delle quali talune accomunano la condizione delle donne dei Paesi industrializzati con quelle dei Paesi in via di sviluppo, mentre altre sono più specifiche di ciascun contesto sociale ed economico.

In particolare, emerge che sia nei Paesi industrializzati sia in quelli in via di sviluppo, gli spostamenti che le donne compiono durante la giornata, in ragione delle molteplici attività che rispetto ai loro pari uomini sono chiamate a svolgere, sono caratterizzati da una maggiore complessità. Esse, infatti, sono non solo parte attiva del sistema economico e produttivo, ma anche le principali responsabili dei lavori domestici e dei servizi di cura per l'infanzia e per gli anziani. Di conseguenza, per realizzare tutte queste attività, le donne devono spostarsi più volte nell'arco della stessa giornata, verso luoghi differenti da quelli lavorativi (come scuole, ospedali, supermercati ecc.) e in orari diversi da quelli di punta.

Se la complessità, causata dal numero dei viaggi, dalla loro direzione e collocazione temporale, rappresenta il *trait d'union* tra Paesi industrializzati e quelli in via di sviluppo, il mezzo di trasporto utilizzato costituisce una delle principali differenze tra questi due contesti.

Nei Paesi industrializzati, infatti, la complessità degli spostamenti è accentuata dalla mancanza di un adeguato sistema di trasporto pubblico. I collegamenti di autobus, metropolitane, treni e tram sono per lo più garantiti tra la periferia e la città (e viceversa), e non tra le diverse zone periferiche. Il servizio è più

frequente nelle ore di punta, ma debole nelle altre fasce orarie della giornata. Le agevolazioni economiche, in termini di tariffe dei trasporti, sono poche e lo stesso design interno dei veicoli pubblici disincentiva l'utilizzo dei mezzi da parte delle donne, nonostante esse siano i principali utenti (in Europa, infatti, le donne costituiscono i due terzi dei passeggeri dei trasporti pubblici – cfr. a riguardo il documento in epigrafe). Le specifiche esigenze delle donne, ignorate dal settore dei trasporti, non trovano una migliore risposta da parte delle aziende. Pratiche quali la presenza di orari flessibili, di strutture per l'infanzia, in prossimità dei luoghi di lavoro, e di tutti gli altri strumenti in grado di armonizzare ed equilibrare i tempi, gli impegni e le responsabilità di vita familiare con quelli della vita lavorativa sono spesso un'eccezione alla regola. Di conseguenza, le donne sono i soggetti più penalizzati dal sistema di mobilità e dalle stesse deboli politiche di conciliazione vita-lavoro: una condizione che spesso le induce a rinunciare alla propria realizzazione professionale, come dimostrano i bassi tassi occupazionali. Nel 2010, nell'Unione europea solo il 62,1% delle donne di età compresa tra i 20 e i 64 anni lavorava, contro il 75,1% degli uomini. Sempre nel 2010, i Paesi più virtuosi erano Svezia (75,7%), Danimarca (73,1%) e Finlandia (71,5%), mentre quelli con i tassi di occupazione femminile più bassi erano Grecia (51,7%), Italia (49,5%) e Malta (41,4%) – EUROSTAT, *Employment rate by gender, age and group 20-64*, 2011. Come evidenziato nella *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, una maggiore presenza di donne sul mercato del lavoro avrebbe invece un impatto più che positivo: aiuterebbe a controbilanciare gli effetti della diminuzione della popolazione in età lavorativa, allargherebbe la base del capitale umano e aumenterebbe la competitività (EUROPEAN COMMISSION, *Strategy for equality between women and men 2010-2015*, cit., 5). Le misure destinate a conciliare la vita professionale e la vita privata sono dunque fondamentali per una maggiore partecipazione al mercato del lavoro delle donne, siano esse giovani, anziane, disabili, migranti o appartenenti a minoranze etniche.

Nei Paesi in via di sviluppo, invece, la maggiore complessità degli spostamenti delle donne, rispetto a quelli compiuti dagli uomini, è data da due fattori. In primo luogo, dal mancato sviluppo di un sistema di reti stradali articolato e pavimentato. In secondo luogo, dalla presenza di una società patriarcale che impedisce alle donne di utilizzare i mezzi di trasporto pubblico o i mezzi "intermedi" (biciclette, motocicli, ecc.). Di conseguenza, in questi contesti meno sviluppati, le donne sono costrette a spostarsi principalmente a piedi. Una "non scelta" che chiama in causa un'altra importante questione riguardante il settore trasporti: il tema della sicurezza che interessa anche i Paesi più industrializzati. Per strada, così come in prossimità delle fermate di bus, treni e metropolitane, e sugli stessi trasporti pubblici, le donne sono spesso vittime di molestie e violenze sessuali.

Oltre ai punti in comune e alle differenze riscontrabili nella mobilità femminile, il *paper* svolge ulteriori considerazioni circa il livello occupazionale delle

donne nel settore dei trasporti. L'analisi di genere evidenzia che tale settore è ancora fortemente dominato da una forza lavoro maschile, sia nei Paesi in via di sviluppo sia in quelli più industrializzati dove, generalmente, le donne sono più emancipate. Ad esempio, in Europa, solo il 10% dei conducenti degli autobus è donna (C. DUCHÈNE, *op. cit.*, 12). Una delle principali ragioni alla base di questo basso tasso occupazionale consiste nella mancanza di orari poco flessibili e nel persistere di norme sociali che disincentivano le donne a lavorare nel settore. Di conseguenza, gli uomini sono la componente maggioritaria non solo nella forza lavoro, ma anche nei consigli decisionali del settore: una circostanza che spiega la permanenza di politiche dei trasporti ancora "miopi" per le donne.

3. Un settore dei trasporti più accessibile alle donne, sia come utenti sia come lavoratrici, è una questione importante in considerazione di un altro fenomeno: la crescente espansione urbana e il conseguente spostamento del nucleo gravitazionale della città dal centro alla periferia.

Si tratta di un fenomeno che sta interessando la maggior parte dei Paesi industrializzati. Ne sono un esempio gli Stati Uniti dove, a fronte della forte crescita demografica, si prevede un'estensione geografica delle città e una maggiore concentrazione urbana nelle periferie. Negli ultimi dieci anni, infatti, la popolazione americana è aumentata del 9,7% passando da poco più di 281 milioni, registrati nel 2000, agli attuali 308 milioni e 700 mila abitanti (P. MACKUN, S. WILSON, *Population Distribution and Change: 2000 to 2010. 2010 Census Briefs*, U.S. CENSUS BUREAU, marzo 2011, 1). Un numero destinato a crescere: nel 2050 la popolazione americana ammonterà a circa 439 milioni di persone (G.K. VINCENT, V.A. VELKOFF, *The Next Four Decades. The Older Population in the United States: 2010 to 2050. Population Estimates and Projections*, U.S. CENSUS BUREAU, maggio 2010, 1). Verosimilmente, nei prossimi quattro decenni, le città-modello americane non saranno più i grandi centri del Nord-Est e Centro-Ovest del Paese (rispettivamente, New York e Chicago), ma le nuove metropoli multipolari e geograficamente più vaste, caratterizzate da un modello urbano il cui centro è sostituito da una costellazione reticolare di "micro-centri", come Los Angeles e Phoenix (J. KOTKIN, *The Next Hundred Million. America in 2050*, The Penguin Press HC, New York, 2010, 31-105).

Il fenomeno di espansione urbana riguarderà anche l'Unione europea, che ha già superato i 500 milioni di abitanti (EUROPEAN COMMISSION, *Demography Report 2010. Older, more numerous and diverse Europeans*, marzo 2011, 1, in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Demografia e lavoro*), dove si prevede, almeno fino al 2030, un aumento della popolazione di altri cinque punti percentuali, con picchi di crescita demografica in Belgio, Cipro, Irlanda, Lussemburgo e Malta (K. GANNAKOURIS (EUROSTAT), *Regional population projections EUROPOP2008: Most EU regions face older population profile in 2030*, 13 gennaio 2010, 2, in www.adapt.it, indice A-Z, voce *Demografia e lavoro*). La necessità di creare un legame sostenibile fra trasporti ed espansio-

ne urbana è testimoniata dall'adozione, da parte della Commissione europea, del *Piano d'azione della mobilità urbana* che, a fronte dei problemi demografici e delle preoccupazioni sociali (persone a mobilità ridotta, famiglie e bambini), si propone di creare sistemi di trasporto efficienti per sostenere la economia, ma allo stesso tempo il benessere dei cittadini (COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione della mobilità urbana*, COM(2009) 490 definitivo, 30 settembre 2009).

Entrambi i casi riportati dimostrano che la crescente espansione urbana potrà essere sostenuta solo se accompagnata da un equivalente sviluppo del settore dei trasporti pubblici che sia in grado di favorire la mobilità di una popolazione sempre più numerosa, ma anche sempre più diversa (donne, anziani e disabili).

4. La complessità che caratterizza gli spostamenti delle donne e i bassi tassi di occupazione femminile nel settore dei trasporti possono essere superati attraverso un maggiore coinvolgimento delle stesse nei rispettivi processi decisionali. La presa in considerazione di tali bisogni, infatti, presuppone la possibilità, data a questo gruppo, di esprimere le proprie necessità nei relativi processi di consultazione, pianificazione e decisione.

I benefici a livello di mobilità, derivanti da una più ampia presenza femminile a livello di *decision making*, sono osservabili in diverse buone prassi. Ad esempio, in Perù, il coinvolgimento delle donne, nei comitati decisionali di un progetto di miglioramento delle infrastrutture stradali, ha portato alla riduzione di circa mezz'ora dei tempi di viaggio, a una diminuzione delle tariffe dei mezzi di trasporto e un aumento della qualità del servizio. In Cina, la partecipazione delle donne nel progetto di ristrutturazione del trasporto urbano della provincia di Liaoning ha permesso di pavimentare i tragitti maggiormente percorsi dalla popolazione, di costruire marciapiedi e piste ciclabili, di migliorarne l'illuminazione e la segnaletica. In tema di sicurezza, invece, buone prassi sono rintracciabili in Regno Unito, Russia, India, dove sono stati introdotti i taxi rosa, e in Messico, nelle cui linee di bus e metropolitane sono state aggiunte delle vetture sorvegliate da agenti di polizia e riservate a sole donne e bambini. Un trasporto più sicuro e progettato seguendo le esigenze delle donne permette una migliore mobilità femminile che, a sua volta, favorisce una maggiore partecipazione di queste al mercato del lavoro.

Come detto in precedenza, una presenza femminile più accentuata nei processi decisionali è fondamentale non solo per migliorare la mobilità delle donne, ma anche per promuovere una loro maggiore occupazione nel settore dei trasporti, che rimane ancora un *male sector*. Ad esempio, la presenza delle donne nel 25% dei posti di *decision making* delle aziende iscritte all'associazione francese Femmes en mouvement, les transports au féminin ha permesso non solo di migliorare il servizio dei trasporti pubblici (in termini di sicurezza, accessibilità, design interno), ma anche di promuovere campagne informative, come la campagna video «Public transport, a job for women!», sulle opportunità occupazionali offerte dal settore per le donne: un'azione che sta favoren-

do una loro maggiore occupazione in linea con le aspettative e le esigenze femminili.

5. Il pieno coinvolgimento delle donne nel settore dei trasporti, sia come utenti sia come lavoratrici, ma soprattutto come progettatrici, è fondamentale per favorire l'adozione di politiche più bilanciate, in grado di incidere in maniera significativa sulle dinamiche lavorative e familiari non solo delle donne, ma dell'intera società. A tal fine, è necessario sostenere le quattro raccomandazioni politiche avanzate dall'Autore nella parte conclusiva dal *paper*. In primo luogo, è fondamentale elaborare statistiche riguardanti le differenze esistenti tra uomini e donne nel settore dei trasporti; senza tale strumento quantitativo è difficile condurre una completa analisi di genere nel settore dei trasporti. In secondo luogo, è essenziale dare alle donne i giusti spazi e momenti nei processi di consultazione, progettazione e decisione politica per esprimere i loro bisogni. In terzo luogo, è importante considerare i tratti distintivi della mobilità femminile, in modo da agevolare gli spostamenti. E, infine, è necessario aumentare l'occupazione femminile nel settore dei trasporti, facendo leva anche sulla formazione. Queste azioni sono indispensabili per eliminare progressivamente sia la complessità, che caratterizza gli spostamenti femminili, sia ogni forma di disuguaglianza socio-occupazionale nel settore.

Francesca Sperotti

*Scuola internazionale di Dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro
Adapt – CQIA – Università degli Studi di Bergamo*