

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

RICERCHE

Diritto del lavoro e relazioni industriali: origini e prospettive

INTERVENTI

Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Forme anomale di sciopero nei servizi pubblici essenziali

GIURISPRUDENZA ITALIANA

La legittimazione ad agire della consigliera di partìa nel procedimento penale

*Tasso aziendale di premio per l'assicurazione infortuni
Presupposti e inadempimento dell'obbligo di assunzione
del lavoratore disabile*

*Legittimità costituzionale della nuova disciplina del lavoro a termine
Responsabilità del formatore per l'infortunio dell'apprendista*

Salute e sicurezza: gli obblighi non delegabili

Il coordinatore della sicurezza nei cantieri temporanei mobili

Cig: il computo delle mensilità aggiuntive ai fini del trattamento

Cigo: condotta antisindacale e obbligo di consultazione

LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Cooperative di produzione e lavoro nei casi di crisi aziendale

Riforma del lavoro pubblico: il ruolo della contrattazione collettiva

Strategia ministeriale per i servizi ispettivi e l'attività di vigilanza

GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Prospettive di regolazione comunitaria della solidarietà negli appalti

Le risposte della Commissione europea alla crisi economica

Impatto delle strategie organizzative sulla qualità del lavoro

Servizi pubblici per l'impiego e strategia di flexicurity

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Svezia - I rapporti familiari nel diritto del lavoro

Quadro internazionale e comparato - il diritto del lavoro in America Latina

N. 2/XIX - 2009

Rivista di

ADAPT - FONDAZIONE

"MARCO BIAGI"



GIUFFRÈ EDITORE

SOMMARIO - n. 2/2009

Ricerche: Diritto del lavoro e relazioni industriali: origini e prospettive

| | |
|---|-----|
| WOLFGANG STREECK <i>Le relazioni industriali oggi</i> | 255 |
| BRUCE E. KAUFMAN <i>Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale</i> | 272 |
| ROBERTO PESSI <i>Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali</i> | 326 |

Interventi

| | |
|--|-----|
| GUIDO CANAVESI <i>Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori</i> | 333 |
|--|-----|

Relazioni industriali e Risorse umane

| | |
|--|-----|
| MARTA MONDELLI <i>Le forme anomale di sciopero nei servizi pubblici essenziali</i> | 349 |
|--|-----|

Osservatorio di giurisprudenza italiana

| | |
|---|-----|
| ELENA CUNATI <i>Discriminazioni di genere e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire della consigliera di parità in sede penale (nota a Cass. pen. 16 aprile 2009, n. 16031)</i> | 369 |
| SILVANA TORIELLO <i>Tasso aziendale di premio per l'assicurazione infortuni: criteri di calcolo e provvedimento di variazione (nota a Trib. Bari 24 marzo 2009)</i> | 375 |
| ANTONELLA GIUFFRÈ <i>Obbligo di assunzione del lavoratore disabile: presupposti e conseguenze in caso di inadempimento (nota a Cass. 13 gennaio 2009, n. 488)</i> | 380 |
| ALBERTO TAMPIERI <i>La disciplina sanzionatoria del lavoro a termine: profili di contrasto giurisprudenziale sulla questione di legittimità costituzionale (nota a Trib. Roma 21 ottobre 2008, n. 16604)</i> | 384 |
| LORENZA BIAGINI <i>Ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale della nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro a termine (nota a App. Milano ordinanza 31 ottobre 2008, Trib. Tivoli ordinanza 3 dicembre 2008 e altre)</i> | 393 |
| PAOLA DE VITA <i>La responsabilità del formatore per l'infortunio occorso a lavoratore apprendista (nota a Cass. pen. 7 aprile 2009, n. 15009)</i> | 401 |

| | |
|---|-----|
| MARIA GIOVANNONE, YURI RUSSO <i>I confini degli obblighi non delegabili nell'orizzonte interpretativo della Suprema Corte</i> (nota a Cass. pen. 28 gennaio 2009, n. 4123) | 404 |
| FRANCESCO BACCHINI <i>Gli obblighi del coordinatore della sicurezza per la fase di esecuzione nei cantieri temporanei mobili</i> (nota a Cass. pen. 3 ottobre 2008, n. 38002) | 409 |
| ENRICA CARMINATI <i>Il computo delle mensilità aggiuntive nella base di calcolo per i trattamenti di integrazione salariale</i> (nota a Cass. 15 aprile 2009, n. 8919, e Cass. 6 aprile 2009, n. 8205). | 417 |
| STEFANO MALANDRINI <i>Vincolatività degli impegni aziendali nel ricorso alla Cassa integrazione ordinaria e condotta antisindacale</i> (nota a Trib. Milano decreto 10 febbraio 2009) | 422 |
| <i>Anche i figli conviventi sono titolari del congedo straordinario per assistere il genitore portatore di handicap grave</i> (nota a C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 19) | 414 |

Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva

| | |
|--|-----|
| GABRIELE CIVOLANI, LUCIANO SCHIAVO <i>Cooperative di produzione e lavoro e crisi aziendale</i> | 439 |
| LEONELLO TRONTI <i>Risultati economici dell'azione pubblica e contrattazione collettiva. Un nesso necessario e possibile</i> | 442 |
| MARCO LOVO <i>Il rapporto tra fonti unilaterali e contrattazione collettiva nell'iter di riforma del lavoro pubblico</i> | 451 |
| LUCIANO DE MARCO <i>Stress lavorativo e burn-out: profili giuridici</i> | 468 |
| <i>Il nuovo ente bilaterale del comparto professioni</i> | 431 |
| <i>Il quadro della formazione continua in Italia</i> | 435 |
| <i>La legge regionale Veneto di regolazione del mercato del lavoro</i> | 458 |
| <i>Il difficile inquadramento giuridico del mobbing: il contributo della elaborazione giurisprudenziale</i> | 461 |
| <i>Differenziale salariale di genere e lavori tipicamente femminili</i> | 463 |
| <i>Ambito di applicazione del regime agevolato dei premi di produttività: il caso dei premi legati alla "presenza"</i> | 466 |
| <i>La strategia ministeriale per i servizi ispettivi e l'attività di vigilanza</i> | 476 |

Osservatorio di giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro

| | |
|---|-----|
| ANTONIO GIGANTE <i>Orientamenti in tema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea: il regime della responsabilità solidale nei subappalti</i> . . | 485 |
| MICHELE ZAGORDO <i>Le risposte della Commissione europea alla crisi economica</i> | 489 |

| | |
|---|-----|
| MANUEL MAROCCO <i>Il ruolo dei servizi pubblici per l'impiego nella strategia di flexicurity</i> | 496 |
| <i>La variabile di genere nella crisi economica</i> | 494 |
| <i>Prospettive di crescita professionale per i lavoratori immigrati in Europa</i> | 499 |
| <i>Impatto delle strategie organizzative sulla qualità del lavoro</i> | 502 |
| <i>La somministrazione di lavoro in Europa: il quadro comparato e le prospettive dopo la direttiva n. 104 del 2008</i> | 508 |
| Osservatorio internazionale e comparato | |
| CATHARINA CALLEMAN <i>Svezia – Evoluzione storica e prassi applicativa in tema di regolazione dei rapporti di lavoro tra il datore e suoi familiari</i> | 519 |
| LUIS APARICIO VALDEZ, JORGE BERNEDO ALVARADO <i>Quadro internazionale e comparato – Prospettive di evoluzione del diritto del lavoro nei Paesi dell'America Latina: il contributo dell'analisi comparata e dell'approccio interdisciplinare</i> | 531 |
| <i>Francia – Vietate le stock options ai manager di aziende beneficiarie di aiuti di Stato</i> | 517 |
| <i>ILO – Crisi economica e Decent work agenda</i> | 529 |

INDICE ANALITICO

Appalto e subappalto

- PARLAMENTO EUROPEO, *Responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione*, Risoluzione del Parlamento europeo, 26 marzo 2009, P6_TA-PROV(2009)0190 [485] (con nota di A. GIGANTE).

Competitività e sviluppo

- COMMISSIONE EUROPEA, *A European Economic Recovery Plan*, Communication from the Commission to the European Council, COM(2008)800 final, 26 novembre 2008 [489] (con nota di M. ZAGORDO).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Cohesion Policy: investing in the real economy*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)876/3, 16 dicembre 2008 [489] (con nota di M. ZAGORDO).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*, Communication from the Commission, 17 dicembre 2008 [489] (con nota di M. ZAGORDO).
- COMMISSIONE EUROPEA, *Driving European Recovery, Communication for the Spring European Council*, COM(2009)114 final, 4 marzo 2009 [489] (con nota di M. ZAGORDO).
- ADVISORY COMMITTEE IN EQUAL OPPORTUNITIES FOR WOMEN AND MEN, *Opinion on the gender perspective on the response to the economic and financial crisis*, 10 giugno 2009 [494].

Discriminazioni

- Discriminazioni di genere - Consigliera o consigliere di parità - Legittimazione ad agire come parte civile - Sussistenza - Titolo [369] (Cass. pen. 16 aprile 2009, n. 16031, con nota di M. CUNATI).
- Discriminazioni di genere - Consigliera o consigliere di parità - Legittimazione ad agire come parte civile - Sussistenza - Fondamento [369] (Cass. pen. 16 aprile 2009, n. 16031, con nota di M. CUNATI).

Enti bilaterali

- Statuto dell'Ente Bilaterale Nazionale del Settore delle Professioni (E.BI.PRO.), 27 gennaio 2009 [431].

Francia

- Décret n. 2009-348 du 30 mars 2009, *relatif aux conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat du fait de la crise économique et des responsables des entreprises publiques* [517].
- Décret n. 2009-445 du 20 avril 2009, *portant modernisation du fonctionnement du Fonds de développement économique et social* [517].
- FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 2 aprile 2009 [517].

Infortuni e malattie professionali

- Tariffe dei premi - Provvedimento di variazione - Requisiti di validità ed efficacia [374] (Trib. Bari 24 marzo 2009, con nota di S. TORIELLO).
- Tariffe dei premi - Provvedimento di variazione - Onere in capo all'Inail di documentare il rispetto delle modalità applicative di legge - Sussistenza - Mancato adempimento - Conseguenze [374] (Trib. Bari 24 marzo 2009, con nota di S. TORIELLO).

International Labour Organization

- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Financial and Economic Crisis: A Decent Work Response*, International Institute for Labour Studies, marzo 2009 [529].

Istruzione e formazione

- ISFOL, *Rapporto 2008 sulla formazione continua*, novembre 2008 [435].

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- Lavoratori disabili - Obbligo di assunzione - Provvedimento di avviamento - Richiesta di avviamento da parte del datore di lavoro - Presupposto di legittimità - Sussistenza - Presupposto del diritto soggettivo al posto di lavoro - Sussistenza - Costituzione del rapporto di lavoro *ex lege* - Esclusione [379] (Cass. 13 gennaio 2009, n. 488, con nota di A. GIUFFRÈ).
- Lavoratori disabili - Obbligo di assunzione - Natura contrattuale - Inadempimento del datore di lavoro - Conseguenze - Risarcimento del danno - Onere della prova [380] (Cass. 13 gennaio 2009, n. 488, con nota di A. GIUFFRÈ).

Lavoro a termine

- Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi [390] (App. Bari ordinanza 18 settembre 2008, con nota di L. BIAGINI).
- Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Rilevanza - Motivi [390] (App. Genova ordinanza 26 settembre 2008, con nota di L. BIAGINI).
- Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Manifesta infondatezza -

- Esclusione - Motivi [390] (App. Torino ordinanza 2 ottobre 2008, con nota di L. BIAGINI).
- Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto artt. 24, comma 1, 111, comma 1, e 117, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi [389] (App. Roma ordinanza 21 ottobre 2008, con nota di L. BIAGINI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Rilevanza - Motivi [389] (App. Milano ordinanza 31 ottobre 2008, con nota di L. BIAGINI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto artt. 101, 102, comma 2, 104, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi [393] (Trib. Roma ordinanza 26 settembre 2008, con nota di L. BIAGINI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto artt. 11 e 117 Cost. - Contrasto art. 3 Cost. - Sussistenza - Motivi [392] (Trib. Ascoli Piceno ordinanza 30 settembre 2008, Est. Boeri, *Pompilio Franco c. Picenambiente Spa*, con nota di L. BIAGINI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto artt. 11 e 117 Cost. - Contrasto art. 3 Cost. - Rilevanza - Motivi [392] (Trib. Ascoli Piceno ordinanza 30 settembre 2008, Est. Boeri, *Caporuscio V. c. Manuli Rubber Industries Srl*, con nota di L. BIAGINI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. e art. 6 CEDU - Sussistenza - Motivi - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione [391] (Trib. Trieste ordinanza 15 ottobre 2008, con nota di L. BIAGINI).
 - Ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo *ex art. 1, d.lgs. n. 368/2001* - Contestazione - Ripartizione dell'onere della prova - Datore di lavoro - Carezza di prova - Illegittimità dell'apposizione del termine - Conseguenze *ex art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001* [383] (Trib. Roma 21 ottobre 2008, n. 16604, con nota di A. TAMPIERI).
 - Illegittimità dell'apposizione del termine - Conseguenze - Art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 - Applicabilità - Censure di illegittimità costituzionale - Infondatezza - Motivi [384] (Trib. Roma 21 ottobre 2008, n. 16604, con nota di A. TAMPIERI).
 - Art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Manifesta infondatezza - Esclusione - Motivi [391] (Trib. Tivoli ordinanza 3 dicembre 2008, con nota di L. BIAGINI).

Lavoro in cooperativa

- Interpello 6 febbraio 2009, n. 7 (UNCI, Unione Nazionale Cooperative Italiane) [439] (con nota di G. CIVOLANI, L. SCHIAVO).

Lavoro pubblico

- Legge delega 4 marzo 2009, n. 15 [442; 451] (con nota di L. TRONTI e nota di M. LOVO) – Schema di decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 [442; 451] (con nota di L. TRONTI e nota di M. LOVO).

Mercato del lavoro

- Legge Regione Veneto 13 marzo 2009, n. 3 [458].
- EUROPEAN COMMISSION, *The role of the Public Employment Services related to 'Flexicurity' in the European Labour Markets*, Final report, marzo 2009 [496] (con nota di M. MAROCCO).

Mobbing

- Relazione tematica della Corte di Cassazione, 10 novembre 2008, n. 142 [461].

Pari opportunità

- M. CENTRA, A. CUTILLO, *Differenziale salariale di genere e lavori tipicamente femminili*, Collana Studi Isfol, gennaio 2009, n. 2 [463].
- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Occupational promotion of migrant workers*, 5 aprile 2009 [499].

Produttività del lavoro

- Interpello 20 marzo 2009, n. 25 (Aris, Associazione Religiosa Istituti Socio-Sanitari) [466].

Quadro internazionale e comparato

- OIT [ILO], *Estrategia para promover la declaracion de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT*, Segunda Reunion de los Grupos de Trabajo en el marco de la XII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA, 2005 [531] (con nota di L. APARICIO VALDEZ, J. BERNEDO ALVARADO).

Salute e sicurezza sul lavoro

- Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 [468] (con nota di L. DE MARCO).
- Normativa antinfortunistica - Destinatari - Individuazione - Cantieri temporanei o mobili - Coordinatore per l'esecuzione dei lavori - Posizione di garanzia - Sussistenza - Contenuto [408] (Cass. pen. 3 ottobre 2008, n. 38002, con nota di F. BACCHINI).
- Delitti contro la persona - Incendio colposo - Violazione norme antinfortunistiche - Datore di lavoro - Grandi imprese - Delega di funzioni - Obblighi non delegabili [404] (Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, con nota di M. GIOVANNONE, Y. RUSSO).
- Obblighi di tutela del lavoratore minore inesperto - Responsabilità del formatore - Sussistenza - Violazione della normativa antinfortunistica - Decesso di minore

apprendista - Conseguenze [401] (Cass. pen. 7 aprile 2009, n. 15009, con nota di P. DE VITA).

- A. VALEYRE, E. LORENZ, D. CARTRON, P. CSIZMADIA, M. GOLLAC, M. ILLÉSSY, C. MAKÓ, *Working conditions in the European Union: Work organisation*, European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions, 2009 [502].

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2009*, febbraio 2009 [476].

Somministrazione di lavoro

- EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*, 2008 [508].
- Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 novembre 2008, n. 104/2008/CE [508].

Sospensione del rapporto di lavoro

- Congedi - Congedo straordinario retribuito ex art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 - Titolari del beneficio - Mancata inclusione del figlio convivente tra i soggetti beneficiari - Illegittimità costituzionale parziale per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. - Sussistenza [413] (C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 19).

Svezia

- Employment Protection Act 1982 (amendments: up to and including SFS 2007:391), 2008 [519] (con nota di C. CALLEMAN).

Welfare

- Indennità di integrazione salariale - Computo mensilità aggiuntive - Tredicesima - Rispetto massimale [416] (Cass. 6 aprile 2009, n. 8205, con nota di E. CARMINATI).
- Indennità di integrazione salariale - Computo mensilità aggiuntive - Tredicesima - Rispetto massimale [416] (Cass. 15 aprile 2009, n. 8919, con nota di E. CARMINATI).
- Cassa integrazione guadagni intervento ordinario - Revoca unilaterale della CIGO da parte del datore di lavoro - Annullamento accordo bilaterale a tempo determinato di apertura della procedura - Esclusione - Disdetta unilaterale del datore di lavoro - Esclusione - Irrilevanza della crisi aziendale - Sussistenza [421] (Trib. Milano decreto 10 febbraio 2009, con nota di S. MALANDRINI).
- Condotta antisindacale - Stipulazione di un accordo bilaterale di avviamento della CIGO - Revoca unilaterale della procedura - Avviamento contestuale di una procedura di licenziamento collettivo - Affidamento delle OO.SS. in merito al mancato ricorso al licenziamento - Lesione degli interessi collettivi - Antisindacalità della condotta - Sussistenza [421] (Trib. Milano decreto 10 febbraio 2009, con nota di S. MALANDRINI).

*Diritto del lavoro e relazioni industriali:
origini e prospettive*

Le relazioni industriali oggi

Wolfgang Streeck

Sommario: **1.** Posizione del problema. – **2.** Alle origini delle relazioni industriali. – **3.** La crisi del fordismo e della socialdemocrazia. – **4.** La stagione della flessibilità e l'idea di *flexicurity*. – **5.** L'individualizzazione dei rapporti sociali e di lavoro. – **6.** Un nuovo movimento contro la mercificazione del lavoro? – **7.** Conclusioni.

1. Oggetto di questo studio è una riflessione sugli orientamenti dottrinali attuali nel campo delle relazioni industriali con l'obiettivo di individuare quanto le posizioni correnti siano mutate nel corso degli anni e quanto gli attuali convincimenti siano figli dei concetti, delle assunzioni e degli obiettivi nel frattempo sviluppatisi. Nel presente studio cercherò di sostenere che la dottrina moderna sul lavoro ha assunto connotati scientifici e sistematici a partire dalla seconda guerra mondiale, con l'accordo post-bellico sulla adozione di un sistema di capitalismo democratico. Alla fine degli anni Sessanta, il pensiero prevalente di scienze sociali era ancora quello che aveva preso piede dopo il 1945, in un incontro fra la democrazia sociale europea e l'America del *New Deal*; se oggi sono riscontrabili delle differenze rispetto ai fenomeni che si studiavano in passato, bisognerebbe affermarlo apertamente. Infatti, se si compie lo sforzo di guardare indietro alla storia delle relazioni industriali e della sociologia del lavoro, bisognerebbe essere in grado di dire con certezza se la pressione dei cambiamenti che si sono verificati ha determinato la perdita, o meno, delle prospettive che sarebbero dovute rimanere vive e che, ora, si vorrebbe recuperare il più possibile.

Certamente, è difficile discernere un lento e graduale cambiamento. «La guerra è la madre di tutte le cose» diceva Eraclito, e il contrassegnare i periodi storici in base alle guerre che si sono succedute è segno evidente che le stesse determinano dei cambiamenti che lasciano segni indelebili. E proprio questo è un punto da non trascurare: oggi l'Europa gode di un lungo periodo di pace ininterrotto, il più lungo che ogni singolo stato del vecchio continente possa vantare. Una siffatta continuità rende difficile l'individuazione di cambiamenti di prospettiva, cosicché si tende a semplificare e a generalizzare in ogni campo, anche in quello delle relazioni industriali. Conseguentemente, si giunge ad un altro problema che sarà affrontato: chi suggerisce che lo sviluppo storico non costituisca, necessariamente,

* *Direttore del Max Planck Institute for the Study of Societies di Colonia. Traduzione a cura di Pier Francesco Acquaviva.*

te, un progresso, induce al sospetto che si stia romanticizzando il passato – o, semplicemente, che si sia al cospetto di un pessimista.

2. Le relazioni industriali, come si conoscono oggi, sono il prodotto di un contesto storico nel quale il problema principale era riconciliare il capitalismo con la democrazia, tanto nell'Europa occidentale quanto negli Stati Uniti. Tale obiettivo determinava la necessità di un riconoscimento formale e istituzionale del collettivismo operaio, impersonificato in sindacati forti, e comportava, allo stesso tempo, la presa di coscienza di essere di fronte ad un lavoratore inteso come singolo individuo, alla ricerca di una stabilità sociale e di una sicurezza economica duratura. L'architettura sociale che si costruì era strutturata in modo tale da rendere il salario compatibile con le aspirazioni di una classe di lavoratori di ritorno dai campi di battaglia, forte politicamente e che chiedeva l'introduzione di diritti sociali e industriali, così come celebrato al tempo del sociologo T.H. Marshall, nelle sue famose conferenze del 1949 su *Cittadinanza e classe sociale* ⁽¹⁾. Come molti studiosi del suo tempo, Marshall riteneva che solo la continua espansione dei diritti di cittadinanza – non solo intesi come il diritto civile di poter accedere e competere nei mercati, ma anche il diritto politico di votare in elezioni democratiche, il diritto di libertà di contrattazione collettiva e il diritto sociale di standard di vita decenti, compresa la garanzia all'occupazione attraverso da politiche pubbliche – avrebbe riconciliato le classi operaie con le disuguaglianze che una economia capitalista di mercato produce inevitabilmente.

Analizzando più da vicino la famosa affermazione di Marshall, secondo cui i diritti di cittadinanza costituiscono «il fondamento di uguaglianza su cui la struttura delle disuguaglianze può essere costruita» ⁽²⁾, se ne ricavano due grosse aspettative. La prima è che i lavoratori si sarebbero accontentati di vivere in un sistema capitalistico solo se in cambio i loro rappresentanti fossero stati inseriti in posizioni chiave dell'emergente *welfare state* democratico. L'altra è che il capitalismo avrebbe dovuto garantire una continua espansione dei diritti di cittadinanza in termini di occupazione stabile, crescita dei salari, struttura della remunerazione relativamente egualitaria e protezione sociale da ogni tipo di rischio, «dalla culla alla tomba».

Attraversata la guerra fredda, la divisione del mondo in due blocchi contrapposti e il declinante fascino dell'alternativa stalinista-comunista al capitalismo, la stabilità occupazionale si rivelò essere, progressivamente, un problema di più facile soluzione rispetto alla promessa di salari crescenti, se non altro per la grande domanda di forza-lavoro che, una politica economica di stampo keynesiano, determinava in quegli anni. In seguito, tale politica fu complementare a interventi selettivi dei governi sotto forma di politiche a sostegno dell'industria e delle tecnologie, volte al mantenimento di una domanda di lavoro sufficiente, di una crescita graduale dei salari, di un miglioramento delle condizioni di lavoro e di una espansione continua dei sistemi di sicurezza sociale.

⁽¹⁾ T.H. MARSHALL, *Citizenship and social class*, in T.H. MARSHALL, *Class, citizenship and social development: essays by T.H. Marshall*, Anchor Books, Garden City, 1965, 71-134.

⁽²⁾ T.H. MARSHALL, *op. cit.*

Negli anni Sessanta, non solo governi, sindacati e grandi aziende, ma anche il filone principale di economisti erano convinti che la scommessa che avevano progettato di realizzare si sarebbe potuta concretizzare, pur richiedendo un considerevole sforzo e un ripensamento generale della macchina dello stato, attraverso una profonda riforma delle istituzioni delle relazioni industriali e una vasta espansione delle scienze sociali. Discipline quali le relazioni industriali e la sociologia industriale erano considerate in grado di svolgere un ruolo cruciale nella gestione del "capitalismo moderno". Dovevano relazionarsi con temi fondamentali e dovevano rispondere a domande di difficile soluzione quali come il sindacato doveva organizzarsi per contrattare ed ottenere una stabile espansione industriale, diritti sociali e una struttura salariale egualitaria; e ancora, quali strategie avrebbero consentito ai sindacati di trarre vantaggio dalle molteplici opportunità offerte loro dalle istituzioni corporative e dalla contrattazione collettiva, nazionale e decentrata; come i luoghi di lavoro sarebbero dovuti essere organizzati per offrire ai lavoratori la chance per una partecipazione democratica, come presumibilmente necessario per un funzionamento appropriato di una società industriale; come i sindacati avrebbero dovuto utilizzare al meglio i loro tradizionali rapporti privilegiati con i partiti social-democratici e con i governi per una gestione ed una definizione più efficaci di politiche industriali; quali misure, comprese la riforma delle organizzazioni sindacali e della contrattazione collettiva, potevano essere adottate per evitare che una piena occupazione e una contrattazione collettiva libera determinassero una crescita dei tassi d'inflazione; come un sindacato forte avrebbe consentito di adottare, fra i suoi aderenti, una prospettiva di lungo termine nella salvaguardia degli interessi, specie per far fruttare al meglio le opportunità relative a una politica di scambio fra interessi salariali nel breve e interessi politici di lungo termine; come gli scioperi e altre azioni di rivendicazione sarebbero potute essere evitate portando la lotta di classe dal luogo di lavoro ad apparati democratici dove far valere le proprie istanze, nelle quali gli interessi dei lavoratori si sarebbero potuti soddisfare meglio e il capitalismo avrebbe potuto essere governato più efficacemente a beneficio della società, piuttosto che ad un livello aziendale.

Più tardi, durante la sua lenta morte negli anni Settanta, la politica economica nella quale tali domande assumono un senso viene detta "fordismo". Il fordismo è stato un tentativo di combinare modernismo e tradizionalismo, capitalismo e socialismo, l'espansione dei mercati e il progresso dei diritti sociali, nell'ambito di una tecnologia industriale di larga scala e di una produzione di massa. Si è trattato di un vero e proprio compromesso storico: i lavoratori accettarono la proprietà privata e la forma di lavoro dipendente, mentre le imprese dovettero imparare a convivere con un rapporto di lavoro regolato in maniera stringente, che rispecchiava il desiderio dei lavoratori di stabilità e sicurezza, in particolare per quanto riguarda la protezione dalle inefficienze derivanti dall'auto-regolazione dei mercati del lavoro, con i relativi rischi di una libera fluttuazione dei prezzi relativi e una permanente fluttuazione della domanda dovuta al diverso grado di potere contrattuale delle classi di lavoratori. Il fordismo, in altre parole, ha imposto severi limiti alla mercificazione del lavoro, in nome di quello che era diffusamente percepito, anche dal capitale, come un interesse pubblico in un contesto di coesione sociale e integrazione, che ha giustificato ogni sorta di intervento politico

nell'economia. Un'illustrazione efficace di come il tradizionalismo dei diritti sociali ha contenuto la codificazione del lavoro è stato il principio del "salario vivente" che, considerata la struttura sociale del tempo, doveva essere un "salario familiare". Un'altra illustrazione era quella del villaggio artificiale del *welfare state* emergente, che nacque per sostituire il villaggio reale di una società pre-industriale e la cui ideazione offriva alle parti un'alternativa, benché modesta, al dover vivere sotto le pressioni dei mercati e l'accumulazione del capitale. Durante il fordismo, le relazioni industriali dovevano insegnare alle imprese come sopravvivere in condizioni di occupazione determinate politicamente e collettivamente, senza alcun riguardo alla situazione di mercato dell'impresa, mentre le politiche industriali dovevano aiutare le imprese a mantenere la loro situazione occupazionale, che non poteva essere modificata unilateralmente in virtù del mutato contesto economico di riferimento. I politici, a turno, hanno dovuto imparare a dirottare parte del surplus economico all'estensione di diritti sociali mantenendo, al contempo, uno spazio al di fuori del mercato del lavoro per accogliervi chiunque fosse considerato troppo vecchio, troppo giovane, troppo inabile, troppo coinvolto nella vita familiare per poter entrare nel mercato del lavoro.

3. Il fordismo e la socialdemocrazia, che rappresenta il modello di società allineatosi al primo, entrarono in crisi quando vennero meno due supposizioni principali: che sotto il capitalismo i diritti sociali potessero essere estesi in maniera indefinita, ancorché graduale, e che i capitalisti della prima industrializzazione avrebbero potuto godere degli aiuti di stato, immuni dai rischi di mercato propri dell'attività d'impresa.

Negli anni Sessanta, la combinazione post-bellica della contrattazione collettiva libera unita all'impegno del governo a garantire la piena occupazione, aveva assunto risvolti inflazionistici e si delineava all'orizzonte, in maniera sempre più netta, un severo conflitto sociale. Poco dopo, la crescita di domanda di democrazia nei luoghi di lavoro e di organizzazioni del lavoro non tayloristiche, contribuirono ad essere la causa della messa in discussione di elementi essenziali del modello di coesione sociale fordista e, in particolare, ci si iniziò a chiedere sempre più insistentemente quale fosse la prerogativa del *management*. In aggiunta a ciò, si registrò una ferma resistenza, anche in un Paese come la Svezia, a crescenti pressioni economiche che portavano ad una mobilità locale, con i lavoratori che incominciavano ad insistere affinché il governo intervenisse con politiche di creazione di posti di lavoro laddove le famiglie vivevano, piuttosto che forzarli a spostarsi per trovare lavoro ⁽³⁾. Le ondate di sciopero del 1968 e del 1969 espressero e alimentarono le richieste di una nuova generazione di lavoratori e di leader sindacali che, in una "rivoluzione di aspettative crescenti", si era abituata ad una

⁽³⁾ Questo rappresentava chiaramente un segno dell'imminente trionfo di Hayek su Keynes. Si consideri F.A. HAYEK, *Studies in philosophy, politics, and economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1950, laddove l'economista austriaco aveva argomentato che la gestione della domanda keynesiana avrebbe causato degli squilibri strutturali finché i lavoratori non avessero seguito i segnali del mercato, muovendosi laddove avessero trovato nuovi posti di lavoro, secondo le tradizioni e le abitudini. Meglio di Keynes e di altri economisti, Hayek capì la forza del tradizionalismo nella vita sociale, compresa l'economia: i lavoratori preferivano rimanere nella loro comunità familiare, anche nella socialdemocratica Svezia, nella quale le "politiche attive di mercato del lavoro" avrebbero coperto tutte le spese di spostamento.

continua espansione dei diritti e dei benefici che trovavano una certa plausibilità nelle idee sviluppate da studiosi e intellettuali su una strategia politica di *systemüberwindende Reformen*; si tratta del superamento del sistema, quale poteva essere una graduale ma irreversibile addizione di diritti sociali accumulatisi nel tempo, finché il sistema capitalista avesse indicato la via verso qualche forma di governo sindacalizzato, autogestito da una coalizione di lavoratori.

Come accennato, questa illusione crollò nella seconda metà degli anni Settanta. Da allora è diventato chiaro che lo stato pianificatore dell'economia era fallito e non avrebbe consentito il raggiungimento di tassi di crescita elevati, necessari per il prolungamento della social-democrazia fordista in quello che era considerato un "socialismo democratico". La cosiddetta crisi del petrolio del 1973 era prima di tutto un forte promemoria simbolico per la classe operaia, che doveva iniziare a entrare nell'ordine di idee che la ricchezza prodotta dal moderno capitalismo non era più a loro esclusivo appannaggio per la spartizione. Il "corporativismo liberale" era un tentativo di prolungare la vita di una politica economica nazionale inserita negli anni Settanta⁽⁴⁾; era presto chiaro, tuttavia, che restrizioni salariali sarebbero parse impopolari agli occhi dei sindacati e, allo stesso tempo, benefici di pensione concessi come ricompensa per sindacati cooperativi avrebbero generato deficit di budget di un futuro non troppo lontano. I sindacati, laddove erano ancora nello stato d'animo degli ultimi anni Sessanta, cercarono di combattere l'aumento della disoccupazione, accettando di diminuire l'orario di lavoro – e il rispettivo salario – anche per far sì che gli iscritti al sindacato potessero partecipare attivamente alla vita dei movimenti; progetto, questo, che, al nascere della società di consumo quale quello a cui si stava assistendo in quegli anni, appare oggi, col senno di poi, niente di più che un sogno irrealizzabile. Poiché la riduzione dell'orario di lavoro non portò alla piena occupazione, si usarono altre misure come il ricorso a prepensionamenti. Come risultato, la "clientela" del *welfare state* crebbe a dismisura, così come salirono i costi a carico dell'erario, dei datori di lavoro e dei lavoratori che erano ancora occupati.

Tuttavia, non fu solo il lavoro ad abbandonare il compromesso fordista. Nei primi anni Ottanta, le amministrazioni Reagan e Thatcher si sentivano forti o, per quanto atteneva la gestione del *welfare state*, abbastanza disperate per intraprendere un esperimento politico senza precedenti nell'era post-bellica: dimostrare ai lavoratori e al mondo intero che l'alto tasso di disoccupazione non avrebbe più ostacolato una rielezione democratica di quelle stesse amministrazioni. Il loro successo generò processi di liberalizzazione su scala mondiale, accompagnati da processi di ristrutturazione intensi, che generarono una massiccia disoccupazione. La stabilità economica fu restaurata, e le imprese erano progressivamente sempre più contente di proclamare lo stato di crisi e speravano di negoziare con lo stato una qualche forma di politica industriale o di sostegno per uscire dalla stagnazione; le stesse si sentirono anche incoraggiate ad operare nei mercati esteri.

La parola chiave che incominciò a circolare in quegli anni fu "globalizzazione": i capitalisti erano incoraggiati a superare i confini nazionali, laddove rischi più

⁽⁴⁾ W. STREEK, *The study of interest groups: before "The Century" and after*, in C. CROUCH, W. STREEK (a cura di), *The diversity of democracy: corporatism, social order and political conflict*, Edward Elgar, Londra, 2006, 3-45.

grandi sarebbero stati ricompensati, auspicabilmente, con opportunità maggiori. Si svilupparono nuove tecnologie informatiche, giusto in tempo per supportare, in primo luogo, la creazione di un sistema finanziario globale e, in seguito, di una produzione di sistemi integrata, in grado di estendersi fra diversi continenti. Il valore da distribuire agli *shareholders* serviva da nuova “formula politica” per legittimare le pressioni per un rapido e consistente aumento dei profitti delle imprese, e per una profonda redistribuzione delle entrate e delle opportunità di vita in favore del capitale e dei suoi amministratori. La fine del comunismo nel 1989 rappresentò anche la fine dei restanti timori circa le classi che avrebbero comandato nel mondo occidentale in alternativa al capitalismo e perciò si ritenne opportuno fare delle concessioni ai lavoratori domestici per evitare che passassero dalla parte del nemico.

Nel presente studio non c’è sufficiente spazio per menzionare le più importanti e profonde trasformazioni che le liberalizzazioni – o il capitalismo “selvaggio” ⁽⁵⁾ – hanno generato nelle politiche economiche europee del dopo-guerra. Uno dei più significativi cambiamenti fu l’enorme espansione dei mercati del lavoro, accompagnata da una diffusa “ri-mercificazione” dello stesso, in diretta contraddizione con le speranze e le aspettative degli anni Sessanta e Settanta di crescenti protezioni dalle pressioni del mercato.

Un fattore determinante in questo periodo fu la scomparsa del “salario familiare” degli anni Sessanta, che ha contribuito a far crescere la partecipazione delle donne nel mercato del lavoro e ha determinato il c.d. processo di ristrutturazione del modello familiare. Più tardi, l’erosione della base fiscale del *welfare state* contribuì a ridurre drasticamente il ricorso a prepensionamenti nel settore pubblico e determinò un capovolgimento universale nelle politiche riguardanti il mercato del lavoro, che quindi erano volte ad aumentare i tassi di attività, attraverso la cessazione dell’elargizione di sussidi pubblici a pioggia. Il processo di ri-mercificazione è anche al centro della ridefinizione di politiche sociali come strumento per far rimanere le persone all’interno del mercato del lavoro, renderle occupabili e quindi pronte per nuovi impieghi.

In termini più generali, quello che le liberalizzazioni hanno fatto per il mercato del lavoro dei Paesi capitalisti avanzati è stato rendere praticamente illimitata l’offerta di lavoro. Questo non solo a causa dell’eliminazione del mantenimento economico interno della famiglia e della riformulazione del *welfare state* tradizionale – entrambi questi aspetti, effettivamente, corrispondono a un’altra ondata di allontanamento dall’agricoltura ⁽⁶⁾.

Devono essere considerati anche altri aspetti, quali l’immigrazione e l’enorme espansione geografica dei mercati del lavoro occidentali a Paesi come la Cina, così come non vanno trascurati i miglioramenti in ambito di sistemi di comunicazione, che hanno facilitato gli investimenti stranieri diretti e il commercio internazionale. Diversamente dalle vecchie classi di lavoro occidentali, molti dei nuovi arrivati nel mercato del lavoro dipendente sono stati entusiasti circa la espe-

⁽⁵⁾ A. GLYN, *Capitalism unleashed: finance globalization and welfare*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

⁽⁶⁾ R. LUXEMBURG, *Die akkumulation des kapitals: ein beitrag zur ökonomischen erklärung des imperialismus*, Buchhandlung Vorwärts Paul Singer GmbH., Berlino, 1913.

rienza che hanno avuto una volta che si sono manifestati gli effetti del libero mercato, mercato del lavoro incluso. Chiaramente queste considerazioni si riferiscono, in particolar modo, alle donne dopo la loro uscita dal modello familiare fordista; va detto che molte di loro, sebbene ricevano un salario di molto inferiore rispetto a quello della generazione precedente del capo di famiglia, non si iscrivono al sindacato in numeri significativi. Così come gli immigrati o i lavoratori in Cina che, indirettamente, aiutano i datori di lavoro a deprimere i salari, sulla base dell'assunto, probabilmente giustificato, che, per un consistente numero di nuovi entranti nei mercati del lavoro occidentali, l'inclusione nelle condizioni di lavoro del regime post-bellico, sarebbero completamente irrealistiche.

Il nuovo orientamento dei mercati verso il lavoro ha messo i sindacati di fronte a problemi organizzativi di davvero difficile soluzione. Di fronte ad un'offerta di lavoro illimitata, i sindacati non possono più sperare di organizzare la forza lavoro di un intero settore industriale, dal momento che dovrebbero eliminare la competizione e difendere, se non migliorare, i salari e le condizioni di lavoro dei lavoratori. Inoltre, seppure i sindacati siano riusciti a resistere con successo ai tentativi di smantellare le conquiste del passato, oggi corrono il rischio di essere accusati di proteggere i privilegi dei c.d. *insiders*, a danno delle legittime aspirazioni di un crescente numero di *outsiders* che vogliono e necessitano di entrare in un'occupazione remunerata. Come conseguenza, i sindacati si ritrovano con una riduzione non solo del loro potere economico ma anche della loro credibilità morale, poiché rifiutano di eliminare i privilegi dei loro iscritti, a danno di coloro che si trovano ai margini del mercato del lavoro. In definitiva, con i sindacati impegnati a difendere, almeno in apparenza, gli interessi di un'aristocrazia di lavoratori pagata più del dovuto, mercati del lavoro liberalizzati e privi di norme così stringenti appariranno auspicabili agli occhi degli individui più deboli della società industriale.

4. Analizzando l'evoluzione storica degli studi in materia di lavoro e di mercato del lavoro, non c'è niente di sorprendente nel constatare quanto rapidamente si sia nuovamente orientata la dottrina negli anni Ottanta e Novanta in risposta al rinnovato dinamismo dell'economia capitalista. Se la principale preoccupazione, nel passato, era come adattare l'economia ad una costante espansione dei diritti sociali, in seguito è diventata una questione di come adattare le condizioni di lavoro e i lavoratori alle nuove istanze dell'impresa capitalista.

I diritti sociali, un tempo considerati come antecedenti gli interessi economici, sono difficilmente menzionati, e, invece che di una decodificazione del lavoro, adesso si discute di come ri-codificarla al meglio, aggiungendo elementi di occupabilità o, se necessario, misure di attivazione. Solo raramente qualcuno ricorda il vero obiettivo delle discipline del lavoro, accettato da tutti negli anni Sessanta e Settanta: proteggere i lavoratori e le loro famiglie dalle incertezze del mercato e dall'insaziabile domanda dei datori di lavoro di operare sotto la pressione della concorrenza, cercando di massimizzare il ritorno del loro capitale. Ora, invece, ci si preoccupa maggiormente di soddisfare le istanze dei datori di lavoro, attraverso quella flessibilità necessaria per adattare l'occupazione e le condizioni di lavoro a situazioni mutevoli in mercati in espansione e sempre più competitivi.

Quanto profondamente le nostre discipline siano mutate in seguito ai processi di liberalizzazione, è facilmente rivelabile da una rapida ricognizione sui concetti chiave maggiormente in uso oggi. Le relazioni industriali che, in principio, trattavano la determinazione collettiva e politica dei diritti industriali che le imprese dovevano rispettare in cambio del privilegio di esser loro consentito di assumere lavoro, sono diventate “gestione delle risorse umane”, ossia disposizioni unilaterali del datore di lavoro nei confronti della forza-lavoro, considerata come un semplice “fattore di produzione”. Invece di diritti sociali conquistati collettivamente e garantiti politicamente, i lavoratori sono chiamati da più parti a fare affidamento e investire continuamente nel loro “capitale umano”; inoltre, la loro capacità produttiva individuale è valutata dalla domanda corrente nel mercato del lavoro.

Piuttosto che aspettare ed insistere per un’occupazione sicura e stabile e per un costante incremento di salari, il lavoratore flessibile di oggi e, ancor più, quello del futuro, è chiamato a diventare economicamente, politicamente e anche culturalmente quello che in Germania è detto *Arbeitskraftunternehmer* – un “imprenditore della propria capacità produttiva”. In altri termini, deve imparare a considerare il suo potere contrattuale, deve essere in grado di aggiornarsi continuamente anche attraverso degli investimenti rischiosi. Deve essere anche pronto e desideroso di cambiare la propria identità professionale come richiesto dal mercato; spostarsi laddove c’è lavoro, piuttosto che insistere nel pensare che siano i lavori a spostarsi verso di lui e la sua famiglia; accettare di lavorare a progetti che si concludono una volta terminato il lavoro, piuttosto che considerarsi parte di un’organizzazione permanente di un’impresa tradizionale; preferire il lavoro autonomo a quello dipendente ed essere a proprio agio con le molteplici forme di lavoro che esistono fra questi due estremi. L’occupazione instabile deve essere considerata normale; i periodi di disoccupazione devono essere utilizzati per acquisire nuove e migliori competenze; inoltre, un modello di “economia partecipata”, nel quale i lavoratori si assumono parte del rischio imprenditoriale, deve essere considerato come un’opportunità per guadagnare bonus in periodi favorevoli.

L’ultima creazione del nuovo linguaggio di politica sociale e del mercato del lavoro è una parola composta, che sembra sia stata coniata in Olanda: “*flexicurity*”. Quasi tutti la definiscono in modo diverso, a seconda delle sfumature che si vogliono mettere in risalto e a testimonianza che siano in corso dibattiti nazionali e internazionali su cosa realmente sia, oggi, la *flexicurity*. Collocata nel suo contesto storico, il fatto che la flessibilità sia parte di questo nuovo termine significa che l’occupazione, d’ora in poi, potrà esistere solo nei termini di un mercato del lavoro altamente volatile e mutevole. La sicurezza, invece, quale secondo elemento portante della *flexicurity*, lascia intuire che, in ogni caso, qualche tipo di stabilità è possibile, sebbene in una prospettiva diversa da quella che siamo soliti considerare. Si intende meno sicurezza, per i lavoratori, nella loro occupazione presente, compensata da aspettative più sicure di un nuovo lavoro; una occupazione meno stabile e periodi di disoccupazione più frequenti bilanciati da una maggiore facilità di ri-occupazione; l’abolizione di una politica vecchio stampo di sicurezza rigida in cambio di una moderna e flessibile sicurezza della occupazione attraverso migliori servizi per l’impiego e periodi più frequenti di forma-

zione e riqualificazione professionale; e, non da ultima, una politica sociale in grado di creare incentivi effettivi per i lavoratori, per mantenerli professionalmente appetibili e in grado di adattarsi ai mutamenti del mercato.

Il presente studio si asterrà da speculazioni sui motivi per i quali le idee fondanti gli studi sul lavoro siano state omesse sotto le pressioni del periodo di forti cambiamenti sociali registratisi negli anni Ottanta. Per le discipline accademiche con interessi applicati, non sembra che tale operazione abbia molto senso e, tra l'altro, potrebbe sembrare anche un po' imbarazzante mantenere vivi quei concetti e quelle idee che sembrano essere diventati completamente irrealistici e fuori dal tempo. Quel che potrebbe aver inoltre aiutato tale processo è stato che, come per gli stessi processi di liberalizzazione, gli aggiustamenti di pensiero si sono verificati gradualmente e impercettibilmente. Nessuna rinuncia radicale era richiesta. Se gli studiosi non volevano essere dimenticati, tutto quello che dovevano fare era ridefinire in maniera retrospettiva la contrattazione collettiva e le politiche sociali in termini economico-funzionalisti e definire, per esempio, condizioni di performance economica efficienti, o esplicitare come combinare flessibilità e sicurezza sotto gli auspici di *flexicurity*.

La conversione al funzionalismo non richiedeva un'adozione di massa del neo-liberalismo e, per tale ragione, non costituiva un grande ostacolo, per gli studiosi che provenivano da una tradizione dottrinale non-liberale. Nella prassi, oggi, il funzionalismo sembra essere diventata la retorica dominante di opposizione al neo-liberalismo. Il suo vantaggio maggiore, confrontato con un linguaggio di diritti, è che è più difficile licenziare, anche e precisamente con riguardo alle pressioni competitive associate alla globalizzazione. Inoltre, l'approccio funzionalista è usato anche dal cosiddetto filone di pensiero economico neo-istituzionale, che è vicino al *mainstream* economico nel fatto che esso si specializza nell'inventare delle teorie adattabili ai benefici economici derivanti da istituzioni che comprimono il mercato.

Usare il linguaggio funzionalista come un codice segreto col quale registrare le proteste contro l'ortodossia liberale senza aver paura di essere accusati di ignoranza in materia economica dai poteri contemporanei, sembra renderlo particolarmente allettante per gli oppositori di un'egemonia neo-capitalista. Tuttavia, bisogna ammettere che difendendo la regolazione sociale del mercato del lavoro sul campo del funzionalismo, si corre il rischio di dimenticarsi come difendere la stessa nel nome della stabilità e della giustizia sociale, non in quanto convenienza economica ma come diritto, e implicando che gli interventi che incidono nel libero gioco delle forze di mercato e che non servono per generare efficienza è bene che cessino.

Più precisamente, si assiste e si è assistito alla tendenza, nelle scienze politiche e nella politica economica, di reinterpretare la storia post-bellica del welfare state e delle relazioni industriali come un datore di lavoro presbite e un prudente funzionario di governo che introduce diversi strumenti di sicurezza sociale autonomamente, come strumenti per incoraggiare la produttività e la competitività sotto gli auspici di una prudente varietà di capitalismo del Paese. In una induzione funzionalista a ritroso di tale tipo, l'ingegneria sociale tecnocratica sostituisce il conflitto sociale e la mobilitazione politica come forze guida dietro il progresso sociale, e l'accumulazione di capitale, piuttosto che doverlo rendere compatibile con

l'interesse pubblico attraverso regolazioni politiche, è identificato in esso. In definitiva, una difesa funzionalista del welfare state potrebbe portare nient'altro che alla legittimazione di un monistico concetto economico di buona società, e con esso ad una razionalizzazione di una vita sociale al servizio dell'efficienza economica.

5. La seconda sorpresa, che, in parte, potrebbe spiegare la prima, è stata constatare quanta poca resistenza è stata raccolta contro la nuova ondata di mercificazione da parte di quelli che ne erano stati colpiti. Considerando l'entità del cambiamento dal regime di cittadinanza industriale e sociale post-bellico alla rimercificazione del lavoro sotto i dettami del libero mercato, i pochi scioperi che ebbero luogo negli anni Ottanta sembrano insignificanti. Una volta terminati, gli scioperi passarono di moda del tutto per almeno due decenni.

Le "riforme" che resero questo possibile passarono senza che vi fosse molta opposizione, sebbene fossero distanti non solo che per una questione tecnica. Infatti, le nuove parole chiave delle relazioni industriali e della politica sociale, "flessibilità" e "attivazione", denotano una deviazione non solo dagli specifici strumenti della regolazione del mercato del lavoro, ma anche da una intera filosofia sottostante, come personificato nel carattere sociale del lavoratore avverso al rischio formato dalla moderna economia del lavoro.

La nuova tornata di liberalizzazioni alla fine del ventesimo secolo ha comportato un gigantesco programma di rieducazione culturale e morale. Per un certo verso, è equivalso ad un attacco frontale alle ultime tracce di tradizionalismo, ed ha rappresentato un passo ulteriore verso un processo di modernizzazione. Gli individui, adesso, dovrebbero imparare a vivere in un contesto di maggiore incertezza, con un minor grado di protezione collettiva dalla volatilità del mercato e maggiore responsabilità personale. Era compresa una diffusa delegittimazione delle nozioni post-belliche di diritto sociale e una ridefinizione dei diritti da elementi fondativi per la cittadinanza ad impedimenti per operazioni effettive di mercato e incentivi per obiettivi individuali. Un significativo esempio, in Germania, era la delegittimazione della nozione di *Zumutbarkeit*, che era solita limitare l'estensione/entità per la quale gli individui potevano attendersi sistemi di sicurezza sociale più bassi rispetto alle loro aspettative rispetto a quello che il mercato stava offrendo loro. Mentre nel passato poco frequentemente si intraprendeva un lavoro poco retribuito o lontano da dove si viveva, oggi, invece, come risulta dalle indagini sull'occupazione, tutto è casuale o pagato poco.

Chiaramente, cambiamenti istituzionali di tale portata sarebbero stati impossibili da realizzare se non avessero incontrato, almeno, qualche supporto in una cultura mutevole; un'indicazione è data da quanto differente sia il dibattito pubblico oggi da quello che era negli anni Settanta.

Il sospetto sembra essere più diffuso oggi che in passato, quando la solidarietà collettiva e l'egualitarismo generavano benefici più a favore di quelli che non volevano contribuire per la parte che spettava loro, cercando di approfittare degli sforzi degli altri per cogliere opportunità. Gli iscritti al sindacato sono diminuiti per più di due decenni nella maggior parte dei Paesi, soprattutto fra coloro che si considerano in grado di raggiungere alti obiettivi o vogliono essere considerati come tali. Più che in altri casi, i lavoratori iscritti al sindacato corrono il rischio

di essere considerati come fannulloni, non solo dagli economisti del lavoro. Inoltre, anche se è difficile da misurare, sembra che il fatto che le persone non si erano rassegnate all'inevitabile, ma stavano abbracciando in maniera diffusa il capitalismo come modo di vivere, e i mercati erano considerati come un luogo di opportunità piuttosto che di incertezza, ha contribuito a far sì che il sistema post-bellico venisse smantellato con facilità. Come citato, il numero di quelli che considerano l'ingresso nel lavoro dipendente come una liberazione personale sembra essere sostanziale, anche nei vecchi Paesi a stampo industriale.

L'eutanasia della casalinga, che prese il posto dell'eutanasia di chi vive di rendita che Keynes si era augurato nel capitolo finale della *Teoria Generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, testimonia non solo pressioni economiche alle famiglie negli anni Settanta, ma anche lo sviluppo di una nuova etica del lavoro che determinava un severo marchio sociale, per le donne così come per gli uomini ⁽⁷⁾. Inoltre, il costo del lavoro si è considerevolmente abbassato nel momento in cui l'ingresso di un numero elevato di immigrati ha determinato dei costi politici ed economici di assistenza sociale impossibili da sostenere, poiché era difficile fissare un salario minimo per loro.

In aggiunta a questa nuova complessità della struttura sociale nella quale si sono trovati i lavoratori, che sono passati da contribuenti di fondi pensione privati a beneficiari dello stesso valore degli *shareholder*, che mette in pericolo la stabilità della loro occupazione e li costringe ad aggiustare sempre più velocemente il rapido e crescente cambiamento industriale. Si consideri anche che i lavoratori in quanto consumatori sarebbero potuti diventare i principali propulsori dei prodotti di innovazione, imponendo alle imprese e alle industrie un tasso di "distruzione creativa" senza precedenti e mettendo i datori di lavoro nelle condizioni di reclutarli come, appunto, consumatori, come alleati nel mettere pressione – ai lavoratori stessi – per lavorare più duramente, in coerenza con i segnali di mercati mutevoli.

La domanda è quanto a lungo possa durare la spinta registrata nelle due decadi passate per una flessibilità sociale e personale sempre maggiore da abbinare con le domande di mercati in espansione può continuare.

Secondo Karl Polanyi ⁽⁸⁾, che è citato molto più ora di prima, ci sono limiti riguardanti la codificazione del lavoro – uno dei tre prodotti "fittizi" – che risiedono nei bisogni umani fondamentali per un'integrazione sociale stabile in comunità definite. Ancora, la rivoluzione culturale del recente passato che ha accompagnato la liberalizzazione economica, ha aggiustato i comportamenti dei mercati, in modi che Polanyi non avrebbe mai potuto ritenere possibili.

I legami sociali, comprese le relazioni familiari, sono diventate almeno tanto flessibili quanto l'occupazione. I rapidi aggiustamenti delle vite private alle op-

⁽⁷⁾ In Germania, la crescente popolarità del lavoro dipendente è riflessa, oggi, nell'uso estremamente diffuso dell'espressione *Nachfrage nach Arbeitsplätzen* (domanda di posti di lavoro), che ha sostituito quasi completamente la tradizionale nozione di *Arbeitsangebote* (offerta di lavoro). Anche se il secolare aumento dell'offerta di lavoro può essere originariamente determinato dalle pressioni economiche, oggi il lavoro dipendente sembra essere ricercato per una specifica ragione, ossia come accesso e certificazione di appartenenza alla comunità sociale.

⁽⁸⁾ K. POLANYI, *The great transformation: the political and economic origins of our time*, Beacon Press, Boston, 1957.

portunità di mercato è diventato un elemento dominante della cultura generale, non solo in senso comportamentale ma anche da un punto di vista normativo, ed inoltre ad entrambe le estremità del mercato del lavoro. All'estremità più bassa, un nuovo "precariato" sta portando a vite insicure e infelici, sotto i dettami di cambiamenti imprevedibili di mercati in declino e volatili per capacità basse e di riduzioni di budget per l'assistenza sociale. Mentre la sottomissione alla "fabbrica satanica" di Polanyi è imposta dagli sconfitti della rivoluzione neo-liberale per necessità economica, le nuove "coppie di lavoratori" di una diffusa nuova classe media, entusiaste per aver messo con successo sul mercato il loro capitale umano, stanno vivendo volontariamente centinaia di chilometri distanti l'uno dall'altra per progredire nelle loro "carriere duali"; i loro figli, se ci sono, sono mandati, otto ore al giorno, cinque giorni a settimana, all'asilo; e come nucleo familiare, vivono in un regime temporale tanto rigido quanto quello di un monastero o di un'impresa fordista, con ogni singola attività programmata minuto per minuto con settimane di anticipo.

Un crescente numero di persone si sforza per conformarsi a un comportamento, per raggiungere gli obiettivi, pervasivo e fortemente integrato in una cultura consumista, definita da immagini onnipresenti di un consumatore di beni in cerca di successo individuale. Organizzare e riorganizzare la vita privata di uno in linea con cosa stabiliscono i mercati e le carriere è preso come una sfida, un'opportunità e un'avventura per essere affrontata nel modo giusto, piuttosto che come un'intrusione inaccettabile o, come nel caso del precariato, come una necessità spiacevole.

Nessun altro settore sembra essere cresciuto così in fretta nei decenni recenti come l'industria dello sport e del fitness, con il loro ricco simbolismo di sforzo estetico e obiettivo competitivo ⁽⁹⁾. Infatti, se niente di ciò che era popolare negli anni Settanta è stato dimenticato nei decenni successivi, allora fu il rigetto culturale del *Leistungsgesellschaft* e del *Konsumterror* che fece nascere il movimento *hippy* negli anni Sessanta.

Ancora, quanto lontano può andare la riorganizzazione flessibile della vita mondiale? Per Polanyi, assoggettare la vita sociale alle oscillazioni di mercati che si autoregolano era niente di più che un frivolo esperimento che era obbligato a fallire perché avrebbe inevitabilmente dato vita a un "contro movimento" di ricostruzione sociale. Mentre il capitalismo avrebbe minato, per la sua specifica natura, l'ordine sociale, la società avrebbe potuto contare sul conflitto per proteggere se stessa – per difendere stabili aspettative, affidabili relazioni sociali, e impegni morali non dipendenti dal valore di mercato ⁽¹⁰⁾.

Ma questo è ancora vero? Si esita anche solo nel tentare una risposta, dal momento che la vita sociale è diventata così legata al mercato, così dipendente da esso e così a suo favore in un lasso di tempo così breve. Le persone oggi sembrano essere disposte, o almeno essere in grado, a vivere con molta più incertezza e molta meno stabilità sociale di quella che sarebbe stata possibile solo pochi de-

⁽⁹⁾ Si consideri il nuovo fenomeno globale, che si osserva in tutte le capitali, della maratona di massa, il *Reichsparteitage* di un individualizzato *Leistungsgesellschaft*.

⁽¹⁰⁾ L'idea, certamente, era la stessa di quella di Marshall, che credeva che l'economia di mercato capitalista sarebbe stata sostenibile solo in un contesto politico, industriale e di diritti sociali non derivati e non riducibili agli imperativi strategici di massimizzazione del profitto.

cenni fa e il desiderio di una vita protetta dalle pressioni del mercato attraverso diritti garantiti collettivamente e politicamente non sembra essere forte. Infatti, difficilmente qualcuno sembra riporre molta convinzione nella prospettiva di una restaurazione del collettivismo e del tradizionalismo, al di sopra dello Stato-Nazione, al di là della famiglia del dopoguerra, e all'interno della società della conoscenza. Se le persone sono abili in qualcosa, questa sembra essere una loro capacità individuale che, unita alla buona sorte, genera l'incontro con la richiesta di lavoro. Laddove c'è il desiderio di maggiore sicurezza, sembra che a beneficiarne sia maggiormente il mercato delle assicurazioni private, piuttosto che le politiche di solidarietà pubblica; assicurazioni private in grado di fornire tutela solo per certe somme di denaro, senza essere costrette a pagare per quelli considerati *bad risks*.

6. Quale potrebbe essere un argomento sostenibile per un revival sui diritti sociali che non possono essere screditati su due piedi in nome di una difesa di una improduttiva ricerca di rendita? Un'influente figura del pensiero nella storia del movimento operaio era che la mobilitazione politica della classe di lavoro, se vuole essere di successo, deve risolvere i problemi non solo per i lavoratori, ma anche per i capitalisti e per la società tutta ⁽¹¹⁾. Inoltre, nel mondo fordista-keynesiano, gli accordi collettivi che si erano orientati verso salari crescenti e difficili, e una politica sociale che proteggeva i guadagni dei lavoratori e delle loro famiglie nei periodi congiunturali negativi, si era espansa e stabilizzata una domanda aggregata, in grado di fornire opportunità di business e di crescita economica. La fondamentale logica – di un intervento politico della classe dei lavoratori in grado di imporre sul capitale un regime che non avrebbe reso in grado di creare da sé sebbene avrebbe asservito i propri interessi – era esplorata per la prima volta nel famoso capitolo sul *Giorno di lavoro* nel primo volume del *Capitale* di Marx ⁽¹²⁾.

Conoscendo così poco sulle prospettive di riforma, oggi, potremmo plasmare le nostre speculazioni facendo riferimento al passato, a ciò che è indubbiamente una delle maggiori fonti del pensiero politico moderno. Come è risaputo, nel primo volume Marx discute le ragioni che hanno portato al successo dell'istanza del movimento del lavoro riformista britannico per l'apposizione di un limite legale sull'orario di lavoro. Marx suggerisce, quando il *Factory Act* fu approvato, che lo sfruttamento del lavoro aveva raggiunto un punto nel quale l'esistenza fisica della classe di lavoro, la sua "riproduzione", era in gioco.

Gli stessi capitalisti, mostrò Marx, stavano distruggendo la loro risorsa più importante, il lavoro. Sotto la pressione della concorrenza, tuttavia, i singoli capitalisti erano incapaci di agire sulla base dei loro interessi collettivi di lungo termine, attraverso un uso sostenibile del lavoro ⁽¹³⁾, così come i lavoratori considerati individualmente non potettero resistere alla domanda dei loro datori di lavoro per

⁽¹¹⁾ J. ROGERS, W. STREECK, *Productive solidarities: economic strategy and left politics*, in D. MILIBAND (a cura di), *The diversity of democracy: corporatism, social order and political conflict*, Polity Press, Oxford, 1994, 128-145.

⁽¹²⁾ K. MARX, *Capital*, Penguin, Londra, 1990 [ma 1867].

⁽¹³⁾ «Semberebbe, pertanto, che l'interesse dello stesso sistema capitalistico puntasse verso un normale giorno di lavoro», così K. MARX, *op. cit.*, qui 377.

orari di lavoro più lunghi, anche se sottomettersi a tali condizioni significava distruggere le loro vite ⁽¹⁴⁾. Il lavoro minorile, in particolare, stava decimando la classe operaia, dal momento che un crescente numero di bambini era utilizzato, fino ad esaurimento, nelle fabbriche dell'Inghilterra vittoriana, dove non avevano alcuna prospettiva di diventare adulti funzionali al sistema produttivo. In definitiva, per usare il linguaggio di Polanyi, quello che Marx descriveva come una codificazione del lavoro minacciava la sopravvivenza non solo dei lavoratori, ma anche del sistema capitalista e della società tutta. In termini più moderni, Marx, forse per la prima volta in quella che ora è detta economia istituzionale, ha identificato un caso fondamentale di fallimento del mercato, dove il risultato aggregato di agire in linea con i segnali provenienti dal mercato è in conflitto con gli interessi anche di coloro che traggono benefici da esso – e che non possono rinunciare al loro comportamento auto-distruttivo. Secondo Marx, questo era il motivo per cui anche nel diciannovesimo secolo la domanda inglese di lavoro organizzato per una limitazione dell'orario di lavoro divenne politicamente irresistibile.

È importante non confondere le teorie di Marx come funzionaliste nello stesso senso delle affascinanti teorie economiche sul *welfare state*. Marx non dice che un legale diritto, per i lavoratori, ad una vita al di fuori della fabbrica e del mercato del lavoro ha accresciuto la produttività o il profitto. Per lui, una limitazione legale dell'orario di lavoro, e quindi del tasso di sfruttamento, era “funzionale”, se la parola, in questo contesto, è appropriata, in primo luogo e soprattutto per l'umanità e la società, nel fatto che rendeva la loro esistenza possibile. Solo in seconda battuta tale aspetto era propedeutico anche al capitale, attraverso la salvaguardia di una precondizione essenziale non solo dei mercati e del capitalismo, ma di qualunque economia, cioè una società in grado di sopravvivere. La regolazione dell'orario di lavoro, in altre parole, riguardava la conservazione e la sussistenza, non riguardava, invece, l'espansione e il profitto; proteggeva i diritti umani fondamentali per una comunità vivibile dall'inclusione in sistemi che prevedessero soltanto i mercati e l'accumulazione di capitale. Questo, inoltre, fece sì che i mercati e l'accumulazione del capitale continuassero a funzionare solo come effetto collaterale.

Le istanze dei lavoratori per un limite legale sugli orari di lavoro, in altre parole, offriva un'opportunità ai capitalisti di risolvere in altro modo problemi irrisolvibili riguardanti, più in generale, la sostenibilità di un ordine economico. Oggi può esistere una questione paragonabile, in grado di generare la base per un contro-movimento sociale in opposizione alla flessibilità e per una protezione delle strutture sociali che le imprese capitaliste e i mercati non possono garantire? Probabilmente, si potrebbe pensare alla crisi demografica dei Paesi capitalisti avanzati. Si considerino, a riguardo, le seguenti questioni:

1) Mentre nel XIX secolo i bambini inglesi morivano prima di crescere, oggi questo problema non esiste per il semplice motivo che non si fanno più bambini. Un numero decrescente di bambini significa un restringimento dei mercati prodotto e, altresì, un restringimento dell'offerta di lavoro. L'aumento del tasso delle nascite, d'altro canto, richiederebbe un regime di diritti sociali ben disposti nei confronti della famiglia: prospettive di un'occupazione più stabile, per i giovani,

⁽¹⁴⁾ K. MARX, *op. cit.*, 412.

più lavoro part-time, orari più corti, il diritto a tornare al lavoro dopo un congedo per motivi familiari, ecc. Affinché le misure sopraelencate diventino realtà su vasta scala, un maggior numero di datori di lavoro dovrebbe partecipare al sostenimento dei costi che politiche di questo tipo richiedono. Un buon modo per far sì che pratiche favorevoli al nucleo familiare si diffondano al di là della concorrenza potrebbe essere renderle obbligatorie per legge.

2) L'innalzamento dell'età media significherà, necessariamente, un innalzamento dell'età pensionabile. Questo richiederà, tra le altre cose, più investimenti in sviluppo permanente delle capacità personali, così come dell'apprendimento lungo tutta la vita. Ancor più, presupporrà modalità più sostenibili della forza-lavoro durante l'intero arco della vita: un regime di lavoro che esaurisce le energie delle persone a cinquant'anni è incompatibile con una partecipazione alla forza lavoro più alta fra le persone over 65. Più la forza lavoro invecchia, più le idee degli anni Settanta di migliorare la qualità del lavoro e di una umanizzazione della vita lavorativa attraverso strumenti politico-giuridici, potrebbero essere riscoperte di nuovo. E in tale direzione dovrebbero muoversi forti incentivi per imprese e attori del mercato del lavoro.

Quanto realistico è che i problemi demografici delle società capitaliste contemporanee possano dar vita a un nuovo contro-movimento contro la mercificazione, causando l'abbandono dell'attuale discorso sulla flessibilità e il ritorno ad un discorso sui diritti? La risposta è lontana dall'essere chiara. Nessuno sapeva meglio di Marx che la mobilitazione politica richiedeva una mobilitazione di aspirazioni – una consapevolezza collettiva crescente rivoluzionaria e riformista, o una moralizzazione che ponesse fine alla caduta di costumi che si manifesta ad ogni conquista sociale di gruppo ⁽¹⁵⁾.

Il cambiamento istituzionale, va detto, dovrebbe essere preceduto da quello culturale, che dovrebbe essere realizzato contro l'essenza della concorrenza e al posto delle attrazioni del consumismo competitivo. È difficile prevedere quanto un movimento politico, quale esso sia, possa prevalere contro forze così forti e radicate come queste.

In secondo luogo, dall'altro lato della trattativa – quello dei datori di lavoro – la domanda sarebbe se le molteplici possibilità che le imprese capitaliste hanno a disposizione in un'economia globale per uscire dai vecchi Paesi capitalisti non hanno invalidato nelle sue fondamenta l'idea marxista degli interessi collettivi di lungo termine per i quali i successi capitalisti devono essere disposti a pagare il prezzo della sconfitta politica. Oggi, se i lavoratori dei Paesi chiave del capitalismo avanzano troppe pretese, o sono troppo pochi, o troppo vecchi, i capitalisti possono, da subito, esternalizzare il problema impacchettandoli e muovendosi verso una nuova e migliore classe di operai ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Per esempio, un'importante parte delle politiche riformiste del XIX secolo era convincere i genitori che non era un loro diritto mandare un bambino di 8 anni a lavorare in fabbrica.

⁽¹⁶⁾ Parafasando un famoso poema di Bertolt Brecht, potrebbero annunciare ai propri lavoratori che «hanno gettato via la fiducia» dei loro datori di lavoro «e potrebbero tornare a vincere raddoppiando gli sforzi». Ma mentre era palesemente irrealistico per il governo della Germania dell'Est dopo che i lavoratori si erano levati nel 1953 per seguire il consiglio sovversivo di Brecht e considerare se «non sarebbe stato più facile [...] dissolvere le persone ed eleggere qualcun altro?», i capitalisti, oggi, possono fare e stanno facendo esattamente questo.

Come sottolineato in precedenza, l'offerta di lavoratori in un'economia globale, tranne che nell'Inghilterra di metà diciannovesimo secolo, è fondamentalmente illimitata. Questo non per dire che non possono esserci scarsità in segmenti molto settoriali del mercato del lavoro, e infatti non c'è dubbio che qualche gruppo di lavoratori altamente specializzato nei vecchi Paesi industrializzati non sia facile da ricollocare per un certo lasso di tempo. In questo caso, le imprese non hanno, chiaramente, l'opportunità di fuggire, e potrebbero al contrario dover acconsentire a qualsiasi richiesta dei lavoratori circa i salari e le condizioni di lavoro, compresi determinati benefici quali i congedi parentali. Il punto è, tuttavia, che laddove c'è una dipendenza economica di tale tipo, gli accordi contrattuali privati avranno lo scopo di mantenere i lavoratori completamente soddisfatti, fornendo un pacchetto di condizioni non troppo più costoso di quello che potrebbe fornire un concorrente. L'intervento pubblico non sarà richiesto e i problemi collettivi non dovranno essere risolti come si farebbe per quelli individuali.

7. Mezzo secolo fa era la *mission* stessa degli studi nelle relazioni industriali e del mondo del lavoro nel suo complesso ad insegnare al capitalismo come rispettare e implementare una sfera crescente di diritti sociali, come condizione di stabilità sociale e supporto politico per la democrazia.

Negli anni Ottanta il compromesso fordista si sfaldò e la bilancia del potere su cui poggiava si allontanò dai lavoratori e dalle loro organizzazioni. In seguito, le istituzioni protettive che erano cresciute durante l'economia del dopo-guerra, iniziarono ad essere viste come impedimenti per la creazione di ricchezza e al progresso sociale in generale. Aumentarono le pressioni per adattare la vita sociale alle richieste di mercati sempre più volatili, piuttosto che il contrario. Quando i diritti sociali si affievolirono e diventarono insufficienti per un incremento dei mercati competitivi, l'idea che non dovevano essere creati per essere efficienti tendeva ad essere dimenticata. Assieme al cambiamento economico, i valori culturali e gli stili di vita cambiarono per accomodare livelli senza precedenti di incertezza e una diffusa ricostruzione delle istituzioni post-belliche nello spirito dell'efficienza economica.

Mentre ci sono ancora ragioni per credere che nessuna società può esistere sotto i dettami di mercati che si autoregolano, nessuno sa con certezza, oggi, da dove devono arrivare le aspirazioni culturali e il potere politico che dovranno essere mobilitati se la vita sociale deve essere effettivamente protetta da ulteriori codificazioni.

Forse il cambiamento delle strutture demografiche delle vecchie società industriali forniscono un punto di Archimede dal quale riorganizzare le relazioni industriali e le politiche sociali, al di fuori dai dettami di efficienza e verso un ritorno a politiche dei diritti. In ogni caso, discipline come le relazioni industriali fanno bene a mantenere i loro strumenti concettuali in buone condizioni, così da poter riconoscere un movimento contro la mercificazione del lavoro e una razionale-egoistica massimizzazione dell'utilità quando ne intravedono una possibilità.

Le relazioni industriali oggi – Riassunto. *Il saggio analizza la produzione scientifica sulle tematiche del lavoro dopo il 1945, dalla sua iniziale enfasi sui diritti di cittadinanza industriali e sociali fino ai temi più recenti della flessibilità e della flexicurity. Ripercorre la dissoluzione del “compromesso fordista” degli anni Settanta e la seguente graduale espansione del mercato come meccanismo dominante per l’allocazione delle opportunità di vita e per la governance della società. Il ricorso e l’espansione del mercato hanno incontrato, sorprendentemente, poca resistenza, tanto nella vita reale, quanto nella formalizzazione di un corposo apparato concettuale di produzione scientifica. Le liberalizzazioni si sono susseguite e continuano a procedere senza riguardo alcuno verso le conseguenti inefficienze, sulla base di un accordo post-bellico completamente inimmaginabile e davvero inaccettabile. Il saggio si chiude con una riflessione su cosa accadrebbe se le forze innescassero un movimento di opposizione polanyiano contro il progresso di un capitalismo sociale e delle relazioni economiche. In particolare, si discute se il cambio demografico, in termini di declino del tasso di nascite e di incremento dell’aspettativa di vita, possa portare una nuova ondata di politica sociale di contenimento nei confronti del mercato.*

Industrial Relations Today: Reining in Flexibility (Article in English) – Summary. *The paper surveys the trajectory of scholarly work on labor after 1945, from its initial emphasis on rights of industrial and social citizenship to its present preoccupation with “flexibility” and “flexicurity”. It recalls the dissolution of the “Fordist” compromise in the 1970s and the subsequent gradual expansion of markets as the dominant mechanism for the allocation of life chances and the governance of society. Marketization encountered surprisingly little resistance, in real life as in the evolving conceptual apparatus of scholarly work. Liberalization proceeded and continues to proceed regardless of the social dislocations it causes, on a scale wholly unimaginable and indeed unacceptable under the postwar settlement. The paper ends with speculation on what if at all might be the forces today that could trigger a Polanyian counter-movement to the progress of capitalist social and economic relations. In particular it discusses whether demographic change, in terms of both a declining birth rate and increasing life expectancy, might bring about a new wave of market-containing social policy.*

Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale

Bruce E. Kaufman

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Legge ed economia neoclassica. – **3.** Modelli e ipotesi. – **4.** Applicazione al diritto del lavoro. – **5.** Il fallimento del mercato. – **6.** Le argomentazioni volte a controbilanciare la tesi del fallimento del mercato. – **7.** Legge ed economia istituzionale. – **8.** Persone, idee e contesto storico. – **9.** Presupposti chiave della IL&E. – **10.** Critica del modello concorrenziale. – **11.** Ineguaglianza del potere contrattuale nel lavoro. – **12.** Disoccupazione involontaria e concorrenza distruttiva. – **13.** Efficienza e crescita. – **14.** Esternalità e costi sociali del lavoro. – **15.** Conclusione.

1. La disciplina giuridica del rapporto di lavoro si è sviluppata nei Paesi industrializzati nel corso del XX secolo. Nei Paesi anglosassoni, per tutto l'Ottocento i rapporti giuridici tra datore di lavoro e lavoratore erano regolati esclusivamente dalla *common law* sulla base della *doctrine of master and servant* ⁽¹⁾. I diritti e le tutele garantite da tale istituto erano pochi a fronte di una regolazione legale alquanto limitata in Europa, Asia, Australia e sostanzialmente assente negli Stati Uniti ⁽²⁾. Nella prassi le relazioni di lavoro erano considerate alla stregua di ogni altra relazione di carattere commerciale e sottoposte al diritto generale dei contratti ⁽³⁾. Non sorprende quindi che il diritto del lavoro non si configurasse, in tale periodo storico, come un'autonoma disciplina giuridica ⁽⁴⁾.

In un secolo quanti cambiamenti sono avvenuti. Un impressionante *corpus* normativo è oggi deputato a governare, con la creazione anche di soggetti istituzionali a ciò deputati, tutti i profili del diritto del lavoro. Emblematico di questo passaggio è il caso degli Stati Uniti, privi persino, fino al 1938, di una disciplina le-

* Professore di Economia, Georgia State University. Traduzione dall'inglese a cura della redazione.

⁽¹⁾ Cfr. M. LINDER, *The Employment Relationship in Anglo-American Law: An Historical Perspective*, Greenwood, New York, 1989, e S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, Oxford University Press, New York, 2005.

⁽²⁾ D. RODGERS, *Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Era*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

⁽³⁾ R. EPSTEIN, *A Common Law for Labour Relations: A Critique of the New Deal Labour Legislation*, in *Yale Law Journal*, 1983, vol. 92, fasc. 8, 1357-1408.

⁽⁴⁾ Vedi H. ARTHURS, *National Traditions in Labour Law Scholarship: The Canadian Case*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2002, vol. 23, fasc. 3, 645-78; R. BIRK, *Labour Law Scholarship in France, Germany and Italy: Some Remarks on a Difficult Question*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2002, vol. 23, fasc. 3, 679-700, e P. DAVIES, M. FREEDLAND, *National Styles in Labour Law Scholarship: The United Kingdom*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2002, vol. 23, fasc. 3, 765-88.

gale del lavoro minorile e che sessant'anni dopo vedono il proprio ordinamento caratterizzarsi, secondo la autorevole Commissione Dunlop, per «una esplosione dell'ampiezza e della rilevanza della regolazione legale delle relazioni di lavoro», che comprende 26 leggi fondamentali, un provvedimento del Governo federale (*executive order*) e migliaia di norme attuative e di dettaglio ⁽⁵⁾.

Le norme sul lavoro sono aumentate rapidamente anche in altri Paesi. In molte Nazioni dell'Unione europea e dell'America Latina superano addirittura le norme negli Stati Uniti ⁽⁶⁾. Parallelamente anche il diritto del lavoro si è configurato, negli anni, come una autonoma disciplina giuridica, tanto in sede accademica, quanto nella pratica legale.

Oggi negli Stati Uniti quasi 30.000 avvocati sono specializzati in diritto del lavoro ⁽⁷⁾; l'elaborazione giurisprudenziale su questa materia è estremamente ampia e approfondita ⁽⁸⁾; vi è un gran numero di prestigiose riviste e pubblicazioni giuridiche specializzate.

Un secolo fa numerosi studiosi di economia e di legge, che rappresentavano negli Stati Uniti ciò che Hovenkamp ⁽⁹⁾ chiama il “*first great law and economics movement*”, il primo grande movimento di diritto ed economia, dichiararono che la nazione avrebbe dovuto beneficiare di un più vasto dispositivo di legge sul rapporto di lavoro. Essi portarono inoltre le loro convinzioni sulla scena mondiale e gettarono le fondamenta per la creazione di un regime più esteso del diritto internazionale del lavoro, come avvenne quando, nel 1919, fu creata l'International Labour Organization (ILO) ⁽¹⁰⁾. Tali sostenitori delle norme sul lavoro, associati al Movimento Progressista e guidati dalle scuole del realismo istituzionale economico e giuridico, affrontarono un'opposizione intellettuale e giuridica radicata ed ostacoli politici, ma alla fine, a partire dal New Deal negli anni Trenta, riuscirono ad imporsi proseguendo nel proprio attivismo politico fino agli anni Ottanta. Questo movimento economico e giuridico ha fatto in modo che le norme sui rapporti di lavoro rispondessero all'interesse pubblico, caratteristica che continua ad alimentare larga parte del nucleo etico e teorico di quello che convenzionalmente viene indicato come l'approccio “tradizionale” al diritto del lavoro e della occupazione.

Questo approccio è associato a nomi ben noti nel campo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali negli Stati Uniti e all'estero del secondo dopoguerra. Tra i primi vi sono Benjamin Aaron, Marco Biagi, Archibald Cox, John Dunlop, Paul Durand, Otto Kahn-Freund e Clyde Summers; attualmente si annoverano

⁽⁵⁾ COMMISSION ON THE FUTURE OF WORKER-MANAGEMENT RELATIONS, *Fact-Finding Report*, Washington: US Department of Labour and US Department of Commerce, 2004, 125.

⁽⁶⁾ R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 6th ed., Kluwer Law International, Boston, 1999, e M. COOK, *The Politics of Labour Reform in Latin America*, Penn State Press, College Station, 2006.

⁽⁷⁾ Cfr. www.martindale.com.

⁽⁸⁾ C. SUMMERS, K. DAU-SCHMIDT, A. HYDE, *Legal Rights and Interests in the Workplace*, Carolina Academic Press, Durham, 2007.

⁽⁹⁾ H. HOVENKAMP, *The First Great Law and Economics Movement*, in *Stanford Law Review*, April 1990, fasc. 42, 993-1058.

⁽¹⁰⁾ N. VALTICOS, *Fifty Years of Standard Setting Activities by the International Labour Organization*, reprinted in *International Labour Review*, 1969, vol. 135, fasc. 2, 393-413, e B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, International Labour Organization, Geneva, 2004.

Harry Arthurs, Janice Bellace, Roger Blanpain, Samuel Estreicher, Matthew Finkin, Bob Hepple, Paul Weiler e Manfred Weiss. Nell'era moderna i sostenitori del *first great law and economics movement* hanno anche molti punti in comune con il nuovo programma di diritto ed economia comportamentale ⁽¹¹⁾, così come gli studi giuridici, tra cui a titolo esemplificativo quelli condotti da Katherine V. Stone.

A partire dai primi anni Ottanta il pendolo sembra avere notevolmente oscillato in direzione diversa e per lo più opposta su entrambi i lati dell'Atlantico, sebbene con una maggiore ricettività e applicazione nelle economie anglosassoni ⁽¹²⁾. Negli ultimi trent'anni un gruppo sempre maggiore e influente di economisti e di studiosi di legge, associati solitamente a ciò che Hovenkamp chiama il "*second great law and economics movement*", il secondo grande movimento di diritto ed economia, ha elaborato un'argomentazione convincente per una sostanziale *deregulation*, fino al punto di tornare al regime di *common law* di un secolo fa ⁽¹³⁾. Il nucleo di questo gruppo di studiosi è statunitense e trae ispirazione dalla scuola neoclassica di economia, in particolar modo dalla Scuola di Chicago, resa famosa da Becker, Friedman e Stigler ⁽¹⁴⁾. I nomi più conosciuti e influenti comprendono Robert Bork, Ronald Coase, Richard Epstein, Daniel Fischel, Edmund Kitch, William Landes e Richard Posner. Anche un altro movimento intellettuale collegato, chiamato spesso *New Institutional Economics* (NIE), nuova economia istituzionale, ha completato in maniera rilevante la versione giuridica ed economica della Scuola di Chicago, come illustrato dal lavoro di studiosi come Harold Demsetz, Michael Wachter e Oliver Williamson ⁽¹⁵⁾. Nel mondo della politica, abbiamo la prova di questa inversione di tendenza nella crescita dell'influenza del neoliberalismo e nella crescente pressione sui governi da parte della globalizzazione e di altre forze, per indebolire i rispettivi regimi regolatori al fine di promuovere una maggiore competitività economica, flessibilità del mercato del lavoro e crescita dell'occupazione ⁽¹⁶⁾. Non deve sorprendere che il settore del diritto del lavoro e dell'occupazione abbia perso considerevolmente lustro e che oggi nelle riviste di legge si leggano articoli sulla "morte del diritto del lavoro" ⁽¹⁷⁾.

⁽¹¹⁾ C. SUNSTEIN, *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, New York, 2000.

⁽¹²⁾ Cfr. M. BERNSTEIN, *A Perilous Progress: Economists and Public Purpose in Twentieth-Century America*, Princeton University Press, Princeton, 2001, e D. YERGIN, J. STANISLAV, *Commanding Heights: The Battle for Control of the World Economy*, Free Press, New York, 2002.

⁽¹³⁾ Per es. R. EPSTEIN, *In Defense of the Contract at Will*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, vol. 51, fasc. 4, 947-82.

⁽¹⁴⁾ Cfr., J. VAN OVERTVELDT, *The Chicago School*, Agate, Chicago, 2007, e B. KAUFMAN, *Chicago and the Development of Twentieth Century Labour Economics*, in R. EMMETT (ed.), *The Elgar Companion to the Chicago School of Economics*, Edgar Elgar, Aldershot, VT, 2008.

⁽¹⁵⁾ G. DOW, *The New Institutional Economics and Employment Regulation*, in B. KAUFMAN (ed.), *Government Regulation of the Employment Relationship*, Industrial Relations Research Association, Madison, 1997, 57-90; E. FURUBOTN, R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997.

⁽¹⁶⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, cit.; M. PRASAD, *The Politics of Free Markets*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

⁽¹⁷⁾ Per esempio B. HEPPLER, *The Future of Labour Law*, in *Comparative Labour Law & Policy Review*, 1996, vol. 17, fasc. 4, 626-47; C. ESTLUND, *The Death of Labour Law?*, in *Annual Review of Law & Social Science*, 2006, fasc. 2, 105-23.

Il resto del saggio è dedicato ad una dettagliata esplorazione dei pro, dei contro e delle conseguenze dei numerosi e differenti tipi di norme moderne sul lavoro e l'occupazione. Gran parte di questa analisi, sia nei suoi aspetti positivi che normativi, si basa, o richiama le discussioni teoriche e i punti di vista contenuti nei due *law and economics* (L&E) *movements* nati negli Stati Uniti nel XX secolo. Sembra dunque utile fornire un'esposizione e un riesame di queste due scuole di analisi contrapposte, con l'idea che ciò costituisce una base e un punto di riferimento comune non solo per la discussione in questo saggio ma anche come risorsa per la comunità globale di studiosi del diritto del lavoro. A livello di interesse generale, non sono informato se un simile studio comparato dei due L&E *movements* sia stato fatto in passato; ad un livello significativo, senza dubbio, le due correnti di pensiero sono come le proverbiali navi che passano di notte⁽¹⁸⁾, persino negli Stati Uniti, senza parlare degli altri Paesi.

Il moderno L&E *movement* viene esaminato nella prima parte del saggio; la seconda parte descrive il L&E *movement* originale. La discussione attinge prevalentemente ad un contesto e ad una letteratura giuridici nordamericani, sebbene sia stato compiuto uno sforzo per inserire in maniera selettiva importanti contributi e punti di vista europei. La mia rappresentazione di ciascun modello è necessariamente una generalizzazione stilizzata; l'obiettivo che mi prefiggo è che queste generalizzazioni colgano adeguatamente le peculiarità e le idee chiave di entrambi i L&E *movements*. Infine, per facilitare l'esposizione, utilizzerò le espressioni *labor law* e *employment law* come equivalenti, definite entrambe in senso generico e ampio per coprire tutta la *common law*, la legislazione e le norme regolatorie che riguardano gli aspetti individuali o collettivi del lavoro. Negli Stati Uniti, la parte individuale e la parte collettiva della regolazione del lavoro sono spesso considerate separatamente, distinguendo rispettivamente tra *labor law* e *employment law*; in questa sede tuttavia le due espressioni saranno utilizzate simultaneamente.

2. La maggior parte degli economisti e degli studiosi di legge parlano del *law and economics movement* al singolare, con l'idea che ce ne sia solo uno⁽¹⁹⁾. Questo *law and economics movement* è associato in primo luogo a vari economisti e studiosi di diritto di Chicago, come quelli menzionati sopra, ed è basato sulla microeconomia neoclassica tradizionale. Poiché la base teorica del secondo L&E *movement* è la *neoclassical economics* (NE), economia neoclassica, d'ora in poi mi riferirò ad esso come *neoclassical law and economics* (NL&E). La NL&E è parte di un progetto più ampio di "imperialismo economico" in cui la tradizionale teoria dei prezzi è estesa ed applicata per spiegare e valutare le varie istituzioni non afferenti al mercato del lavoro e i comportamenti, come la famiglia, la fertilità, la criminalità e la tossicodipendenza⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ *N.d.t.*: si tratta di un tipico proverbio inglese che indica qualcuno o qualcosa che si conosce per un periodo breve ma intenso.

⁽¹⁹⁾ Per esempio T. MICHELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, 2004, II ed.

⁽²⁰⁾ T. MICHELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, 2004, 2nd ed., e J. VAN OVERTVELDT, *op. cit.*

L'analisi positiva e normativa del diritto è una delle maggiori e più influenti applicazioni dell'imperialismo economico. Il progetto moderno di legge ed economia ha sue radici nell'Università di Chicago negli anni Quaranta, attraverso il lavoro di Henry Simons e Aaron Director, ma non fiorì e non decollò come movimento ufficiale fino agli anni Settanta. La NL&E è oggi ampiamente rappresentata nei settori economici e nelle facoltà di giurisprudenza, ma la direzione del commercio intellettuale – in accordo con il tema dell'imperialismo economico – rimane pesantemente a senso unico; ovvero dall'economia al diritto. L'attenzione al diritto del lavoro e dell'occupazione, all'inizio, fu lenta nel diffondersi tra gli studiosi della NL&E ⁽²¹⁾, ma negli ultimi vent'anni la letteratura si è estesa notevolmente ⁽²²⁾.

3. Le risposte che la NL&E fornisce sulle questioni relative al diritto del lavoro prendono forma dal modo in cui essa imposta il problema economico, i metodi, le teorie e i modelli che usa, le ipotesi positive e normative che sono alla base di questi modelli e teorie. Eccone una descrizione sommaria ⁽²³⁾.

Distribuzione efficiente di risorse scarse. La NE fa della distribuzione efficiente di risorse scarse il problema economico centrale ⁽²⁴⁾. L'idea è quella che le risorse naturali, il capitale e la manodopera sono scarsi, a fronte dei bisogni quasi illimitati delle persone, di conseguenza le economie devono distribuire e usare le loro risorse nella maniera più *efficiente*. Una distribuzione efficiente (o Pareto ottimale) delle risorse è realizzata quando non è possibile ridistribuire queste risorse per rendere una persona più ricca senza rendere allo stesso tempo qualcun altro più povero. Una distribuzione efficiente pone l'economia al limite della sua possibilità produttiva dove produce la quantità massima possibile di beni e servizi, un risultato che ha portato una parte della letteratura NL&E a tradurre l'obiettivo dell'efficienza nella "massimizzazione della ricchezza" ⁽²⁵⁾. I pro e i contro delle norme sull'occupazione, a loro volta, sono ampiamente valutati in termini dei loro effetti sull'efficienza – le leggi che promuovono l'efficienza (portando al limite della possibilità produttiva) sono viste positivamente e quelle che impediscono l'efficienza sono viste in termini negativi.

L'efficienza è definita in termini di interessi del consumatore. Questo secondo punto di solito rimane implicito, ma bisogna evidenziare quanto segue. Efficienza

⁽²¹⁾ T. CAMPBELL, *Labour Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1986, vol. 38, fasc. 4, 991-1064.

⁽²²⁾ Vedi S. SCHWAB, *The Law and Economics Approach to Workplace Regulation*, in B. KAUFMAN (ed.), *op. cit.*, e J. DONOHUE III, *Economics of Labour and Employment Law*, vol. 1 & 2, Edward Elgar, Northampton, MA, 2007.

⁽²³⁾ Vedi i contributi di H. COLLINS pubblicati nel 2001, tra cui *Regulating the employment relation for competitiveness*, in *Industrial Law Journal*, 30, 1, 17-48, e *Justifying European employment law*, in S. GRÜNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (a cura di), *Party autonomy and the role of information in the internal market*, Walter de Gruyter, New York, USA, 205-224; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *Labour Law and Economic Theory: A Reappraisal*, in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relationship*, Kluwer Law International, London, 2000, 29-62; S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, cit.; T. MICELI, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford, 2004, II ed., e R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, Austin, 2007, 7th ed.

⁽²⁴⁾ S. SCHWAB, *op. cit.*

⁽²⁵⁾ R. POSNER, *op. cit.*

significa produzione e distribuzione di beni e servizi per massimizzare lo stato di benessere dei soggetti economici; prima che questo concetto possa essere tradotto operativamente, tuttavia, i teorici devono stabilire quali siano i soggetti economici. In teoria un soggetto economico è chiunque partecipi all'economia. Ai fini dell'analisi delle politiche e del benessere, comunque, la prassi pressoché costante della economia neoclassica è presumere che le funzioni di utilità delle società stiano cercando di massimizzare ciò che appartiene ai consumatori, vale a dire gli utenti finali di beni e servizi.

L'efficienza dei mercati concorrenziali. Se l'obiettivo finale è la produzione efficiente e la massimizzazione del benessere, qual è dunque il miglior tipo di economia per raggiungerlo?

La teoria neoclassica sostiene di dimostrare che la forma più efficiente di organizzazione economica è il libero mercato ("Walrasiano"), in cui tutti i beni e i servizi circolano su mercati perfettamente concorrenziali. Questo principio è ufficialmente rappresentato dal *First Fundamental Welfare theorem*, primo teorema fondamentale del benessere della NE, chiamato anche teorema della "Invisible Hand", teorema della "mano invisibile" ⁽²⁶⁾. Secondo il teorema della mano invisibile il funzionamento della domanda e dell'offerta in mercati concorrenziali, attraverso le forze dell'interesse personale e della concorrenza, automaticamente e senza una guida centrale («come per mezzo di una mano invisibile»), porterà l'economia al limite della possibilità produttiva. Il corollario noto come il teorema di Say afferma che il funzionamento della domanda e dell'offerta e la flessibilità dei prezzi nell'economia competitiva del libero mercato sposteranno automaticamente l'economia verso un punto di piena utilizzazione delle risorse e, in particolare, di piena occupazione del lavoro ⁽²⁷⁾. Così i mercati del lavoro concorrenziali portano a due condizioni finali altamente desiderabili: *la distribuzione efficiente e la piena utilizzazione del lavoro*. Queste due condizioni finali comportano altri due effetti spesso citati nella recente letteratura NL&E e ritenuti di grande valore: i mercati concorrenziali in primo luogo permettono una grande *flessibilità e adattabilità* delle risorse del lavoro in risposta al cambiamento delle condizioni economiche; in secondo luogo *minimizzano i costi e massimizzano la produttività* del lavoro. Il diritto è determinante per il raggiungimento di ciascuno di questi obiettivi, poiché il modello perfettamente competitivo dipende dai diritti di proprietà pienamente specificati, protetti e commerciabili, e dal supporto fornito dal complesso costituito dal diritto contrattuale e sull'illecito pienamente specificato e attuato.

Imparzialità, giustizia e redistribuzione. Secondo la visione neoclassica l'economia è una scienza concreta che può teorizzare in maniera significativa e dare indicazioni sull'efficienza, intesa come qualità oggettiva, dotata di un significato e una misura ben definiti. L'imparzialità e la giustizia sono d'altra parte considerate come concetti interamente soggettivi e etici/metafisici (come la bellezza e il fascino) che mancano di una base sostanziale e di un'unità di misura comune. L'economia neoclassica, perciò, non comprende l'imparzialità e la giu-

⁽²⁶⁾ T. MICHELI, *op. cit.*, 30.

⁽²⁷⁾ S. KATES, *Say's Law and the Keynesian Revolution*, Elgar, Northampton, 1998.

stizia nel *corpus* standard della teoria microeconomica, né la NL&E assegna loro un ruolo esplicito nella valutazione dei pro e dei contro del diritto e delle norme. Sarebbe tuttavia scorretto dire che la NE e la NL&E ignorino l'imparzialità e la giustizia o non ne parlino affatto. In effetti, la NE e la NL&E hanno quattro implicazioni o previsioni sull'imparzialità. La prima è che nella rappresentazione canonica "walrasiana" della NE il raggiungimento dell'efficienza nella produzione e negli scambi è indipendente dall'imparzialità nella distribuzione. Questa proprietà è stabilita nel *Second Fundamental Welfare Theorem*, secondo teorema fondamentale del benessere, che afferma che nel sistema di un mercato concorrenziale è possibile raggiungere un risultato efficiente senza badare alla distribuzione iniziale delle dotazioni⁽²⁸⁾. La seconda è che, se il livello di efficienza che ne consegue, al limite della possibilità produttiva, non comporta una redistribuzione secondo i desideri della società dei beni e dei guadagni, la soluzione che massimizza il benessere è la redistribuzione delle assegnazioni iniziali tramite le cessioni di somme forfetarie piuttosto che con un'interferenza o regolazione del mercato stesso o con una redistribuzione di beni e guadagni da fare in un periodo successivo. La terza è che i tentativi per raggiungere l'imparzialità o la redistribuzione, attraverso mezzi legali o regolatori che disturbano o mettono a freno il processo del mercato concorrenziale, portano ad una perdita dell'efficienza, implicando così l'esistenza di un *trade-off* efficienza/imparzialità. La quarta ed ultima è che, per certe interpretazioni, il sistema di un mercato concorrenziale porta in realtà ad una duplice vittoria: un tale sistema non solo massimizza l'efficienza, ma porta anche a risultati che sono onesti ed equi. Posner⁽²⁹⁾, per esempio, sostiene che è immorale e ingiusto perdere risorse in un mondo di grande povertà, perciò raggiungere l'efficienza significa allo stesso tempo raggiungere un bene morale. In merito ai mercati del lavoro, una linea di pensiero che si rifà a J.B. Clark⁽³⁰⁾, l'ideatore principale della teoria della produttività marginale, è che i mercati concorrenziali del lavoro portano a redditi salariali onesti ed equi poiché i lavoratori sono pagati (al margine) per il loro contributo al valore della produzione, chiamato da Budd⁽³¹⁾ *marginal productivity justice*.

Libertà, iniziativa e responsabilità personale. Un altro vantaggio del sistema del mercato concorrenziale, secondo i sostenitori della NE, è che socialmente promuove i risultati e i comportamenti desiderati. Tra questi i principali sono la massima autonomia, la libertà e l'iniziativa personale nella sfera economica della vita, forti incentivi che incoraggiano l'iniziativa personale alla scoperta di nuovi e migliorati metodi della produzione del benessere e l'assunzione di responsabilità per le scelte economiche e per il successo nella vita di ciascuno⁽³²⁾. In questo senso la NE e la NL&E hanno una forte predisposizione normativa a favore dell'individualismo⁽³³⁾. Una parte dell'individualismo consiste nel dare alle per-

⁽²⁸⁾ T. MICELI, *op. cit.*

⁽²⁹⁾ R. POSNER, *op. cit.*

⁽³⁰⁾ J.B. CLARK, *The Distribution of Wealth*, Macmillan, New York, 1899

⁽³¹⁾ J. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity and Voice*, Cornell University Press, Ithaca, 2004.

⁽³²⁾ R. EPSTEIN, J. PAUL, *Labour Law and the Employment Market*, Transaction Press, New Brunswick, 1985.

⁽³³⁾ M. FRIEDMAN, R. FRIEDMAN, *Free to Choose: A Personal Statement*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1980.

sone quanto più spazio possibile per la scelta, libere da costrizioni e coercizioni. Il sistema di un mercato concorrenziale è ideale perché decentralizza il potere economico, promuove e protegge i diritti, gli usi e la disposizione della proprietà privata. E fornisce alle persone numerose alternative riguardo alle decisioni fondamentali della vita quali dove abitare, come guadagnarsi da vivere e cosa fare con il proprio tempo e denaro. In questo senso un importante principio da promuovere, dal punto di vista della NL&E, è la *libertà di contratto* ⁽³⁴⁾.

La libertà di contratto promuove due importanti obiettivi: in primo luogo, favorendo il commercio e proteggendone i guadagni, permette un uso più proficuo di risorse scarse; in secondo luogo, si presume che la stipulazione volontaria del contratto migliori il benessere di entrambe le parti, poiché, altrimenti, una o entrambe non sarebbero d'accordo sui termini del contratto. Quest'ultima proposta rappresenta un forte argomento contro le norme di mercato restrittive poiché, ad un primo sguardo, sembrano bloccare un commercio che incrementi il benessere ⁽³⁵⁾.

4. Avendo delineato la base teorica della NL&E, è ora possibile usarla come strumento per esaminare i pro e i contro dei diversi tipi di norme sul lavoro e l'occupazione. A partire dai *contro*, ai quali nella NL&E è data una maggiore importanza ⁽³⁶⁾, verranno prese in considerazione due ampie categorie di norme sul lavoro e l'occupazione. Per identificarle, mi riferirò alla prima come *norme del mercato del lavoro* e alla seconda come *provvedimenti di lavoro*. Sebbene in pratica le due si sovrappongano, in teoria sono distinte.

Le norme sul mercato del lavoro tengono a freno o soppiantano in maniera indiretta il funzionamento della domanda e dell'offerta e il ruolo coordinante dei salari flessibili, intervenendo invece direttamente sui termini di negoziazione del contratto di lavoro. Ne sono un esempio le leggi sul salario minimo, per incoraggiare la contrattazione collettiva come mezzo per aumentare lo stipendio dei lavoratori, le leggi che disciplinano il lavoro minorile o le leggi per la parità di trattamento in termini retributivi tra uomini e donne.

I provvedimenti di lavoro prevedono che i datori di lavoro (o terzi) forniscano o modifichino un particolare termine o una condizione di lavoro, sia attraverso la disposizione diretta del datore di lavoro sia attraverso la disposizione indiretta (per esempio attraverso il governo o il sindacato), finanziata dalle tasse e dai contributi. Essi possono modificare una o entrambe le curve della domanda e della offerta e, sebbene indirettamente, influire sui termini del contratto di lavoro, ma il mercato del lavoro e il ruolo coordinante dei salari flessibili sono ancora liberi di produrre un risultato di equilibrio. Alcuni esempi sono: l'indennità di disoccupazione, la maternità retribuita, l'avviso anticipato della chiusura dell'impianto e le pari opportunità nell'assegnazione del lavoro e delle promozioni.

Norme sul mercato del lavoro. Due tipologie classiche di norme sul mercato del lavoro sono la legge sul salario minimo e la contrattazione collettiva attraverso i

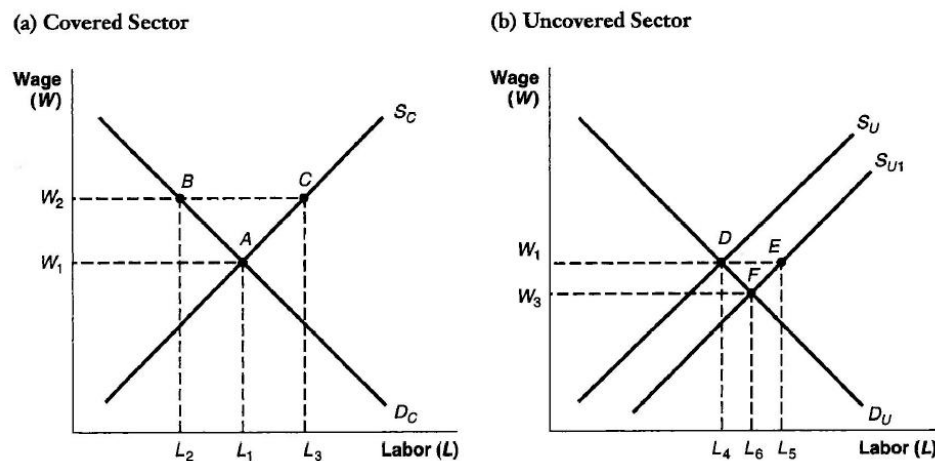
⁽³⁴⁾ M. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.

⁽³⁵⁾ R. POSNER, *Some Economics of Labour Law*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, vol. 51, fasc. 4, 988-1011.

⁽³⁶⁾ M. TREBILCOCK, *op. cit.*

sindacati. Quest'ultima regola si impone al mercato non attraverso una legge *in sé*, ma tramite l'istituzione di un sindacato che la legge incoraggia e protegge. La valutazione standard della NL&E delle leggi sul salario minimo e i sindacati è illustrata nel grafico 1, quadri (a) e (b). I quadri (a) e (b) rappresentano due mercati del lavoro concorrenziali, strettamente collegati per lo stesso settore di lavoro⁽³⁷⁾. In assenza di ostacoli, la domanda e l'offerta producono lo stesso equilibrio salariale di W_1 in entrambi i mercati. Questo salario possiede tutti gli attributi di efficienza e imparzialità di cui si è discusso prima. Nel quadro (a) adesso introduciamo una legge sul salario minimo o usiamo la legge per facilitare la formazione di un sindacato, mentre non applichiamo nessuna delle due al quadro (b). Il quadro (a) è chiamato *covered sector* (settore coperto), il quadro (b) *uncovered sector* (settore scoperto) (senza legge sul salario minimo e senza sindacato). Analiticamente, l'effetto del sindacato o della legge sul salario minimo è identico sui due mercati del lavoro, almeno come prima approssimazione.

Grafico 1 – Prospettiva NL&E: effetti economici delle norme del mercato del lavoro.



Nel caso di un salario minimo, la legge introduce sul mercato del lavoro un prezzo minimo; nel caso di una contrattazione collettiva viene introdotto un cartello simile ad un monopolio. Entrambe le azioni portano ad una crescita del salario al di sopra del livello del mercato del lavoro, come da W_1 a W_2 nel quadro (a). È previsto, tuttavia, un certo numero di effetti contrari.

Primo, il salario più alto porta i datori di lavoro a ridurre il livello di occupazione da L_1 a L_2 (dal punto A al punto B), che implica la perdita del lavoro per un certo numero (L_1-L_2) di lavoratori.

Secondo, l'aumento del salario porta nel mercato del lavoro coperto un numero maggiore di persone che vogliono lavorare, come illustrato dalla crescita nella

⁽³⁷⁾ J. MINCER, *Unemployment Effects of Minimum Wage Changes*, in *Journal of Political Economy*, August 1976, fasc. 84, S87-S104, e B. KAUFMAN, *What Unions Do: Insights from Economic Theory*, in J. BENNETT, B. KAUFMAN (eds.), *What Do Unions Do?: A Twenty Year Perspective*, Transaction Press, New Brunswick, 2007, 12-45.

quantità di lavoro prodotta da L_1 a L_3 (dal punto A al punto C). Ma poiché ora i posti disponibili sono solo L_1 , il settore coperto ha uno squilibrio e una disoccupazione involontaria di L_3-L_1 (dal punto C al punto B).

Terzo, sebbene ciò non rappresentato direttamente nel diagramma, la teoria prevede che le industrie del settore coperto rispondano all'aumento del salario in diversi altri modi che sono dannosi dal punto di vista economico. Vale a dire, le aziende soffrono margini di guadagno ridotti e in alcuni casi falliscono; esse reagiscono "sovrautilizzando" il capitale nel tentativo di mantenere basso il costo della manodopera, sostituendo il capitale per una manodopera adesso (artificialmente) più costosa. Esse cercano di riversare sui consumatori parte del costo del salario più alto sotto forma di prezzi più alti (oppure orari ridotti, tempi di attesa più lunghi, qualità più bassa, ecc.); sostituiscono i lavoratori che realizzano una produttività più bassa (per esempio giovani senza esperienza, minoranze non specializzate) con lavoratori a produttività più alta (per esempio donne adulte con un passato lavorativo più stabile, maschi bianchi con una maggiore esperienza o formazione).

Quarto, un certo numero di lavoratori disoccupati (L_3-L_1) può essere eventualmente scoraggiato dalla mancanza di lavoro nel settore coperto e orientare la ricerca di un posto di lavoro verso il settore scoperto⁽³⁸⁾. Nel punto in cui questo accade, la curva dell'offerta di lavoro del pannello (b) tende a destra e l'equilibrio salariale cade a W_3 (dal punto D al punto F). Laddove prima tutti i lavoratori (presumibilmente di eguale produttività) hanno ricevuto salari uguali, adesso un gruppo percepisce il salario più alto W_1 , mentre un altro gruppo percepisce un salario più basso W_3 .

Quinto, anche se appare probabile che ci sia un guadagno netto, poiché alcuni lavoratori guadagnano e altri perdono, nel complesso sono i perdenti a dominare. Tra i soggetti che ne risentono in modo più evidente ci sono le industrie nel settore coperto, i consumatori di beni del settore coperto, i lavoratori disoccupati e licenziati e i lavoratori del settore scoperto che ora lavorano ad un salario più basso. Il maggiore vincitore è il gruppo di lavoratori del settore coperto che mantengono i loro posti e ora percepiscono paghe più alte. In effetti i primi gruppi sono stati "tassati" per ridistribuire i guadagni all'ultimo gruppo. Ma vi è un altro gruppo perdente ed è un gruppo molto vasto, che in realtà comprende tutti nel Paese. Vale a dire, tutti i gruppi perdono perché l'aumento artificiale dei salari porta ad una distribuzione generale iniqua di risorse e quindi genera inefficienza economica. Perciò l'accusa fondamentale della NL&E al salario minimo o al sindacato è che, interferendo con le forze del libero mercato, portano la società a muoversi entro il limite della possibilità produttiva, imponendo così una "perdita a peso morto" di benessere per tutti i membri della società⁽³⁹⁾. Tale risultato riduce il benessere, inoltre l'idea che il governo voglia deliberatamente favorire il monopolio e il protezionismo nei mercati del lavoro sembra irragionevole dal

⁽³⁸⁾ Lo stesso può essere applicato alla nuova forza lavoro.

⁽³⁹⁾ B. HIRSCH, J. ADDISON, *The Economic Analysis of Unions: New Approaches and Evidence*, Allen & Unwin, Boston, 1986.

momento che esso promuove il commercio libero e antitrust sui mercati dei prodotti ⁽⁴⁰⁾.

Sesto, altri effetti di secondo ordine e “ad onda” degli interventi sul mercato, come la legge sul salario minimo e la contrattazione collettiva, possono imporre ulteriori carichi sia economici che non. Alcuni esempi sono i salari rigidi (riducendo la flessibilità dell’economia, impedendo il ritorno ad una piena occupazione macroeconomica), minor disponibilità da parte delle aziende ad investire sull’apprendimento, maggiore disparità dei salari tra il personale, un numero maggiore di scioperi e regole di lavoro restrittive, incremento di attività economiche illegali e clandestine (dovute all’aumento della disoccupazione), pressione politica più forte per tutti i tipi di protezionismo economico, una divisione più accentuata della società in fortunati *insiders*, e sfortunati *outsiders*, gli inclusi e i tagliati fuori.

Settimo, nella teoria NL&E emerge non solo che questi interventi normativi sul mercato del lavoro creano e trasferiscono costi significativi su altri gruppi per favorire un gruppo privilegiato, ma che, per paradosso, persino il gruppo favorito, alla fine, può risultare perdente ⁽⁴¹⁾. Questo effetto può essere visto come un caso particolare della “legge delle conseguenze non desiderate”. Dunque, l’obiettivo sociale della legge sul salario minimo o del sindacato è di ridistribuire i guadagni ad un particolare gruppo di lavoratori. Ma cosa succede in realtà? Se la domanda di lavoro delle industrie è *elastica* (ovvero, la quantità di lavoro richiesto scende più che proporzionalmente in risposta ad un aumento del costo del lavoro, come potrebbe essere per i giovani e i non specializzati), allora un aumento del salario provoca la perdita del lavoro di un numero sufficiente di persone cosicché la quantità totale dei redditi lavorativi (la *wage bill*, massa salariale) guadagnati dai lavoratori è in realtà minore di prima. In questo modo, secondo i critici della NL&E, l’effetto non voluto, ma spesso concreto, è cercare di risolvere il problema della povertà e dei salari bassi creando una maggiore disoccupazione.

Provvedimenti di lavoro. I provvedimenti normativi in capo ai datori di lavoro si sono moltiplicati in numero e costi a partire dai primi anni Sessanta, certamente negli Stati Uniti, ma anche in molti altri Paesi ⁽⁴²⁾. Un provvedimento può esigere che un datore di lavoro fornisca direttamente un bene o servizio di valore, come una settimana di preavviso di licenziamento o una pensione trasferibile, o può richiedere che un datore di lavoro paghi una tassa o una quota a terzi che forniscono il bene o servizio, come un piano assicurativo per la disoccupazione del governo o del sindacato.

I provvedimenti di lavoro rappresentano una saggia politica sociale? La NE e la NL&E riconoscono che su questa materia non può essere fatta alcuna dichiarazione generica, ma è giusto dire che il preconcetto va contro i provvedimenti e,

⁽⁴⁰⁾ R. POSNER, *Some Economics of Labour Law*, cit.; C. BAIRD, *Unions and Antitrust*, in *Journal of Labour Research*, 2000, vol. 21, fasc. 4, 585-600.

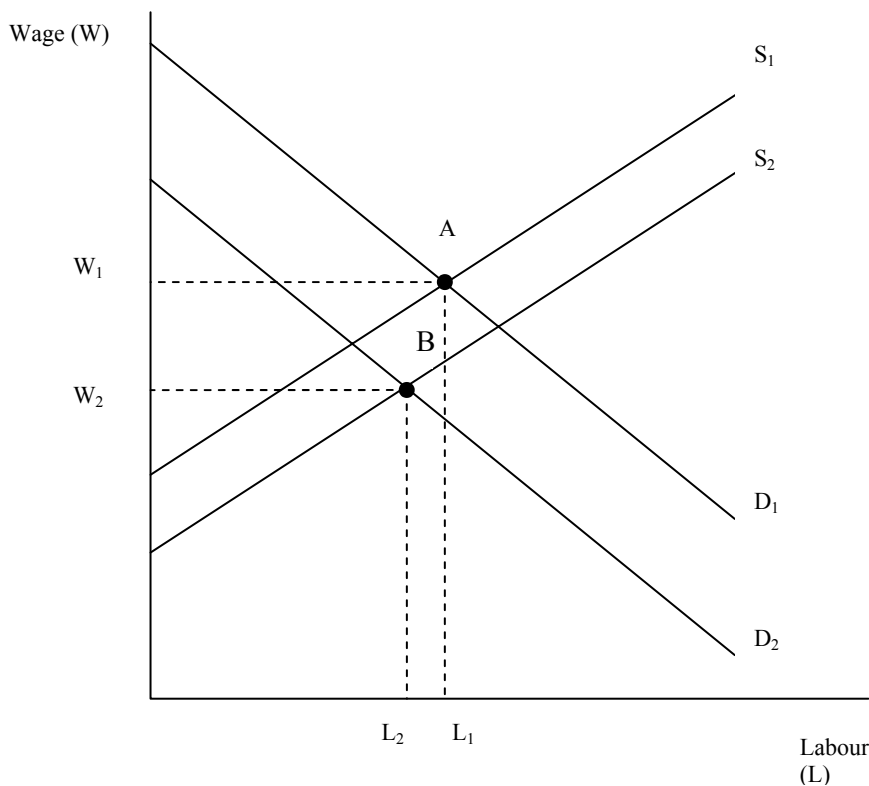
⁽⁴¹⁾ S. ROTTENBERG, *The Economics of Legal Minimum Wages*, American Enterprise Institute, Washington, 1981, e A. BOOTH, *The Economics of Trade Unions*, Cambridge University Press, New York, 1995.

⁽⁴²⁾ COMMISSION ON THE FUTURE OF WORKER-MANAGEMENT RELATIONS, *op. cit.*

perciò, l'onere della prova è trasferito ai sostenitori che devono dimostrare uno studio economico convincente ⁽⁴³⁾.

Lo scetticismo per la posizione critica che la NL&E assume nei confronti dei provvedimenti di lavoro prende le mosse dallo stesso nucleo di argomenti descritti sopra, efficienza ed equità, a proposito delle forme dirette di intervento normativo nel mercato. I dettagli di questa argomentazione differiscono parzialmente dalla precedente e possono essere meglio compresi con un'analisi diagrammatica quasi simile. A questo scopo si consideri il grafico 2.

Grafico 2 – Prospettiva NL&E: effetti economici di un provvedimento di occupazione.



Il grafico 2 rappresenta un mercato del lavoro concorrenziale prima della imposizione di un provvedimento di lavoro. Come nel caso precedente, il livello di equilibrio salario/occupazione è W_1/L_1 (punto A). Ora si immagina che il governo esiga che tutti i datori di lavoro forniscano un bene ai lavoratori, come la assicurazione contro le malattie. Si verificano due eventi ⁽⁴⁴⁾. Il primo è che la curva

⁽⁴³⁾ M. TREBILCOCK, *op. cit.*, e H. COLLINS, *Justifications and Techniques of Legal Regulation of the Employment Relationship*, in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (eds.), *op. cit.*, 3-27.

⁽⁴⁴⁾ Vedi L. SUMMERS, *Some Simple Economics of Mandated Benefits*, in *American Economic Review*, 1989, vol. 79, fasc. 2, 177-83, e J. ADDISON, B. HIRSCH, *The Economic Effects of Employment Regulation: What are the Limits?*, in B. KAUFMAN (ed.), *op. cit.*, per ulteriori informazioni.

della domanda di lavoro tende a sinistra, da D_1 a D_2 . Il motivo è che al salario dato di W_1 , il provvedimento di occupazione aumenta il costo del lavoro per l'azienda e (come una tassa) induce l'azienda a ridurre l'occupazione⁽⁴⁵⁾.

Il secondo effetto è di spostare la curva dell'offerta del mercato del lavoro a destra (verso il basso), da S_1 a S_2 . La curva dell'offerta mostra il livello di salario a cui ogni lavoratore è disposto a fornire la propria prestazione lavoro; con la fornitura di un bene tramite il provvedimento – ipotizzando che ai lavoratori venga data un'utilità aggiuntiva – ogni lavoratore dovrebbe essere disposto a prestare la stessa quantità di lavoro ma ad un salario più basso, con uno scarto pari al valore della quantità di denaro ottenuta grazie al provvedimento. Se i lavoratori attribuiscono al provvedimento il valore monetario zero, la curva dell'offerta non cambia; quanto maggiore è il valore che essi attribuiscono al provvedimento tanto maggiore sarà lo spostamento. Ipotizzando che il provvedimento abbia un valore positivo, il grafico 2 mostra che l'effetto del provvedimento è quello di produrre un nuovo equilibrio (punto B) con un salario più basso (W_2) e un livello di occupazione più basso (L_2).

Cosa c'è di sbagliato in questo risultato? Secondo la visione della NL&E, il provvedimento porta ad un'altra forma di peso morto nel benessere sociale. Il presupposto fondamentale che conduce a tale conclusione è che il costo del provvedimento per i datori di lavoro è *maggiore* del valore che i lavoratori gli attribuiscono. L'argomentazione è questa: se in un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale il valore di un provvedimento per i lavoratori (diciamo 1\$/ora) è maggiore del costo sostenuto dalle aziende che lo producono (diciamo 0,50\$), allora la competitività e l'interesse personale dovrebbero indurre le aziende a fornirlo prima (perché il costo del beneficio delle aziende è 0,50\$, ma i lavoratori sono disposti ad accettare un salario più basso fino a 0,99\$ per ottenerlo), sottintendendo che il mercato del lavoro fornisce già il bene dato dal provvedimento. Se il mercato del lavoro *non* fornisce già il bene, allora ci si trova di fronte al caso in cui il costo di approvvigionamento delle aziende (0,50\$) è maggiore del valore per i lavoratori (diciamo 0,25\$). In questo caso il costo del provvedimento supera il valore, la curva della domanda si sposta più di quella dell'offerta e dunque si verifica una perdita di benessere. Si spreca nuovamente delle risorse (usate in maniera inefficiente) e l'economia si colloca in un punto *entro* il suo limite di possibilità produttiva.

5. La fondamentale formulazione analitica nell'apparato teorico della NL&E è il modello di un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale⁽⁴⁶⁾. Adottato in modo completo, questo modello lascia poco o nessuno spazio alle norme giuridiche del mercato del lavoro e alla messa in atto dei provvedimenti di occupazione. Ma persino i più accaniti sostenitori della NL&E ammettono facilmente che il modello competitivo non sempre rappresenta bene le caratteristiche di un mercato del lavoro del mondo reale⁽⁴⁷⁾. Le informazioni possono essere costose e dif-

⁽⁴⁵⁾ Da notare che un cambiamento diretto nel saggio salariale, come per il diritto al salario minimo, provoca un *movimento lungo* la curva della domanda, un cambiamento in un'altra variabile che colpisce il lavoro, come (ad esempio) il costo di un provvedimento causa un cambiamento (*shift*).

⁽⁴⁶⁾ J. ADDISON, B. HIRSCH, *op. cit.*

⁽⁴⁷⁾ M. FRIEDMAN, R. FRIEDMAN, *op. cit.*; R. POSNER, *Some Economics of Labour Law*, cit., 988-1011.

ficili da ottenere, la mobilità da un lavoro ad un altro è spesso ostacolata, i lavoratori e i posti di lavoro sono a volte abbastanza eterogenei e alcuni settori del mercato del lavoro hanno solo pochi consumatori.

Ogni esempio di questo tipo, dove la condizione del mercato del mondo reale non raggiunge lo scopo di una perfetta competitività, è chiamato “market failure” (fallimento del mercato). Chiaramente, il fallimento del mercato dischiude le potenzialità e la necessità per leggi sul lavoro e provvedimenti ⁽⁴⁸⁾.

Il fallimento del mercato assume varie forme, tra cui le seguenti.

Informazione imperfetta. Il modello competitivo presume che sia i datori di lavoro sia i lavoratori abbiano un’informazione completa e gratuita riguardo alla situazione del mercato del lavoro, alla natura dei posti di lavoro e del lavoro da svolgere e a ogni altro aspetto relativo all’eventuale contrattazione. Per esempio, il modello presuppone che entrambe le parti conoscano il salario offerto ad altre aziende in concorrenza, quando generalmente, in realtà, vi è una scarsità di informazioni a questo proposito, dovuta ai costi di una ricerca in questo senso. Disporre di un’informazione completa è importante affinché ogni aspetto dello scambio venga valutato per il suo costo sociale effettivo che, a sua volta, garantisce che il risultato finale sia Pareto-efficiente. Se l’informazione è incompleta e costosa da ottenere, sia il datore di lavoro sia il lavoratore mancano di informazione su taluni profili o su possibili conseguenze della contrattazione e faranno scelte inefficienti *ex post*. Se i lavoratori, per esempio, non sono consapevoli dei rischi per la salute sul luogo di lavoro, allora essi non contratteranno per salari pienamente compensatori, fornendo così una ragione per l’intervento legislativo governativo relativamente alle condizioni di salute.

Informazione asimmetrica. L’informazione asimmetrica è un particolare sottoinsieme dell’informazione incompleta, ma viene utilmente distinta a causa dei problemi peculiari che provoca. L’informazione asimmetrica nei rapporti di lavoro dà ad una parte un vantaggio informativo sull’altra, ovvero, o il datore di lavoro o il lavoratore possiede un’informazione “privata” o “nascosta” che è sconosciuta all’altro. Ad esempio, il datore di lavoro può sapere meglio del candidato ad un determinato posto di lavoro che quel posto comporta un’alta probabilità di incidente, oppure il candidato può sapere di essere frequentemente in ritardo al lavoro ma il datore di lavoro ignora questo fatto. Uno dei problemi a cui porta l’informazione asimmetrica è la “adverse selection” (selezione avversa) ⁽⁴⁹⁾. La selezione avversa causa risultati negativi imprevisti per una delle parti in uno scambio, perché, a causa dell’informazione nascosta, essa non può proteggere gli acquirenti che probabilmente abuseranno o trarranno vantaggio dal bene o servizio offerto. Così, le aziende che offrono un generoso programma assicurativo sulla salute, o una generosa polizza di licenziamento, sono penalizzate dalla selezione avversa, poiché probabilmente attrarranno lavoratori che hanno maggiori problemi di salute o di rendimento, causando una crescita nei loro costi di produzione e un incentivo ad abbandonare queste pratiche. Una soluzione è la possibilità

⁽⁴⁸⁾ M. TREBILCOCK, *op. cit.*, e C. JOLLS, *Law and the Labour Market*, in *Annual Review of Law & Social Science*, 2006, fasc. 2, 359-85.

⁽⁴⁹⁾ T. MICELI, *op. cit.*

di usufruire di un provvedimento governativo, di un piano di assicurazione sulla salute per l'intero mercato o di una polizza di licenziamento per giusta causa.

Il potere di mercato del datore di lavoro. Un altro fallimento del mercato del lavoro deriva da fattori che danno ad un'azienda privata un certo grado di potere nello stabilire condizioni o salari non competitivi. Questa situazione di solito è genericamente chiamata *potere del monopsonio*. Il classico caso di potere del datore di lavoro è un'“unica città aziendale”, dove l'azienda (per esempio una miniera di carbone, un'industria tessile, ecc.) è l'unico compratore nella zona. Questa condizione è chiamata *mercato di monopsonio*, cioè il corrispondente analogo del mercato monopolistico del prodotto, in cui l'azienda è l'unico venditore di un bene. Il problema del monopsonio è che l'azienda manca di competitività nel lavoro e “sfrutta” i lavoratori pagando un salario inferiore a quello del loro valore marginale per la produzione, proprio come un'azienda monopolistica sfrutta i consumatori facendo pagare un prezzo troppo alto per il bene⁽⁵⁰⁾. I datori di lavoro possono avere un certo grado di potere di monopsonio in altre situazioni di mercato, come l'oligopsonio (solo pochi datori di lavoro ma con lavori e lavoratori differenziati, come due ospedali in una comunità), concorrenza monopsonistica (molti datori di lavoro ma con lavori e lavoratori differenziati o una forma di costo di mobilità) e mercati di lavoro doppi (dove le forze della discriminazione e delle norme sociali creano un mercato del lavoro “primario”, con un salario più alto per favorire gruppi di lavoratori, e un mercato del lavoro “secondario”, con un salario più basso in cui altri gruppi sono costretti a cercare lavoro).

Il vantaggio di un mercato del lavoro concorrenziale è che l'azienda privata affronta una curva dell'offerta di lavoro perfettamente elastica – perché l'azienda è la sola fra molte nel mercato e i lavoratori sono omogenei e liberamente mobili – e perciò non ha la capacità di stabilire un salario o le condizioni d'impiego al di sotto del tasso di mercato. Tuttavia, tre condizioni possono spostare la curva della offerta di lavoro dell'azienda verso l'alto, condizioni che le conferiscono un certo grado di potere di mercato e quindi la capacità di fornire meno del tasso di mercato corrente. La prima è la piccola quantità di aziende, la seconda è una qualche forma di costo di mobilità (per esempio la perdita di investimento in apprendimento o l'anzianità di servizio), la terza si ha quando i lavoratori e/o i lavori sono differenziati. Qualunque sia il caso, l'esistenza del potere del datore di lavoro fornisce una ragione per dare ai lavoratori una forma di potere di compensazione, come un sindacato o una legge sul salario minimo.

Esternalità e beni pubblici. Le esternalità e i beni pubblici sono problemi strettamente collegati che nascono di diritti di proprietà non perfettamente delineati e costosi da applicare⁽⁵¹⁾. Se i compratori e i venditori sono in grado di negoziare *contratti completi* – ovvero contratti che specificano e fanno rispettare ogni possibile termine e imprevisto futuro di uno scambio economico – allora la domanda e l'offerta valuteranno con successo tutti gli aspetti dello scambio e la competi-

⁽⁵⁰⁾ A. MANNING, *Monopsony in Motion*, Princeton University Press, Princeton, 2003, e C. ERICKSON, D.J.B. MITCHELL, *Monopsony as a Metaphor for the Emerging Post-Union Labour Market*, in *International Labour Review*, 2008, vol. 146, fasc. 3-4, 163-87.

⁽⁵¹⁾ R. CORNES, T. SANDLER, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*, Cambridge University Press, New York, 1996.

vità porterà ad un risultato Pareto-efficiente (⁵²). Tuttavia, se i diritti di proprietà non sono specificati in maniera esaustiva o non possono essere applicati integralmente, alcuni benefici e costi dello scambio “fuoriescono” e iniziano a interessare terzi non coinvolti nello scambio, portando così a risultati inefficienti. Un esempio di esternalità positiva del mercato del lavoro si ha quando un’azienda impone l’obbligo di non fumare e la comunità risparmia denaro sui costi della assistenza sanitaria; un esempio di esternalità negativa si ha quando un’azienda sfrutta il lavoro minorile e degrada la qualità del capitale umano della nazione. Con un’esternalità positiva, il beneficio realizzato dalla società (il *beneficio sociale*) è maggiore del beneficio realizzato dal compratore e venditore (il *beneficio privato*) portando ad un’offerta insufficiente del bene; nel caso di un’esternalità negativa il *costo sociale* è maggiore del *costo privato* e il “bene” è offerto in eccedenza (⁵³).

Strettamente collegato è il bene pubblico, un bene o servizio in cui diritti di proprietà non ben definiti comportano l’impossibilità di escludere gli utenti che non hanno pagato per esso (non escludibilità) o, alternativamente, in cui la quantità di bene consumata da una persona non riduce la quantità disponibile per gli altri (non concorrenza/rivalità). Terzi soggetti, per poter godere dei benefici del bene senza pagare per esso, scelgono di essere *free riders* (⁵⁴), che guidano alla sottoproduzione del bene relativo all’*optimum* sociale. Un esempio di bene pubblico in relazione al posto di lavoro è l’opinione del lavoratore: l’opinione è sottoprodotta perché è probabile che il lavoratore che esprime un suggerimento o una lamentela al superiore (per esempio una macchina pericolosa, velocità eccessiva della catena di montaggio) ne paghi le conseguenze in maniera sproporzionata (come essere licenziato perché ritenuto un piantagrane), mentre i benefici dell’esercizio dell’opinione del lavoratore sono unanimemente accettati (⁵⁵). Quando, nel caso di esternalità e di bene pubblico, un’azione individuale nel mercato del lavoro non raggiunge lo scopo, si crea la motivazione per una disposizione o provvedimento statale, come una legge sul tetto massimo di ore, per limitare il superlavoro, o come una polizza sul licenziamento per giusta causa per tutelare e promuovere l’opinione del lavoratore.

Processo decisionale imperfetto. Il fallimento del mercato può essere dovuto anche ad un processo decisionale imperfetto da parte dei soggetti economici. Il modello del mercato concorrenziale presuppone che le persone compiano *scelte ottimali*, date le alternative e le informazioni conosciute. Ciò significa che il loro processo decisionale è *coerente, di interesse personale, individualistico, lungimirante e massimizzante* (⁵⁶). La violazione di uno qualunque di questi presupposti, in modo sistematico e generale tra i soggetti economici, porta all’insorgere di problemi. Per esempio, se le persone non massimizzano, allora le loro scelte non raggiungeranno l’obiettivo del massimo che si può ottenere e alcune risorse o opportunità andranno sprecate. Analogamente, se le scelte delle persone sono in-

(⁵²) P. CAHUC, A. ZYLBERBERG, *Labour Economics*, Cambridge, MIT Press, 2004.

(⁵³) J. ADDISON, B. HIRSCH, *op. cit.*; T. MICELI, *op. cit.*

(⁵⁴) *N.d.t.*: per *free riders* si intende chi beneficia di un’attività collettiva senza parteciparvi attivamente.

(⁵⁵) R. FREEMAN, J. MEDOFF, *What Do Unions Do?*, Basic Books, New York, 1984, e B. KAUFMAN, *What Unions Do: Insights from Economic Theory*, cit.

(⁵⁶) M. TREBILCOCK, *op. cit.*, e C. SUNSTEIN, *op. cit.*

fluenzate da quelle altrui, si introduce una forma di esternalità; altresì, si possono verificare scelte mediocri se le persone mancano di lungimiranza, hanno preferenze irrazionali (una gamma incoerente di alternative), sono influenzate dalle emozioni o non agiscono nel loro massimo interesse (ovvero fanno a meno di un bene il cui consumo è giudicato un valore in sé, come indossare occhiali protettivi). I lavoratori, per esempio, possono sottovalutare sistematicamente la possibilità di ferirsi, essere catturati da una “corsa al successo” e lavorare eccessivamente o permettere che desideri sessuali irrazionali li portino a molestare impiegati subordinati. In ciascuno di questi casi le norme sul lavoro possono migliorare lo stato di benessere, come una legge sulla sicurezza del luogo di lavoro, una legge sul lavoro straordinario e un divieto alle molestie sessuali.

6. L'esistenza di fallimenti di mercato apre le porte, nell'economia neoclassica e nella NL&E, alla possibilità che le norme sul lavoro e i provvedimenti legali possano migliorare l'efficienza ed essere quindi auspicabili sul piano economico. Per una serie di ragioni, tuttavia, la possibilità della regolamentazione nella NE e nella NL&E, di solito, rimane aperta solo con riluttanza, in piccole quantità e solo in circostanze selettive e ben selezionate. La loro posizione di base riguardo alle proposte di regolamentazione e di provvedimenti che intervengano nel mercato del lavoro è del tipo “colpevole fino a prova contraria”, vale a dire che di partenza questi strumenti vengono considerati un'idea imprudente e spetta ai loro sostenitori costruire un caso convincente per dimostrare il contrario. Sono state avanzate sette linee di argomentazioni a supporto di questa posizione.

Fallimento del mercato: irregolare e superficiale. La prima linea di difesa è l'opinione della NE/NL&E che il fallimento del mercato, visto in termini generali, non costituisce un problema serio o diffuso. Così, i sostenitori della NE e della NL&E ammettono che come l'informazione nella vita reale è incompleta e asimmetrica, così in alcuni casi le curve dell'offerta di lavoro per le aziende sono in salita e qualche volta le aziende non mantengono le promesse fatte ai lavoratori, ma sostengono altresì che questi problemi sono come una malattia leggera della pelle – soprattutto a livello superficiale e, nella maggior parte dei casi, non abbastanza seria da richiedere un'azione correttiva⁽⁵⁷⁾.

L'efficienza del diritto comune. Una seconda linea di difesa è l'opinione che la *common law* si sia evoluta nel corso del tempo in modo da schierarsi e supportare l'efficienza economica, rimuovendo così il bisogno di una legislazione speciale sul lavoro⁽⁵⁸⁾. Quando vi è uno spreco di risorse in ambito lavorativo dovuto ad una legislazione mal strutturata, sia il datore di lavoro sia il lavoratore hanno un incentivo in termini finanziari a sfidare la legge in tribunale – un processo che, nel corso del tempo, elimina la cattiva legislazione e promuove quella buona (efficiente).

Il fallimento del governo è peggio del fallimento del mercato. Anche se i mercati del lavoro presentano imperfezioni significative, i sostenitori della NE sostengono che la “cura” – l'intervento del governo – può essere peggiore della “malattia”

⁽⁵⁷⁾ M. FRIEDMAN, R. FRIEDMAN, *op. cit.*; R. POSNER, *Some Economics of Labour Law*, cit.

⁽⁵⁸⁾ P. RUBIN, *Business Firms and the Common Law: The Evolution of Efficient Rules*, Praeger, New York, 1983, e R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit.

(⁵⁹). Ovvero, l'intervento statale, sotto forma di leggi di protezione sul lavoro, provvedimenti sociali e enti regolatori, comporta spesso una grande burocrazia, elevati costi di conformità, regole rigide, corruzione e spreco diffusi, fattori che a lungo possono portare a maggiori spese e perdita di benessere (⁶⁰).

L'utilizzo deviato delle norme e la difesa delle rendite per interessi speciali (⁶¹). Un'altra obiezione alla regolamentazione dell'occupazione è che essa è sostenuta in quanto mezzo per promuovere l'interesse pubblico, ma in realtà le norme sono progettate o modificate per promuovere interessi settoriali di gruppi e istituzioni specifici, attraverso la difesa delle rendite e l'utilizzo normativo deviato. La difesa delle rendite si verifica quando alcuni gruppi indirizzano le risorse per ottenere leggi a favore del guadagno preferenziale e norme che garantiscono rendite monopolistiche. L'utilizzo deviato delle norme si verifica quando un *corpus* normativo è declinato in funzione degli interessi di una parte piuttosto che dell'interesse pubblico. Le critiche della NL&E alla regolamentazione dell'occupazione citano numerosi esempi in cui la legge e il processo legale sono (presumibilmente) usati per il raggiungimento di questi obiettivi, che riducono il benessere. Un esempio si ha quando i sindacati sostengono le leggi sul salario minimo: apparentemente la regolamentazione è richiesta per favorire la riduzione della povertà, ma in realtà è ridotta la minaccia della competitività non-sindacale per il salario più basso (⁶²). Un secondo esempio si ha quando i membri di "gruppi protetti" (minoranze etniche, donne) non si avvalgono della normativa antidiscriminatoria per correggere le ingiustizie ma per fare pressione sulle aziende attraverso vere e proprie azioni legali minatorie per uno stipendio più alto o una garanzia sul licenziamento (⁶³).

Il teorema di Coase e la contrattazione privata. Il teorema di Coase, suggerito da Coase (⁶⁴), ma originariamente chiamato e articolato da Stigler (⁶⁵), fornisce alla NL&E un'argomentazione autorevole contro le norme statali. Il teorema asserisce che, in una situazione di transazione a costo zero (definita dettagliatamente nella prossima sezione), i soggetti economici hanno un incentivo ad usare la contrattazione privata per riassegnare le risorse al loro uso più produttivo. Il risvolto è che i fallimenti del mercato del lavoro, come risulta dai problemi di esternalità e del bene pubblico, non richiedono necessariamente un intervento o una disposizione statale poiché, spesso, le parti coinvolte possono elaborare ragionevolmente, attraverso un negoziato e un compromesso, una soluzione efficiente (⁶⁶).

(⁵⁹) Lo stesso si applica ai sindacati.

(⁶⁰) R. COASE, *The Institutional Structure of Production*, in *American Economic Review*, June 1992, vol. 82, 713-19.

(⁶¹) *N.d.t.*: per *regulatory capture* si intende l'organo di vigilanza troppo attento agli interessi, compresi quelli meno nobili, dei soggetti vigilati e che conferisce robustezza granitica a quelli che si usa chiamare "poteri forti"; per *rent seeking* gli sforzi e le spese finalizzati a ottenere una rendita o un profitto economici grazie all'intervento statale.

(⁶²) S. ROTTENBERG, *op. cit.*

(⁶³) J. DONOHUE III, P. SIEGELMAN, *The Changing Nature of Employment Discrimination Litigation*, in *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, fasc. 5, 983-1034.

(⁶⁴) R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, fasc. 1, 1-44.

(⁶⁵) G. STIGLER, *The Theory of Price*, Macmillan, New York, 1966, 3rd ed.

(⁶⁶) T. MICELI, *op. cit.*

Il massimo della libertà di un contratto. I sostenitori della NL&E credono che i mercati, anche se deturpati da imperfezioni e difetti, dovrebbero tuttavia essere protetti quanto più possibile da interventi governativi, poiché promuovono scopi normativi di grande valore, come la libertà personale, la libertà di contratto, l'iniziativa e la responsabilità personale. La libertà economica, affermano, promuove e sostiene la libertà politica ⁽⁶⁷⁾.

La prova empirica. Mettendo da parte le discussioni teoriche, i sostenitori della NL&E dichiarano che la loro posizione minimalista è sostenuta anche dal peso dell'evidenza empirica sulla relazione tra norme sul mercato del lavoro e crescita economica. Un gran numero di studi ha esaminato la relazione trasversale tra la portata delle norme sul mercato del lavoro nella giurisdizione politica (Stato, Provincia, Nazione) e una misura di prestazione economica (ovvero una crescita di produttività e rendimento). La mole dei dati ottenuti permette di individuare una relazione negativa, che indica che un maggior numero di norme inibisce la creazione di ricchezza ⁽⁶⁸⁾. I Paesi di *civil law*, che hanno un maggior numero di norme sull'occupazione, hanno anche un tasso di crescita media più basso rispetto ai Paesi di *common law*.

7. Ora torno a ciò che Hovenkamp ⁽⁶⁹⁾ identifica come il *First great law & economics movement*. Questo movimento si consuma per lo più all'ombra ed è trascurato nella letteratura economica e del diritto attuale. Infatti, come indicato precedentemente, la maggior parte delle persone parla di L&E al singolare. Esemplicativo della trascuratezza di cui soffre il *First law and economics movement* è che una delle sue più dinamiche e influenti aree di studio e di attivismo politico era situata nel campo del lavoro e dell'occupazione, ma finora, per quanto io sappia, nessun articolo o libro di studio contemporaneo ha realizzato un notevole riesame teorico e sviluppo di questa letteratura.

A seguire, compio un primo passo in questa direzione, sebbene, data la natura del mio compito e i limiti di spazio, in modo necessariamente indicativo. Per certi versi questa esposizione si basa in gran parte anche sulle mie interpretazioni, come apparso in libri e articoli precedenti.

8. Il *First law and economics movement* era un movimento americano che abbraccia approssimativamente il periodo 1885-1940. Tuttavia esso aveva radici sostanzialmente europee, in modo particolare in Germania, dove gli economisti della scuola storica stavano tentando di integrare la giurisprudenza nell'economia ⁽⁷⁰⁾. Il *First american law and economics movement* rappresentava la fusione di due correnti intellettuali del primo Novecento: l'*istituzionalismo* in economia e il

⁽⁶⁷⁾ M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, e R. EPSTEIN, *In Defense of the Contract at Will*, *op. cit.*

⁽⁶⁸⁾ Per es., K. KOEDIJK, J. KREMERS, *Deregulation: A Political Economy Analysis*, in *Economic Policy*, October 1996, fasc. 12, 445-67; R. BARRO, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Study*, MIT Press, Cambridge, 1997, e R. HALL, C. JONES, *Why Do Some Countries Produce So Much More Output Per Worker Than Others?*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1999, vol. 114, fasc. 1, 83-116.

⁽⁶⁹⁾ H. HOVENKAMP, *op. cit.*

⁽⁷⁰⁾ H. PEARSON, *Origins of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, e E. MACKAAY, *History of Law and Economics*, in B. BOUCKAERT, G. DE GEEST (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 2000, vol. 1, 65-117.

realismo legale in giurisprudenza ⁽⁷¹⁾. Per motivi sia espositivi che teorici, d'ora in poi mi riferirò a questo movimento come *Institutional Law and Economics* (IL&E), diritto ed economia istituzionale. Rimane un piccolo ma attivo gruppo di studiosi di economia e di diritto che scrivono “in sé” per intendere la IL&E tradizionale ⁽⁷²⁾, sebbene in questa letteratura non compaiano in modo rilevante pubblicazioni sul tema dell'occupazione.

Molto di ciò che comprende il settore “tradizionale” del diritto del lavoro del secondo dopoguerra, la parte sui rapporti collettivi in modo particolare, ha anche significative radici nel *First law and economics movement*, come il settore delle relazioni industriali. Come descritto più avanti, un'affermazione fondamentale nella IL&E è che, poiché i mercati del lavoro e le relazioni di lavoro trattano esclusivamente con soggetti umani – la manodopera –, essi richiedono una teoria più complessa, interdisciplinare e orientata al sociale per essere compresi in maniera adeguata. Tale affermazione, a sua volta, si riflette nell'insistenza di molti studiosi del diritto tradizionale del lavoro sul fatto che il loro campo abbia un più alto grado di autonomia rispetto alla *common law* ⁽⁷³⁾; ciò chiarisce anche il loro scetticismo/ostilità nei confronti della natura imperialistica e orientata al mercato dell'impianto teorico della NL&E e nei confronti della solida filosofia del libero mercato che emerge nelle prescrizioni della politica NL&E ⁽⁷⁴⁾. Evidente è anche l'accettazione e la maggiore enfasi data a forme *collettive* di comportamento e controllo sociale.

Il movimento IL&E può essere suddiviso approssimativamente in due fasi: la prima è un iniziale periodo formativo o “preorganizzato”, durato circa venti anni in cui furono sviluppati le idee chiave e l'impianto concettuale; la seconda è il periodo consolidato e “organizzato” in cui il movimento si riunì in un'entità autocosciente e autoidentificata con un risultato intellettuale significativo e in grado di influenzare la politica ⁽⁷⁵⁾. Il movimento IL&E raggiunse l'apice del potere e dell'influenza nel decennio 1935-1945, contrassegnato dai trionfi legislativi del periodo del New Deal, dopo di che andò declinando.

Nel settore del lavoro e dell'occupazione il potere dell'IL&E fu scandito dall'emanazione di tre disegni di legge considerati pietre miliari: il *Social Security Act* (SSA), il *National Labour Relations Act* (NLRA) e il *Fair Labour Standards Act* (FLSA). Tale legislazione fu supportata da un'ampia fascia della co-

⁽⁷¹⁾ B. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez-Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement*, Harvard University Press, Cambridge, 1998.

⁽⁷²⁾ Per esempio W. SAMUELS, A.A. SCHMID (eds.), *Law and Economics: An Institutional Perspective*, Kluwer-Nijhoff, Boston, 1981, e M. OPPENHEIMER, N. MERCURO, *Law and Economics: Alternative Economic Approaches to Legal and Regulatory Issues*, M.E. Sharpe, Armonk, 2005.

⁽⁷³⁾ LORD K.W. WEDDERBURN, *Labour Law: Autonomy from the Common Law?*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 1988, vol. 9, fasc. 2, 219-52, e P. DAVIES, M. FREEDLAND, *Employees, Workers, and the Autonomy of Labour Law*, in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (eds.), *op. cit.*, 267-86.

⁽⁷⁴⁾ H. COLLINS, *Justifications and Techniques of Legal Regulation of the Employment Relationship*, cit., e S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, cit.

⁽⁷⁵⁾ Y. YONAY, *The Struggle for the Soul of Economics: Institutional and Neoclassical Economists in America Between the Wars*, Princeton University Press, Princeton, 1998.

munità economica ⁽⁷⁶⁾, compresi gli economisti del lavoro Paul Douglas e Harry Millis di Chicago ⁽⁷⁷⁾.

La successiva perdita di impeto e influenza, dopo la Seconda Guerra Mondiale, fu segnalata dal ritorno dell'economia neoclassica e dalla promulgazione di una legislazione del lavoro ispirata dai conservatori, come gli emendamenti Taft-Hartley alla NLRA.

Il movimento perse in parte la sua forza anche perché i suoi successi avevano ridotto alcune delle sue ragioni d'essere più chiare e convincenti; per l'emergere di problemi, di eccessi e d'insoddisfazione pubblica verso parti del programma della politica del New Deal; infine, perché la maggior parte dei suoi teorici e realizzatori morì o si ritirò. Simbolicamente, il punto centrale della ricerca e il programma della IL&E per espandere il diritto del lavoro fu la *American Association for Labour Legislation* (AALL) – creata nel 1905, alla fine della prima fase e chiusa approssimativamente alla fine della seconda fase ⁽⁷⁸⁾.

La prima fase del movimento IL&E iniziò a metà degli anni Ottanta dell'Ottocento e si estese agli inizi del Novecento. Il punto di partenza più evidente è la fondazione della *American Economic Association* (AEA), nel 1885, sotto la guida iniziale di Richard Ely ⁽⁷⁹⁾. La AEA era intesa da Ely come un centro per lo sviluppo di una *nuova economia*, ampiamente ispirata all'economia storica e social-popolare della Germania e, in misura minore, dell'Inghilterra ⁽⁸⁰⁾.

In America la nuova economia si trasformò, una generazione più tardi, nella economia istituzionale.

Il movimento per una nuova economia fu una conseguenza del "Methodenstreit" (guerra attraverso il metodo), che proruppe in numerosi Paesi negli anni Ottanta dell'Ottocento tra sostenitori ortodossi dell'economia classica/neoclassica e un gruppo quasi eterodosso di intellettuali ribelli ⁽⁸¹⁾. La nuova economia si sviluppò come un approccio alternativo su tre fronti. Riguardo alla metodologia, promosse un programma di ricerca più induttivo, empirico e interdisciplinare. Relativamente alla elaborazione teorica, la nuova economia cercò di sviluppare una più organica, dinamica e realistica teoria del capitalismo, che desse maggior peso all'azione umana, alle imperfezioni umane e del mercato, alle istituzioni legali, sociali, commerciali e alle considerazioni etiche di interesse pubblico e scopo sociale. Inoltre, riguardo alla propria politica, essa rappresentava un attacco alle implicazioni in termini di *laissez-faire* della teoria classica/neoclassica e un tentativo per fornire una ragione su base intellettuale alternativa all'esteso intervento

⁽⁷⁶⁾ R. PRASCH, *American Economists and Minimum Wage Legislation During the Progressive Era: 1912-1923*, in *Journal of the History of Economic Thought*, 1998, vol. 20, fasc. 2, 161-75.

⁽⁷⁷⁾ H. MILLIS, *The Union in Industry: Some Observations on the Theory of Collective Bargaining*, in *American Economic Review*, March 1935, fasc. 25 1-13, e P. DOUGLAS, *The Economic Theory of Wage Regulation*, in *University of Chicago Law Review*, 1938, vol. 5, fasc. 2, 184-218.

⁽⁷⁸⁾ D. MOSS, *Socializing Security: Progressive Era Economists and the Origins of American Social Policy*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

⁽⁷⁹⁾ B. RADER, *The Academic Mind and Reform: The Influence of Richard T. Ely in American Life*, University of Kentucky Press, Lexington, 1966.

⁽⁸⁰⁾ G. KOOT, *English Historical Economics, 1870-1926*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, e B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

⁽⁸¹⁾ J. DORFMAN, *The Economic Mind in American Civilization*, Viking, New York, 1949, vol. 3, e H. PEARSON, *op. cit.*

normativo in campo economico da parte del governo, ai sindacalismi e alla redistribuzione di diritti, potere e ricchezze ⁽⁸²⁾.

La natura oppositiva e riformista della nuova scuola di economia, e la sua preoccupazione principale per le questioni del lavoro, è ben descritta nella dichiarazione di principi che Ely redasse per la AEA: «Noi consideriamo lo Stato come un ente educativo ed etico il cui aiuto concreto è una condizione indispensabile per il progresso umano. Sebbene riconosciamo la necessità dell'iniziativa individuale nella vita imprenditoriale, riteniamo che la dottrina del *laissez-faire* sia pericolosa in politica e insana nella morale... Noi riteniamo che il conflitto tra lavoro e capitale abbia portato al limite un vasto numero di problemi sociali la cui soluzione è impossibile senza gli sforzi congiunti della Chiesa, dello Stato e della Scienza» ⁽⁸³⁾.

Un altro momento importante fu la pubblicazione nel 1887 del saggio influente di Henry Carter *The State in Relation to Industrial Action* ⁽⁸⁴⁾. Egli diede inizio al *leit motiv* di ciò che più tardi sarebbe diventata la IL&E, quando dichiarò «dovrebbe essere l'obiettivo di tutte le leggi che hanno a che fare con il *business* mantenere i risultati positivi dell'azione competitiva proteggendo contemporaneamente la società dalle conseguenze negative della concorrenza sfrenata». Adams lega più strettamente l'economia e il diritto nel suo discorso presidenziale della AEA del 1896, dal titolo *Economics and Jurisprudence* ⁽⁸⁵⁾. Lo scopo del diritto, secondo questo autore, è formulare le regole di condotta essenziali alla realizzazione della giustizia; il *laissez-faire* deve essere sostituito da un'attiva riforma sociale, posto che i meccanismi dell'interesse personale non sempre si trovano in armonia con gli ideali della giustizia. Non solo. La tesi di Adams sulla opportunità di riforme in campo economico è basata anche sull'obiettivo di miglioramento della efficienza economica, sulla scorta dell'opinione secondo cui i meccanismi dell'interesse personale possono anche tradursi in un rischio per il progresso economico in quanto tale.

La *Institutional Economy* (IE, economia istituzionale) e il *Legal Realism* (LR, realismo legale) iniziarono a prendere forma nel primo Novecento e raggiunsero il successo negli anni Venti del Novecento. Come indicato precedentemente, ebbero un significativo declino dopo la Seconda Guerra Mondiale, sebbene negli ultimi anni siano comparsi una "nuova" economia istituzionale e un "nuovo" realismo legale ⁽⁸⁶⁾. Tuttavia la nuova economia istituzionale ha acquisito alcuni aspetti propri della teoria neoclassica nell'orientamento e nella posizione politica,

⁽⁸²⁾ M. RUTHERFORD, *Institutionalism Then and Now*, in *Journal of Economic Perspectives*, Summer 2001, fasc. 15, 173-94; B. KAUFMAN, *Labour Markets and Employment Regulation: The View of the 'Old Institutionalists'*, in B. KAUFMAN (ed.), *op. cit.*, e ID., *The Social Welfare Objectives and Ethical Principles of Industrial Relations*, in J. BUDD, J. SCOVILLE (eds.), *The Ethics of Human Resources and Industrial Relations*, Labour and Employment Relations Association, Champaign, 2005, 23-59.

⁽⁸³⁾ B. RADER, *op. cit.*

⁽⁸⁴⁾ Ristampato in J. ORFMAN (ed.), *Two Essays by Henry Carter Adams*, Kelley, New York, 1969, 59-133.

⁽⁸⁵⁾ Stampato anche in J. ORFMAN (ed.), *Two Essays by Henry Carter Adams*, cit., 137-75.

⁽⁸⁶⁾ G. DOW, *op. cit.*, e D. FARBER, *Toward a New Legal Realism*, in *University of Chicago Law Review*, 2001, vol. 68, fasc. 1, 279-303.

benché per certi aspetti Coase (in particolare) abbia solidamente mantenuto parte del proprio pensiero nella sfera dell'economia istituzionale degli inizi⁽⁸⁷⁾.

Spesso si dice che la IE abbia tre fondatori: Thorstein Veblen, Wesley Mitchell e John Commons, insieme a diversi altri importanti personaggi che hanno dato il loro contributo come Walton Hamilton, John Maurice Clark, Morris Copeland e Rexford Tugwell⁽⁸⁸⁾. Diversi fra questi, come Veblen e Mitchell, hanno dimostrato solo un modesto interesse nell'interfaccia tra diritto ed economia e si sono allontanati molto da quanto detto sinora. Un ruolo molto più centrale hanno svolto Commons, Hamilton e Clark, che insieme ai più importanti sono al centro di quanto segue.

Il cuore della IE degli inizi, relativamente alle tematiche del lavoro, era nel Wisconsin. Ely portò Commons nel Wisconsin nel 1904 e Commons assemblò negli anni Venti il più grande gruppo di economisti del lavoro di qualunque università americana. Commons fece del diritto la parte centrale della sua versione della IE, come indicato nel titolo del suo libro *Legal Foundations of Capitalism*⁽⁸⁹⁾, e cercò esplicitamente di sviluppare il collegamento tra diritto ed economia attraverso il titolo di un saggio del 1925 nella *Yale Law Review*, intitolato *Law and Economics*. Commons compare diffusamente anche nella letteratura della L&E del lavoro, poiché a quel tempo egli era non solo il leader della economia del lavoro nella Nazione, ma anche la principale autorità accademica del diritto del lavoro, grazie al suo testo *Principles of Labour Legislation*⁽⁹⁰⁾. Commons fu uno dei maggiori riformatori sociali dell'era pre-New Deal ed un oppositore, per tutta la vita, del *laissez-faire*, da lui considerato come causa della grande sofferenza umana e come spinta per una radicale rivoluzione politica e socialista. La posizione riformista, ma pro-capitalista, di Commons è sottolineata dalla sua affermazione che l'obiettivo della sua vita come economista istituzionale era «salvare il capitalismo rendendolo buono»; le sue credenziali riformiste nel lavoro sono rivelate anche dal commento di Kenneth Boulding, secondo cui «Commons era l'origine intellettuale del New Deal, del diritto del lavoro, della sicurezza sociale, dell'intero movimento nel Paese verso il *welfare state*»⁽⁹¹⁾.

Il realismo legale condivide molti dei principi della IE, ma vi giunge partendo dalla legge come soggetto⁽⁹²⁾. Le radici del LR risalgono spesso al giurista Oliver Wendell Holmes⁽⁹³⁾. Tra gli studiosi del LR più autorevoli, agli inizi del XX secolo, si annoverano Robert Hale, Roscoe Pound, Wesley Hofeld, Karl Llewellyn, Felix Cohen e Jerome Frank. La scuola del LR era una reazione contro l'eccessivo formalismo nel diritto, così come la IE lo fu in economia; il LR aveva

⁽⁸⁷⁾ S. MEDEMA, *Ronald Coase and American Institutionalism*, in *Research in the History of Economic Thought and Methodology*, JAI Press, Greenwich, 1996, 51-92.

⁽⁸⁸⁾ M. RUTHERFORD, *op. cit.*

⁽⁸⁹⁾ J. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, New York, 1924.

⁽⁹⁰⁾ J. COMMONS, J.B. ANDREWS, *Principles of Labour Legislation*, Harper & Brothers, New York, 1916, I ed.

⁽⁹¹⁾ K. BOULDING, *A New Look at Institutionalism*, in *American Economic Review*, May 1957, fasc. 47, 7.

⁽⁹²⁾ B. LETIER, *American Legal Realism*, in W. EDMUNDSON, M. GOLDING (eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Oxford, 2003, e C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basic Books, New York, 2004.

⁽⁹³⁾ B. FRIED, *op. cit.*

inoltre una base intellettuale negli studi pragmatici e interdisciplinari. Ma, fattore di maggior rilevanza, il LR era anche una reazione contro l'orientamento costituzionale adottato nei primi anni del Novecento dalla Corte Suprema, improntato ad *laissez-faire* e ad una applicazione rigorosa, soprattutto alle norme del lavoro, dei principi del *substantive due process* ⁽⁹⁴⁾. Queste decisioni, che in parte si basavano o erano corrispondenti ai principi della economia tradizionale, come la libera concorrenza e la libertà di contratto, portarono Robert Hale ad affermare aspramente ⁽⁹⁵⁾: «la funzione pratica della teoria economica è semplicemente quella di dimostrare agli statisti la sensatezza di non interferire nelle questioni [economiche]». Al posto del dogmatico *laissez-faire* convenzionale, Hale suggerì: «la questione del mantenimento o dell'alterazione delle nostre istituzioni [leggi e norme] deve essere discussa relativamente al suo valore pragmatico», richiedendo, a sua volta, lo studio sistematico del «ruolo svolto dal diritto nella produzione e distribuzione delle ricchezze».

9. I primi promotori della IE e del LR furono coinvolti in una triplice prova: lo sviluppo di una base teorica alternativa per l'economia e la L&E; l'utilizzo di questa base teorica alternativa per la produzione e l'implementazione di un programma di riforma sociale e di regolamentazione estesa del mercato; la diffusione di un ideale etico più umanistico per guidare la ricerca e la politica. Per quanto riguarda il primo obiettivo, essi non riuscirono mai a formalizzare, né tantomeno ben articolare, un modello teorico alternativo. Ma una sintesi della vasta e non sempre misurabile produzione letteraria in proposito suggerisce l'assunzione di una serie di presupposti fondamentali della IL&E, che coinvolgono questioni lavoristiche e relative all'occupazione ⁽⁹⁶⁾.

Lo scopo di un'economia. Lo scopo di un'economia è quello di essere al servizio degli obiettivi dell'uomo. Un modo per realizzare questo scopo è operare in maniera efficiente, perché le persone abbiano il massimo di beni e servizi. Ma il grande obiettivo dell'esistenza umana non è l'efficienza (il "più grande PIL") ma una "vita di qualità" ⁽⁹⁷⁾. Cosa esattamente costituisca la vita di qualità è oggetto di discussione, ma certamente tra le componenti sono inclusi un maggior livello di sicurezza economica, giustizia distributiva e procedurale e opportunità per lo sviluppo delle proprie capacità e realizzazione delle proprie potenzialità rispetto a

⁽⁹⁴⁾ C. MCCURDY, *The Roots of 'Liberty of Contract' Reconsidered: Major Premises in the Law of Employment, 1867-1937*, Supreme Court Historical Society, Washington, D.C., Yearbook 1984. Il *substantive due process* riguarda il limite di ordine costituzionale all'ingerenza dello Stato nella regolazione della libertà individuale (*n.d.t.*).

⁽⁹⁵⁾ Citazione da B. FRIED, *op. cit.*

⁽⁹⁶⁾ B. KAUFMAN, *Labour Markets and Employment Regulation: The View of the 'Old Institutionalists'*, cit.; B. KAUFMAN, *The Institutional and Neoclassical Schools in Labour Economics*, in D. CHAMPLIN, J. KNOEDLER (eds.), *The Institutional Tradition in Labour Economics*, M.E. Sharpe, Armonk, 2004, 13-38; B. KAUFMAN, *The Social Welfare Objectives and Ethical Principles of Industrial Relations*, cit.; B. KAUFMAN, *Historical Insights: The Early Institutionalists on Trade Unionism and Labour Policy*, in J. BENNETT, B. KAUFMAN (eds.), *op. cit.*, e B. KAUFMAN, *The Institutional Economics of John R. Commons: Complement and Substitute for Neoclassical Economic Theory*, in *Socio Economic Review*, 2007, vol. 5, fasc. 1, 3-46.

⁽⁹⁷⁾ S. SLICHTER, *Modern Economic Society*, 2nd ed., New York: Henry Holt, 1931.

quelle fornite dal solo criterio dell'efficienza⁽⁹⁸⁾. I sostenitori della IL&E concorderebbero sul fatto che la politica economica debba cercare di portare la società al limite della possibilità produttiva, ma solo nel caso in cui i "beni" (o "ricchezza sociale") considerati nel calcolo del limite comprendano anche fattori come la sicurezza economica, la giustizia sociale, lavori appaganti e condizioni di lavoro salutari, non solo fattori come il PIL. Senza questa ampia prospettiva, gli interessi delle persone (quindi anche i lavoratori) vengono subordinati ad un ristretto obiettivo di benessere efficiente/materialista, che consiste nel fare ciò che è meglio per l'economia, piuttosto che strutturare e gestire l'economia in funzione del benessere delle persone.

Libertà. Per la NL&E la libertà è una *libertà negativa* (ossia assenza di restrizioni), che conduce i suoi sostenitori a promuovere una regolamentazione minimalista del mercato da parte del governo. Dalla prospettiva della IL&E, d'altra parte, la "libertà di morire di fame" o la "libertà di lavorare quattordici ore al giorno" non costituiscono certo un'attraente concezione di libertà; allo stesso modo, affermare che sia per una persona povera sia per una persona facoltosa vi sia la medesima libertà di lasciare un lavoro pericoloso o un lavoro in pessime condizioni, se non ne è soddisfatta, svuota la libertà del suo stesso significato⁽⁹⁹⁾. Vista sotto questa luce, la "libertà di contratto" rumorosamente ostentata dalla NL&E potrebbe essere una facciata che nasconde la frusta della coercizione economica esercitata da una persona che ha il controllo delle risorse strategiche (per esempio, un datore di lavoro che offre scarse opportunità di lavoro) su una persona che ha poche risorse e deve lavorare o patire la fame (per esempio, un lavoratore con famiglia a carico e senza altre alternative di reddito). I fautori della IL&E, quindi, basano la loro teoria e il loro programma politico sul concetto di *libertà positiva*. Ogni persona gode di una libertà positiva quando dispone delle risorse necessarie per soddisfare le esigenze primarie, condizione che si ottiene quando le venga assegnato non solo lo spazio giuridico necessario per costruire la propria vita, ma anche lo spazio economico.

Il lavoro è umano. Nella concezione della NL&E, il lavoro si configura in modo sostanzialmente non differente da altri fattori c.d. di input (beni e servizi) e, quindi, i mercati del lavoro sono modellati senza differenze sostanziali rispetto ad altri tipi di mercati⁽¹⁰⁰⁾. Inoltre, dalla prospettiva del benessere, la NL&E considera il lavoro esclusivamente come un fattore di input che non conta di per sé nel benessere sociale, ma, piuttosto, contribuisce al benessere solamente nella misura in cui è utilizzato efficientemente per la produzione di beni e servizi finali al consumatore. Nella IL&E, peraltro, è espressamente riconosciuto che i "servizi di lavoro" si caratterizzano, rispetto agli altri fattori produttivi, per il fatto di essere insiti in un essere umano⁽¹⁰¹⁾. Questo profilo è fondamentale e cambia comple-

⁽⁹⁸⁾ C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, cit.

⁽⁹⁹⁾ R. HALE, *Labour Legislation as an Enlargement of Individual Liberty*, in *American Labour Legislation Review*, 1926, 15, 155-60; W.J. SAMUELS, S. MEDEMA, A.A. SCHMID (eds.), *The Economy as a Process of Valuation*, Edward Elgar, Lyme (NH), 1997; B. FRIED, *op. cit.*

⁽¹⁰⁰⁾ J. ADDISON, B. HIRSCH, *op. cit.*, 125-78.

⁽¹⁰¹⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, Macmillan, New York, 1934. H. SPECTOR, *Philosophical Foundation of Labour Law*, in *Florida State University Law Review*, 2006, 33 (Summer), 1119-48.

tamente la teorizzazione sul lavoro. Se lo scopo dell'economia è migliorare il benessere dell'uomo, allora il benessere delle persone, intese come lavoratori, dovrebbe essere preso in considerazione ben al di là del contributo che esse forniscono alla produzione e alla soddisfazione degli interessi dei consumatori.

Proprietà e diritti di proprietà. L'economia istituzionale si fonda sul concetto di "proprietà" e sul concetto ad esso relazionato di "diritti di proprietà", sulla base dell'affermazione di Commons ⁽¹⁰²⁾ secondo la quale «la proprietà diventa il fondamento dell'economia istituzionale». Ugualmente, i diritti di proprietà sono trattati diffusamente nella letteratura NIE ⁽¹⁰³⁾, e sono stati ampiamente analizzati anche da numerosi autorevoli studiosi della NL&E (per esempio Demsetz). È necessario però procedere a priori ad una specificazione dei diritti di proprietà e dei fattori economici fondamentali che intervengono nella definizione di proprietà, come le merci, le funzioni di produzione e le curve di domanda e offerta: i diritti di proprietà includono non solo la proprietà di beni economici, ma anche i diritti umani fondamentali e i diritti sociali.

Istituzioni. Si intendono come istituzioni i complessi di regole, formali e informali, espresse e implicite, emerse dai diritti di proprietà (intesi in senso lato), che definiscono le regole del gioco economico, i vincoli, l'assetto delle opportunità, gli incentivi, le interdipendenze strategiche con le quali devono confrontarsi i soggetti economici ⁽¹⁰⁴⁾. Ogni attività economica è quindi "istituzionale" nel momento in cui è eseguita entro strutture e "binari" imposti dalle istituzioni create dall'uomo. Non solo. Così interpretata, ogni attività economica risulta inestricabilmente legata ai temi della equità (*fairness*) e dello *status*, dal momento che le leggi, le norme e gli usi creati e resi effettivi tramite le "istituzioni" sono funzionali, tra l'altro, ad allocare giustizia e posizione sociale.

Sovranità. L'economia è sempre "economia politica", perché le istituzioni e le regole che guidano e strutturano l'attività economica sono in parte stabilite attraverso un processo politico in cui le persone, individualmente e collettivamente, cercano di ottenere e poi impiegare il potere della sovranità per dare forma alle istituzioni e alle regole per la promozione dei propri interessi ⁽¹⁰⁵⁾.

Modello comportamentale/sociale dell'agente umano. Le persone sono modellate dai propri scopi e dal proprio interesse, ma il processo decisionale è soggetto ad una razionalità limitata e il comportamento è influenzato dalle emozioni, dalle interazioni sociali e dai precetti etici ⁽¹⁰⁶⁾. Un aspetto chiave che permette di comprendere la natura delle restrizioni della razionalità è la sostanziale incertezza cui molti eventi futuri sono soggetti, eventi che dunque non possono essere rappresentati neppure dalla distribuzione probabilistica; un altro aspetto chiave è l'effetto distorsivo sul comportamento causato dalle emozioni come la rabbia, l'odio, l'amore e l'orgoglio.

⁽¹⁰²⁾ J. COMMONS, *op. ult. cit.*, 5.

⁽¹⁰³⁾ E. FURUBOTN, R. RICHTER, *op. cit.*; R. COASE, *The Institutional Structure of Production*, cit., 713-19.

⁽¹⁰⁴⁾ R. COASE, *op. ult. cit.*, 713-19; E. FURUBOTN, R. RICHTER, *op. cit.*

⁽¹⁰⁵⁾ J. COMMONS, *The Economics of Collective Action*, University of Wisconsin Press, Madison, 1950.

⁽¹⁰⁶⁾ B. KAUFMAN, *Emotional Arousal as a Source of Bounded Rationality*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1999, 38 (February), 135-44. C. SUNSTEIN, cit. A.A. SCHMID, *Conflict and Cooperation: Institutional and Behavioral Economics*, Blackwell, Malden, 2004.

Transazioni e costo di transazione. Una transazione è un trasferimento legale di proprietà; il costo di transazione consiste nelle risorse di fatto usate per effettuare e far rispettare il trasferimento ⁽¹⁰⁷⁾.

Modalità di coordinamento. I sistemi economici hanno modalità istituzionali differenti per il coordinamento delle transazioni; le due più importanti per la teoria sono (1) mercati e prezzi e (2) organizzazioni e disposizioni normative, come specificato da Williamson nel 1985 ⁽¹⁰⁸⁾.

Potere. Il potere è la capacità di soddisfare i desideri di qualcuno e ottenere una maggiore condivisione di risorse scarse (materiali e non). Il potere è influenzato dal livello della necessità/volontà di conseguire un certo risultato da parte di un soggetto economico e da quanto a lungo tale soggetto possa perseverare nella contrattazione *vis a vis* con l'altra parte ⁽¹⁰⁹⁾.

Valore ragionevole. I soggetti economici individuali e collettivi hanno una propria cognizione di ciò che è giusto e ragionevole e, ogni volta che un risultato/processo cade al di fuori del limite di tale ragionevolezza, si impegnano in azioni volte ad alterare la matrice istituzionale di norme e diritti ⁽¹¹⁰⁾.

10. L'analisi del mercato del lavoro e delle relazioni di lavoro condotta dalla IL&E si sviluppa in due fasi. La prima è una critica e uno smembramento del modello del mercato del lavoro concorrenziale che costituisce il fulcro del modello proposto dalla NL&E; la seconda è la costruzione di un modello alternativo di mercato del lavoro e delle relazioni di lavoro che da un ruolo più positivo – ma ancora in modo incompleto – alla regolazione del lavoro e della occupazione. Entrambe le fasi procedono sulla base di una proposizione fondamentale: che il lavoro è un fenomeno umano e non una merce ⁽¹¹¹⁾. Questa affermazione, si noti, è la pietra angolare dell'ILO e del suo programma di norme internazionali del lavoro, poiché il primo dei novi principi elencati nella costituzione dell'ILO recita: «Il lavoro non deve essere considerato come una merce o come oggetto di scambio» ⁽¹¹²⁾. In altra sede, ho anche fatto presente che tale affermazione fornisce un fondamento positivo di carattere normativo per il campo delle relazioni industriali, laddove nella mia visione le relazioni industriali rappresentano il sottoinsieme del lavoro dell'economia istituzionale ⁽¹¹³⁾.

Il nucleo centrale nel pensiero della NL&E è il modello di concorrenza dei mercati del lavoro: tale modello emerge dallo schema neoliberista che prevede (più) liberi mercati del lavoro e deregolazione delle relazioni di lavoro.

⁽¹⁰⁷⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit. R. COASE, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, 1937, 4 (November), 386-405.

⁽¹⁰⁸⁾ B. KAUFMAN, *The Organization of Economic Activity: Insights from the Institutional Theory of John R. Commons*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2003, vol. 52, n. 1, 71-96.

⁽¹⁰⁹⁾ W.J. SAMUELS, S. MEDEMA, A.A. SCHMID (eds.), *op. cit.*

⁽¹¹⁰⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit.; R. MCINTYRE, Y. RAMSTAD, *John R. Commons and the Problem of International Labour Rights*, in *Journal of Economic Issues*, 2002, vol. 36, n. 2, 293-301.

⁽¹¹¹⁾ J. BUDD, *Employment with a Human Face: Balancing Efficiency, Equity and Voice*, Cornell University Press, Ithaca, 2004.

⁽¹¹²⁾ In www.ilo.org.

⁽¹¹³⁾ B. KAUFMAN, *The Global Evolution of Industrial Relations: Events, Ideas and the IIRA*, cit.

A seconda delle differenti concrete articolazioni del modello, il risultato che deriva dalla sua applicazione, come già sopra precisato, è meno netto, fino a contraddire, in alcuni casi, la valutazione in termini negativi della regolazione. Ciò nonostante, quando tale modello è utilizzato come punto di partenza o fondamento per l'analisi teorica, inevitabilmente si traduce in un argomento a sostegno dei detrattori della regolazione, collocando i fautori di tale soluzione in una posizione più debole, di difesa.

Alcuni oppositori accusano la NE non solo di contenere errori riguardo al libero mercato, ma anche ostacoli contro il lavoro, come ad esempio sostenuto da Joseph Stiglitz ⁽¹¹⁴⁾, secondo il quale, «sembra che le proposizioni fondamentali dell'economia neoclassica siano state delineate per attaccare i diritti e la posizione del lavoro».

Riconoscendo questi pregiudizi, i primi fautori nella IL&E, così come le figure di rilievo delle relazioni industriali dopo la Seconda Guerra Mondiale, dispiegarono notevole impegno nel tentativo di rimuovere o screditare il modello concorrenziale dei mercati del lavoro ⁽¹¹⁵⁾. Questo impegno, secondo il giudizio della maggior parte degli economisti, fallì largamente e il modello di concorrenza rimane il cuore del modello della NE, anche se protetto dalla "cintura di sicurezza" di una teorizzazione secondaria, rapidamente diffusasi ⁽¹¹⁶⁾. I recenti sviluppi nella teoria IE, comunque, rivelano che il modello di concorrenza ha, in effetti, una contraddizione interna profonda, che appare in grado di compromettere la sua logica interna, mettendo in discussione il fondamento su cui la NL&E è costruita ⁽¹¹⁷⁾.

La contraddizione logica emerge nel momento in cui si considerano le conseguenze del costo di transazione per il modello concorrenziale. Il concetto di transazione fu per primo sviluppato da Commons ⁽¹¹⁸⁾, che lo definiva come un «*legale/legittimo* trasferimento di diritti di proprietà»; il concetto di costo di transazione fu poi indipendentemente sviluppato da Coase ⁽¹¹⁹⁾ e formalmente esteso da Williamson e altri nella NIE. È chiaramente un concetto della IE, ancora oggi largamente omesso dai libri di testo di microeconomia e di economia del lavoro dominanti, come il Varian ⁽¹²⁰⁾ e il Ehrenberg e Smith ⁽¹²¹⁾. È omesso perché la teoria del prezzo neoclassica assume come dato di partenza che lo scambio sul mercato avvenga a costo zero, perciò il costo di transazione effettivamente non rientra nella sua analisi ⁽¹²²⁾.

La logica del costo di transazione positiva implica che un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale non possa esistere sul puro piano della teoria. Questo

⁽¹¹⁴⁾ J. STIGLITZ, *Democratic Development as the Fruits of Labour*, in *Perspectives on Work*, 2000, vol. 4, fasc. 1, 3.

⁽¹¹⁵⁾ G. TAYLOR, F. PIERSON, *New Concepts in Wage Determination*, McGraw-Hill, New York, 1957.

⁽¹¹⁶⁾ P. CAHUC, A. ZYLBERBERG, *op. cit.*

⁽¹¹⁷⁾ B. KAUFMAN, *The Impossibility of a Perfectly Competitive Labour Market*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2007, vol. 31, fasc. 5, 775-88, e B. KAUFMAN, *The Non-Existence of the Labour Demand/Supply Diagram, and Other Theorems of Institutional Economics*, in *Journal of Labour Research*, Spring 2008, fasc. 29.

⁽¹¹⁸⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit., 55.

⁽¹¹⁹⁾ R. COASE, *The Nature of the Firm*, cit., 386-405.

⁽¹²⁰⁾ H.R. VARIAN, *Intermediate Microeconomics*, W.W. Norton & C, New York, 2002.

⁽¹²¹⁾ R.G. EHRENBERG, R.S. SMITH, *Modern Labor Economics: Theory and Public Policy*, Addison-Wesley, Reading, 2006.

⁽¹²²⁾ G. DOW, *op. cit.*, e R. COASE, *The Institutional Structure of Production*, cit.

risultato è fondamentale poiché ne consegue che la curva della domanda e offerta sia impossibile, compromettendo lo strumento teorico principale che la NL&E utilizza per criticare il diritto del lavoro e la regolazione del lavoro ⁽¹²³⁾.

Uno dei principi della IE è che la produzione e lo scambio, a parità delle altre variabili, sono coordinate o dal sistema mercati/prezzo o, in alternativa, dal sistema organizzazioni/disposizioni normative, a seconda di quale sia quello che permette di ottenere i costi più bassi. Ne consegue che, se il costo di transazione è zero in una economia perfettamente concorrenziale, allora la coordinazione del mercato è ovunque la più efficiente e le aziende (un sistema di coordinamento delle disposizioni) si disintegrano verticalmente finché tutte le aziende (e le altre unità di produzione) si riducono ad operazioni di una sola persona nella forma di una unica proprietà, del lavoro autonomo, e dell'impresa a conduzione familiare. Con questo risultato in mente, Coase riafferma: «in assenza di costi di transazione, non c'è una base economica per l'esistenza dell'azienda» ⁽¹²⁴⁾.

La conseguenza di questo risultato è fatale per la coerenza logica del modello concorrenziale di mercato del lavoro. Un mercato del lavoro, come convenzionalmente viene concepito, è un'area di scambio in cui i datori di lavoro cercano persone che offrano prestazioni di lavoro; i membri della comunità si offrono come lavoratori e forniscono prestazioni di lavoro; i costi flessibili del salario uniscono questi due aspetti. In questo spirito, Milgrom e Roberts sostengono: «Lo studio dei mercati del lavoro, dell'occupazione e dei salari è l'elemento principale dell'economia neoclassica» ⁽¹²⁵⁾.

Ma se tutte le aziende sono unità composte da un'unica persona, esse non hanno bisogno di lavoratori e, quindi, non c'è ragion d'essere né per un mercato del lavoro né per relazioni di lavoro. I due concetti scompaiono, come pure il concetto di "salario". Queste aziende invece acquistano prestazioni lavorative nella forma di beni intermedi prodotti da altre unità di produzione, formate da una sola persona (ovvero operanti come *contractors* indipendenti o aziende con il solo proprietario), coordinati dal *prezzo* (non dalle variazioni di salario) nei mercati del *prodotto*.

Si vede, dunque, che i presupposti di un modello del mercato del lavoro perfettamente concorrenziale escludono in termini logici il vero oggetto che vorrebbero teorizzare. Il modello, e la curva della domanda e offerta di lavoro che ne sono corollario, non ha un fondamento microeconomico coerente e perciò è in certa misura *ad hoc*. Inoltre, e in modo ancora più importante, questa conclusione significa che *i mercati del lavoro sono sempre e ovunque imperfetti* e che una *relazione di lavoro esiste solo quando c'è un fallimento del mercato* ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ B. KAUFMAN, *The Non-Existence of the Labour Demand/Supply Diagram, and Other Theorems of Institutional Economics*, cit.

⁽¹²⁴⁾ Le aziende possono ancora possedere una scorta di capitale ma affittarne porzioni a lavoratori diventati operatori indipendenti. R. COASE, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, 14.

⁽¹²⁵⁾ J. MILGROM, P. ROBERTS, *Economics, Organization & Management*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, NJ, 1992, 327.

⁽¹²⁶⁾ B. KAUFMAN, *The Non-Existence of the Labour Demand/Supply Diagram, and Other Theorems of Institutional Economics*, cit.

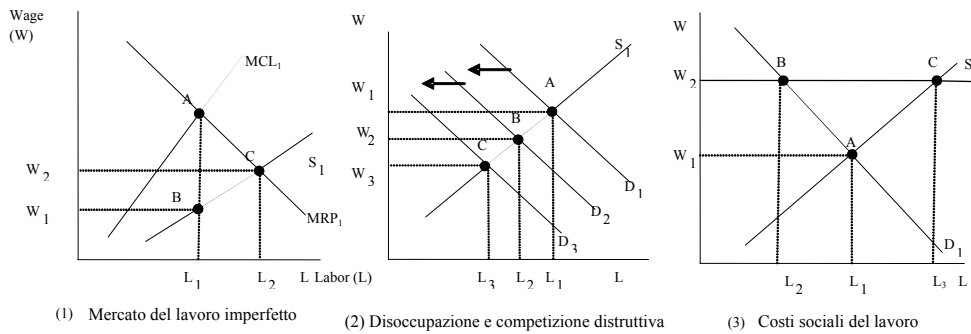
Imperfezioni e fallimenti del mercato del lavoro non sono problemi occasionali o superficiali ma sono endemici e seri; diversamente, i mercati del lavoro e le grandi aziende *multi-personali* non esisterebbero.

Occorre far presente che questa conclusione *non* significa che i sostenitori della IE escludano allo stesso tempo il modello competitivo e il diagramma della domanda e offerta di lavoro, poiché essi sono per loro stessa ammissione interessanti strumenti per propositi pedagogici e di ricerca. Il risultato, piuttosto, è di circoscrivere ulteriormente l'obiettivo e il potere del modello dimostrando che esso non poggia su un solido fondamento microeconomico. Si apre in questo modo un più ampio spazio per teorie della concorrenza imperfetta e si chiarisce il campo delle forze in gioco nei termini della IL&E.

La IE dimostra che il modello del mercato perfettamente concorrenziale è un *non sequitur* logico. Questo è un atto di decostruzione. Il passo successivo è dunque la costruzione, e, in particolare, lo sviluppo di un argomento teorico positivo per la regolazione dell'occupazione.

In funzione di questa conclusione, presento brevemente quattro argomenti, basati su concetti della IL&E, per cui la regolazione del lavoro e della occupazione può offrire efficienza economica. Mi concentro sull'efficienza allo scopo di sfidare più direttamente la NL&E; altri obiettivi ai fini del welfare restano comunque dati noti (cfr. i tre quadri rappresentanti nel grafico 3). Il quadro (a) mostra un modello di mercato del lavoro a concorrenza imperfetta (ad esempio il monopolio); il quadro (b) mostra un modello di mercato del lavoro concorrenziale nel complesso (a livello nazionale); e il quadro (c) mostra un mercato del lavoro concorrenziale per una particolare occupazione o settore di lavoro. L'analisi utilizza in modo selettivo tutti e tre i quadri.

Grafico 3 – Prospettiva IL&E: effetti economici delle norme del mercato del lavoro.



11. Il primo argomento a favore della regolazione del lavoro e dell'occupazione è che i lavoratori risentono di un'ineguaglianza nel potere contrattuale poiché i mercati del lavoro imperfetti e una asimmetrica distribuzione di risorse e diritti,

collocano i datori di lavoro in posizione dominante nella contrattazione salariale e il singolo lavoratore in una posizione più debole e dipendente ⁽¹²⁷⁾.

Con l'ineguaglianza del potere contrattuale, la concorrenza del mercato non può proteggere completamente i salari, le condizioni e il trattamento del lavoro e così qualche meccanismo di bilanciamento istituzionale deve essere introdotto per assicurare efficienza, equità, e un processo appropriato. Le proposte sociali primarie sono, in primo luogo, la *protezione economica* dei lavoratori e, in secondo luogo, la *democrazia politica* nel governo della forza lavoro. Qui convergono i classici argomenti della IL&E a favore della regolazione dell'occupazione.

Nello sviluppare l'idea dell'ineguaglianza del potere contrattuale, procedo in due passi: il primo è considerare il ruolo della concorrenza imperfetta nei mercati del lavoro, il secondo è considerare il ruolo dell'asimmetria delle risorse e dei diritti. I due sono distinti e necessitano di essere trattati separatamente.

Concorrenza imperfetta. Una situazione di potere contrattuale uguale esiste in un mercato del lavoro concorrenziale nel momento in cui sia il datore che il prestatore di lavoro sono *percettori di salario*, nel senso che nessuno ha il potere di aumentare o diminuire il salario (e le altre condizioni) al di sopra o al di sotto del prezzo stabilito dal mercato concorrenziale. Ciò procura sia efficienza che equità e il mercato offre una piena protezione dei lavoratori, attraverso due strumenti: i lavoratori possono, a costo zero, lasciare e trovare lavoro altrove; la concorrenza costringe le aziende a fornire condizioni e termini ottimali del lavoro al fine di reclutare e mantenere una forza lavoro.

Ma cosa accade se i mercati del lavoro sono imperfetti? In teoria, un mercato del lavoro imperfetto può dare un vantaggio di potere o al datore di lavoro o al lavoratore. Sebbene entrambe le situazioni possano accadere, la posizione della IL&E è che nella maggior parte dei casi sono i lavoratori – e in particolare quelli con le minori qualifiche, più basso livello di istruzione o appartenenti a gruppi svantaggiati – coloro che soffrono di un potere di contrattazione disuguale. Il ragionamento è semplice: chi sente la pressione più forte per raggiungere un accordo e ottenere il lavoro, l'azienda o il lavoratore? E quale parte ha maggiori risorse e opzioni alternative su cui fare affidamento se non si raggiunge un accordo? Nella maggior parte delle circostanze, la risposta ovvia è l'azienda, in particolare quando tra i fattori venga considerata l'usuale margine in eccesso dell'offerta di lavoro nel mercato del lavoro ⁽¹²⁸⁾. In questa situazione, i primi sostenitori della IL&E pensavano che fosse ovvio che, nella contrattazione dei salari tra la US Steel e il lavoratore singolo, le imperfezioni nel mercato del lavoro e la superiore "capacità di mantenimento" dessero al datore di lavoro un certo vantaggio di potere e la capacità di ottenere termini e condizioni di lavoro che favorissero il suo

⁽¹²⁷⁾ J. COMMONS, J.B. ANDREWS, *Principles of Labour Legislation*, Harper & Brothers, New York, 1936; B. KAUFMAN, *Labour's Inequality of Bargaining Power: Changes Over Time and Implications for Public Policy*, in *Journal of Labour Research*, Summer 1989, fasc. 10, 285-98; K. KLARE, 'Countervailing Workers' Power as a Regulatory Strategy', in H. COLLINS, P. DAVIES, R. RIDEOUT (eds.), *op. cit.*, 63-82. Cfr. D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, vol. 41, fasc. 4, 563-658, per una analisi critica.

⁽¹²⁸⁾ C. TAYLOR, *The Long Side of the Market and the Short End of the Stick: Bargaining Power and Price Formation in Buyers, Sellers' and Balanced Markets*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1995, vol. 110, fasc. 3, 837-55.

interesse. Ciò accade sia nel mercato del lavoro esterno, in cui il datore di lavoro esercita un qualche livello di potere di monopolio nella determinazione del salario, sia nel sistema di governo dell'azienda (nel mercato del lavoro interno), in cui il datore di lavoro esercita un qualche livello di potere autocratico per imporre, amministrare e rafforzare le regole di lavoro in modo unilaterale e a volte arbitrario e iniquo.

La regolazione dell'occupazione, dunque, serve per proteggere i più deboli, livellare il campo di gioco, assicurare la democrazia industriale e creare un sistema di lavoro umano, bilanciato ⁽¹²⁹⁾.

La posizione della IL&E è che sia nella teoria che nella pratica i mercati del lavoro sono sempre e ovunque concorrenziali in modo imperfetto; dunque, i sistemi di governo interni alle aziende sono pure in qualche misura dominati dal datore di lavoro ⁽¹³⁰⁾. Si possono citare diverse ragioni. In primo luogo, si è notato che un mercato del lavoro e le relazioni di lavoro possono esistere solo con un costo positivo di transazione. Un costo positivo di transazione, a sua volta, deriva da una condizione di razionalità limitata che, a sua volta, conduce a contratti incompleti, diritti di proprietà definiti in modo impreciso e carenze nella implementazione legale di questi diritti.

Dunque, i mercati del lavoro interni ed esterni sono inevitabilmente la sede di una moltitudine di imperfezioni contrattuali, come recentemente sottolineato nella letteratura moderna sui problemi di agente-mandante, *moral hazard*, compromesso strategico e selezione avversa ⁽¹³¹⁾.

In secondo luogo, un assunto fondamentale nel modello concorrenziale è che sia le aziende prese singolarmente sia i lavoratori operano a salario predeterminato, che comporta un potere decisionale sul salario da parte di forze impersonali del mercato, dunque fuori dal controllo di uno qualsiasi degli attori. Il modello tuttavia mostra che i datori di lavoro, sempre e in qualsiasi luogo, hanno qual certa abilità di determinare i livelli retributivi (e le altre condizioni e regole del contratto), quanto meno fino a quando i servizi di lavoro sono insiti negli esseri umani. Una condizione essenziale del modello concorrenziale è che il lavoro sia una merce *omogenea* (indistinguibile). Ma questa condizione è contraddetta dalla vera natura della relazione di lavoro. Le prestazioni di lavoro infatti sono parte integrante del lavoratore e da esso indivisibili, di modo che non possono essere separate al momento della vendita; quindi il lavoratore e il datore di lavoro necessariamente devono instaurare, al momento della produzione, una relazione personale. Questo fatto determina la distinzione tra *outsiders* e *insiders* del mercato del

⁽¹²⁹⁾ C. SUMMERS, *Industrial Democracy: America's Unfilled Promise*, in *Cleveland State Law Review*, 1979, vol. 28, fasc. 1, 29-49; K. DAU-SCHMIDT, *A Bargaining Analysis of American Labour Law and the Search for Industrial Peace*, in *Michigan Law Review*, 1992, vol. 91, fasc. 3, 419-514; P. WEILER, *Governing the Workplace: The Future of Labour and Employment Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1990; J. BUDD, *op. cit.*, e B. KAUFMAN, *Historical Insights: The Early Institutionalists on Trade Unionism and Labour Policy*, cit.

⁽¹³⁰⁾ R. BLOCK, P. BERG, D. BELMAN *The Economic Dimension of the Employment Relationship*, in J. COYLE-SHAPIRO ET AL. (eds.), *The Employment Relationship: Examining Psychological and Contextual Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 94-118.

⁽¹³¹⁾ G. MILLER, *Managerial Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991; S. BOWLES, H. GINTIS, *The Revenge of Homo Economicus: Contested Exchange and the Revival of Political Economy*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1993, vol. 7, fasc. 1, 83-102, e P. CAHUC, A. ZYLBERBERG, *op. cit.*

lavoro, atteso che la peculiare situazione di questi ultimi, in uno con i costi di transazione legati alla ricerca e alla mobilità della manodopera in un mercato caratterizzato da informazioni imperfette, rende i lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro una fonte preferibile e spesso meno costosa di prestazioni rispetto ai candidati per quella attività sul mercato esterno.

Quindi, i lavoratori sono non omogenei, ma eterogenei, conducendo a una situazione di monopsonio – in senso lato per includere oligopsoni, concorrenza monopsonistica e altre situazioni di mercato con una mobilità costosa – in cui la curva dell'offerta di lavoro per l'azienda è inclinata verso l'alto (¹³²).

Ciò è illustrato, nel quadro (a) del grafico 3, dalla curva crescente dell'offerta S_1 , accompagnata da un costo marginale crescente della curva del lavoro MCL_1 . In questo mercato del lavoro, l'azienda stabilisce l'impiego a L_1 (dove MRP_1 interseca MCL_1 nel punto A) e paga un salario di W_1 (dato dalla curva dell'offerta nel punto B). Questo salario è più basso rispetto al salario di concorrenza W_2 (punto C), è determinato dall'azienda piuttosto che dalle forze impersonali della domanda e dell'offerta (sebbene esse stabiliscano i limiti superiori e inferiori), e dà luogo allo sfruttamento del lavoro, tipicamente definito come la differenza tra il contributo marginale dei lavoratori alla produzione e il salario (punti A-B). In modo alternativo, l'azienda può pagare un salario concorrenziale ma sfrutta i lavoratori riducendo altri termini e condizioni di lavoro, quali benefit e spese per la sicurezza; un'altra opzione è esercitare il proprio potere attraverso una disciplina e supervisione del lavoro onerosa e oppressiva.

La IE afferma, quindi, che: (1) la condizione di omogeneità è sempre violata in una relazione di lavoro (o in un accordo di *leasing*, ecc.), così per definizione i mercati del lavoro sono imperfetti; (2) con una curva dell'offerta di lavoro inclinata verso l'alto, l'azienda individuale ottiene un qualche potere di mercato per determinare il salario, implicando che i livelli di salario siano sempre e ovunque una forma di *prezzo amministrato* e i mercati del lavoro sempre e ovunque presentino qualche elemento di *controllo del datore di lavoro* e di *potenziale sfruttamento del salario e autocrazia della forza lavoro*; infine (3), il grafico relativo alla domanda e all'offerta in un mercato perfettamente competitivo mostra di per sé le contraddizioni del sistema nel momento in cui si esclude che sia possibile individuare una curva continua e con andamento ben definito della domanda di lavoro. Ciò significa che nel grafico relativo al monopsonio l'azienda ha una curva ben definita dell'offerta ma una curva non ben definita della domanda, esattamente come in un mercato monopolistico l'impresa ha una curva ben definita dei costi marginali ma non una curva ben definita dell'offerta.

En passant, si noti che la IE non nega che a un certo livello ampio ci sia una relazione inversa tra il prezzo del lavoro e la quantità richiesta. Come ha mostrato Becker (¹³³), la legge della domanda è un fatto fondamentale di scarsità e non unicamente la conclusione di una qualche teoria, implicando che l'esistenza

(¹³²) D. CARD, A. KRUEGER, *Myth and Measurement: The New Economics of the Minimum Wage*, Princeton University Press, Princeton, 1995; V. BHASKAR, T. TO, *Minimum Wages for Ronald McDonald Monopsonies: A Theory of Monopsonistic Competition*, in *Economic Journal*, April 1999, fasc. 109, 190-203; A. MANNING, *op. cit.*, 2003; C. ERICKSON, D.J.B. MITCHELL, *op. cit.*

(¹³³) G. BECKER, *Irrational Behavior and Economic Theory*, in *Journal of Political Economy*, February 1962, fasc. 70, 1-13.

di un certo tipo di effetto negativo sull'occupazione *non* rappresenta una prova discriminante in supporto del modello di mercato concorrenziale della NE. Piuttosto, la questione *reale* che divide la IE e la NE è la *solidità e la rilevanza di questa relazione*.

La teoria del prezzo della NE stabilisce una relazione inversa monotonica, unica, ben definita tra il salario e la quantità di lavoro richiesta – un prodotto di contratti completi, una teoria di lavoro e concorrenza perfetta, mentre la IE sostiene che la relazione di domanda abbia delle falle, un certo grado di incertezza (una “banda” della domanda invece di una curva) ed eventualmente una sezione verticale o inclinata positivamente oltre un certo *range*, il tutto collegato a una teoria umana del lavoro, a contratti incompleti, alla concorrenza imperfetta, ad effetti del salario sull'efficienza, ecc. Perciò, l'effetto zero/positivo sull'occupazione di un salario minimo individuato da Card e Krueger ⁽¹³⁴⁾ è completamente compatibile con la teoria della IE, ma non con una franca versione della teoria della NE.

Risorse e diritti disuguali. Il lavoro può anche soffrire a causa di un potere di contrattazione disuguale in un mercato del lavoro perfettamente concorrenziale, se la distribuzione delle risorse e dei diritti è fortemente sbilanciata a favore dei datori di lavoro. Questo può essere definito un caso di potere di contrattazione disuguale “prima del mercato”, in contrasto col precedente caso di ineguaglianza “all'interno del mercato”.

L'ineguaglianza di potere di contrattazione prima del mercato esamina il risultato di salario/occupazione con riferimento alle alternative distribuzioni/specificazioni dei diritti di proprietà e possesso. Abbiamo di nuovo bisogno di una linea di partenza per confrontare situazioni di uguale e disuguale potere di contrattazione. A questo scopo Commons ⁽¹³⁵⁾ ha introdotto il concetto di *valore ragionevole*. Il valore ragionevole è la concezione della comunità dei limiti minimi e massimi legittimi e moralmente giustificabili per la contrattazione salariale, dati i fondamenti economici esistenti in quel momento e lo spettro di alternative fattibili/praticabili che le due parti hanno a disposizione ⁽¹³⁶⁾.

Il valore ragionevole è in sé soggettivo e contingente nel tempo e nello spazio, tuttavia è determinato, visto che un organo governativo sovrano, quale la Corte Suprema degli Stati Uniti (da cui Commons ha ricavato questo concetto), deve delimitare le linee di confine tra termini di contratto legittimi e illegittimi.

Per fare questo, la Corte ha elaborato all'inizio del Ventesimo secolo le dottrine della “ragionevolezza” e della “*conscienability*”. Il concetto è che la Corte rifiuta di accantonare contratti negoziati volontariamente a meno che i processi di negoziazione e/o i termini siano considerati irragionevoli e/o ingiustificabili secondo gli standard prevalenti all'interno della comunità ⁽¹³⁷⁾.

L'ineguaglianza di potere contrattuale prima del mercato, dunque, corrisponde a salari e ad altre condizioni che vanno oltre il livello del valore ragionevole, con la connotazione che questi termini potrebbero solo derivare da una costellazione di potere contrattuale che nelle circostanze correnti è abbastanza asimmetrica da

⁽¹³⁴⁾ D. CARD, A. KRUEGER, *op. cit.*

⁽¹³⁵⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit., 683-4.

⁽¹³⁶⁾ R. MCINTYRE, Y. RAMSTAD, *op. cit.*, 293-301.

⁽¹³⁷⁾ J. COMMONS, J.B. ANDREWS, *Principles of Labour Legislation*, cit., 1936.

violare gli standard di legittimità della comunità. Da questo punto di vista, la libertà di contratto può essere una crudele finzione che permette a una parte di imporre all'altra termini onerosi e di sfruttamento. Come prima, in teoria la inegualianza di potere contrattuale prima del mercato può favorire o il datore di lavoro o il lavoratore; in pratica, in ogni caso, la IE sostiene che di norma essa favorisce i datori di lavoro e lavori contro i lavoratori individuali, soprattutto nelle fasi iniziali dello sviluppo economico.

Con riferimento alle risorse, ad esempio, i datori di lavoro hanno risorse economiche molto più ingenti rispetto ai lavoratori che vivono busta paga dopo busta paga, e possono dunque sopravvivere più a lungo se non si raggiunge un accordo. Allo stesso modo, i datori di lavoro sono meno sotto pressione per raggiungere un accordo poiché il loro flusso di entrate in genere continua anche se un posto di lavoro è vacante, mentre il flusso di entrate di un lavoratore in genere cessa senza quel lavoro. Altrettanto importante, i datori di lavoro si trovano tipicamente di fronte a più persone diverse che cercano lavoro rispetto a quante opportunità di lavoro alternative si trovino di fronte i singoli lavoratori (vale a dire, i lavoratori sono di solito sul "lato lungo" del mercato del lavoro).

I diritti sono un secondo fattore che determina il potere contrattuale. La IE contesta che in tutte le società capitaliste i diritti legali di partenza siano fortemente sbilanciati in favore dei datori di lavoro. Una ragione è che il capitale è tipicamente una risorsa scarsa mentre il lavoro è a poco prezzo e, quindi, le società danno scarsa attenzione alla protezione del lavoro, un'altra ragione è che i datori di lavoro hanno accesso e influenza maggiori nelle arene giudiziarie e legislative⁽¹³⁸⁾.

Dunque, mentre la NL&E teorizza che l'evoluzione della *common law* sia guidata dalle pressioni dell'efficienza, la IL&E sostiene che in aggiunta alle pressioni dell'efficienza la *common law* si evolve anche a partire dalla contestazione politica – ovvero, il processo in cui gli *outsiders* sociali lottano per diventare *insiders* e, al livello in cui essi ottengono successo, i giudici re-interpretano la *common law* per incorporare i loro interessi⁽¹³⁹⁾.

Come si è visto nella IE, molte norme legali un secolo fa, e alcune oggi, riguardo i diritti di proprietà e possesso creano un potere di contrattazione disuguale prima del mercato⁽¹⁴⁰⁾.

Un esempio di questo tipo è l'*employment-at-will*, ovvero il principio della libera recidibilità del contratto. In qualsiasi mercato del lavoro del mondo reale i costi dell'*employment-at-will* cadono in modo sproporzionato sui lavoratori, riducendo drasticamente il loro potere di contrattazione di fronte all'azienda e spostando in questo modo la loro curva dell'offerta di lavoro verso destra (con un potere di contrattazione disuguale, il loro prezzo minimo di offerta viene ridotto).

Ugualmente rilevanti sono le norme sull'immigrazione. Una norma legale che permetta una larga immigrazione nel Paese allo stesso modo sposta verso destra la curva dell'offerta di lavoro, abbassando i salari e le condizioni per i lavoratori. Da una prospettiva della NE, il nuovo salario risultante è concorrenziale e *prima*

⁽¹³⁸⁾ J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit., 673.

⁽¹³⁹⁾ S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, cit.

⁽¹⁴⁰⁾ J. COMMONS, J.B. ANDREWS, *Principles of Labour Legislation*, cit., 1936.

facie positivo per il benessere sociale poiché l'efficienza è promossa quando i prezzi sul mercato si modificano per riflettere un cambiamento nei relativi fattori caratterizzati da scarsità. Da una prospettiva di IE, d'altro canto, lo stesso risultato, sebbene formalmente concorrenziale, in un quadro più ampio può benissimo essere un risultato socialmente iniquo e inefficiente poiché riduce i salari e le condizioni di lavoro al di sotto di un livello ragionevole o al di sotto di un livello di sussistenza a lungo termine (ad esempio, il lavoro minorile, la mancanza di assicurazione sanitaria).

In effetti, la IE contesta che ciò che appare come risultato di un mercato concorrenziale sia in effetti un caso di *sfruttamento istituzionale* – la differenza tra un salario e una serie di condizioni del lavoro minimamente ragionevoli e il livello attuale risultante da regole del gioco distorte⁽¹⁴¹⁾.

Prima di proseguire, è utile sottolineare che i datori di lavoro non sono gli unici o forse nemmeno la principale fazione che utilizza il governo per distorcere le regole del gioco contro gli interessi dei lavoratori. Anche i consumatori hanno un incentivo a fare così⁽¹⁴²⁾.

I consumatori hanno un interesse duplice nella misura in cui essi non solo comprano prodotti ma vendono anche lavoro. Ciò non di meno, la IE ritiene che il loro interesse personale sulla bilancia penda verso prodotti a più basso costo, dato che i prezzi inferiori di *N* prodotti di consumo nell'economia migliora il benessere di tutti i consumatori, e invece gli standard superiori del lavoro migliorano il benessere solo di un sottogruppo.

Se osserviamo ad esempio un minimo salariale, la maggior parte delle persone lavora in aziende che pagano considerevolmente al di sopra di questo livello, per cui votando per candidati politici che sostengono un aumento del minimo salariale è probabile che si riduca il loro guadagno reale (a causa dell'aumento dei prezzi) senza alcun aumento compensativo nei salari. Esaminato in questo modo, sia i consumatori sia le aziende hanno un interesse condiviso ad avere un costo del lavoro più basso e un interesse condiviso ad avere norme, regolazioni e una infrastruttura istituzionale che promuova tale situazione.

Una prospettiva di economia politica sui mercati del lavoro suggerisce, dunque, che quello che a prima vista sembra un mercato del lavoro concorrenziale può benissimo essere in effetti un luogo mascherato di potere di contrattazione fortemente disuguale.

12. Un secondo argomento a favore della regolazione del mercato del lavoro è la *stabilizzazione macroeconomia e del mercato del lavoro*. Questo obiettivo completa anche la protezione del lavoratore e gli obiettivi di democrazia industriale proteggendo i salari, le condizioni di lavoro e il trattamento dalla spinta al ribasso generata da un eccesso dell'offerta di lavoro nell'economia di mercato aggregata. Commons ha sostenuto che la disoccupazione cronica sia la causa singola più importante dei problemi del lavoro e il più grande punto debole del capitalismo

⁽¹⁴¹⁾ J. TAYLOR, *Exploitation through Contrived Dependence*, in *Journal of Economic Issues*, March 1977, fasc., 51-59.

⁽¹⁴²⁾ S. WEBB, B. WEBB, *Industrial Democracy*, Longmans, Green, London, 1897; J. COMMONS, *American Shoemakers, 1648-1895*, in *Quarterly Journal of Economics*, November 1909, fasc. 24, 39-83.

(¹⁴³); l'argomento della IL&E a favore della regolazione del mercato del lavoro poggia, a turno, tanto sui mali di una *competizione senza freni/eccessiva* nei mercati del lavoro quanto sulla concorrenza limitata. A questo proposito, i primi istituzionalisti furono i proto-Keynesiani nel momento in cui essi rifiutavano il teorema di Say, enfatizzavano il legame tra potere di acquisto e piena occupazione, e respingevano le riduzioni di salario come metodo per eliminare l'eccesso di offerta di lavoro (¹⁴⁴).

Gli economisti neoclassici delinearono il diagramma della curva della domanda e dell'offerta e scelsero il salario di equilibrio come punto di partenza per una analisi della legislazione del lavoro, ricordando una assunzione davvero importante – ovvero che il mercato del lavoro viene in questo modo considerato come un punto di *piena occupazione*, indicato da una situazione di equità tra domanda e offerta di lavoro (con, in realtà una qualche positiva dose di disoccupazione). Questa presunzione resta, di conseguenza, in quella che è sicuramente la più importante proposizione nell'economia neoclassica: l'idea che i mercati concorrenziali *si autoregolano* e i prezzi flessibili salgano o scendano per ricondurre il mercato all'equilibrio di domanda e offerta (¹⁴⁵).

Le principali teorie economiche riconoscono quali emendamenti alla teoria che molti elementi (“frizioni”) possono impedire e interferire con questo processo, ma non di meno l'assunto è che come descrizione generale e tendenza centrale il modello della domanda e dell'offerta e la mano invisibile di Adam Smith colgano la realtà di una economia di mercato (¹⁴⁶).

Ma la IE nega esplicitamente sia il teorema della Mano Invisibile sia il teorema di Say che si trova a fondamento di questa conclusione.

La prima parte dell'argomentazione della IE è che la disoccupazione involontaria è la normale e “predefinita” condizione nel mercato del lavoro aggregato. Ciò significa che di norma l'economia di mercato si trova *all'interno della frontiera della possibilità di produzione* poiché essa opera con risorse di lavoro sottoutilizzate. Per giungere a questa conclusione eterodossa il solo necessario cambiamento nei presupposti della NE è che i soggetti economici siano modellati come esseri sociali/comportamentali. Il resto discende da questo come conseguenza logica. Secondo la teoria della concorrenza, una disoccupazione involontaria persistente è una impossibilità logica, secondo l'affermazione di Reynold che «tutta la disoccupazione è per scelta... essa è tutta legata a una questione di prezzo» (¹⁴⁷).

La IE afferma, comunque, che i lavoratori non possono chiedere salari bassi anche se vogliono poiché le aziende – particolarmente le aziende nei mercati del lavoro primari (salari alti, settori *capital e knowledge intensive*) – si oppongono ai tagli di salario. La ragione principale è che le aziende sanno che se tagliano gli

(¹⁴³) J. COMMONS, *Institutional Economics: Its Place in Political Economy*, cit., 804.

(¹⁴⁴) B. KAUFMAN, *Labour Markets and Employment Regulation: The View of the 'Old Institutionalists'*, cit., e G. ATKINSON, T. OLESON JR., *Commons and Keynes: Their Assault on Laissez-Faire*, in *Journal of Economic Issues*, December 1998, fasc. 32, 1019-30.

(¹⁴⁵) T. KNIESNER, A. GOLDSMITH, *A Survey of Alternative Models of Aggregate US Labour Market*, in *Journal of Economic Literature*, September 1987, fasc. 25, 1241-80.

(¹⁴⁶) M. REDER, *Chicago Economics: Permanence and Change*, in *Journal of Economic Literature*, March 1982, fasc. 20, 1-38, e E. LAZEAR, *op. cit.*

(¹⁴⁷) M. REYNOLDS, *The Myth of Labour's Inequality of Bargaining Power*, in *Journal of Labour Research*, 1991, vol. 12, fasc. 2, 176.

stipendi questo danneggia anche il morale dei lavoratori e l'impegno sul lavoro e, quindi, essi si possono ritrovare con un costo del lavoro più alto (non più basso). Ciò accade se la produttività dei lavoratori diminuisce più del costo dei salari. Questa idea è una lezione fondamentale della *teoria dell'efficienza salariale* ⁽¹⁴⁸⁾ e ha trovato forti conferme in recenti esperimenti di laboratorio ⁽¹⁴⁹⁾.

Quindi, se le aziende stabiliscono e mantengono salari al di sopra del mercato ciò conduce a una condizione semi-cronica di eccesso di offerta di lavoro nel mercato del lavoro primario – in assenza, ovviamente, di altre forme di intervento istituzionale generalmente condannate dai teorici della NE, quali programmi di stabilizzazione fiscale/monetaria da parte del governo probabilmente completati con un programma di indennità di disoccupazione e/o un programma di lavori finanziati dallo Stato.

Se il mercato del lavoro primario è prono rispetto alla disoccupazione cronica e i lavori sono in aziende con salari alti con scarsa offerta di lavoro, è probabile che una porzione di coloro che cercano lavoro si sposti verso il settore secondario con bassi salari poiché essi si disperano per il lavoro, spostando così la curva dell'offerta di lavoro per i lavoratori a paga bassa a destra e abbassando ulteriormente il livello del loro salario ⁽¹⁵⁰⁾.

Quando gli economisti della NE disegnano la curva della domanda e offerta e cominciano l'analisi di una regolazione del mercato del lavoro al salario "concorrenziale" o "di mercato" W_1 , essi si stanno impegnando in due tipi di rappresentazione fuorviante. Il primo è presupporre che nei mercati del lavoro primari ci sia un equilibrio tra domanda e offerta quando in effetti i lavori sono razionati e la manodopera è in eccesso di offerta. Il secondo è ignorare il fatto che nei mercati del lavoro secondari questo "salario concorrenziale" è già stato costretto a un livello più basso dall'affollarsi di persone che cercano lavoro a causa della mancanza di opportunità di lavoro altrove.

Di nuovo, dunque, vediamo che il mercato del lavoro della NE è il luogo di un potere di contrattazione disuguale mascherato che costringe i lavoratori con la parvenza della libertà di contratto ad accettare salari e condizioni di lavoro peggiori piuttosto che di quanto prevarrebbe in un mercato del lavoro (a piena occupazione) realmente concorrenziale.

Ma la situazione nei mercati del lavoro con bassi salari può essere ben peggiore di questa. Secondo la teoria della NE, la soluzione a un eccesso di offerta di lavoro è una diminuzione nel salario fino a che domanda e offerta di lavoro abbiano raggiunto l'equilibrio. Questo è il motivo per cui Reynolds sostiene che la disoccupazione involontaria sia impossibile – i lavoratori devono solo diminuire la loro richiesta di salario ed quindi possono "comprare" un lavoro. Questa è anche una delle ragioni per cui coloro che propongono la NL&E criticano i programmi di sussidi (per la disoccupazione, di anzianità, di invalidità); dando alle persone

⁽¹⁴⁸⁾ R. SOLOW, *The Labour Market as a Social Institution*, Blackwell, Cambridge, 1990, ripreso più avanti.

⁽¹⁴⁹⁾ E. FEHR, A. FALK, *Wage Rigidity in a Competitive Incomplete Contract Market*, in *Journal of Political Economy*, February 1999, fasc.107, 106-34.

⁽¹⁵⁰⁾ J. BULOW, L. SUMMERS, *A Theory of Dual Labour Markets with Application to Industrial Policy, Discrimination, and Keynesian Unemployment*, in *Journal of Labour Economics*, July 1986, fasc. 4, Parte 1, 376-414.

un'entrata quando sono disoccupate, il loro bisogno di accettare bassi salari per ottenere un lavoro remunerato viene alleviato.

La IE argomenta, comunque, che la logica della NE sia falsa e che in realtà è probabile che il processo di riduzione dei salari non solo getti più persone nella indigenza ma che renda ancora peggiore la situazione della disoccupazione. Ci sono due fasi in questa argomentazione.

La prima consiste nel mostrare che la riduzione dei salari, anche in una economia perfettamente concorrenziale, non può rimediare alla disoccupazione. Questa affermazione fu accolta da Keynes ⁽¹⁵¹⁾ ed è la parte rivoluzionaria del suo messaggio. La ragione avanzata da Keynes è facilmente traducibile in termini istituzionalisti: il meccanismo dei prezzi fallisce a causa di una "istituzione mancante"; ovvero, i lavoratori non possono comprare un lavoro poiché il diritto di proprietà che essi devono mercanteggiare – un salario *monetario* più basso – non è commensurabile con il diritto di proprietà che i datori di lavoro vogliono per le loro opportunità di lavoro – un salario *reale* più basso ⁽¹⁵²⁾.

In termini pratici, nel momento in cui i salari monetari scendono, i prezzi dei prodotti li seguono presto e il salario reale può in realtà salire invece che scendere – questo è esattamente quanto è avvenuto durante la Grande Depressione. Abbiamo, quindi, un fallimento della coordinazione del mercato o della Mano invisibile, che necessita una coordinazione supplementare o sostitutiva data da una organizzazione o da una Mano Visibile, quale lo Stato ⁽¹⁵³⁾.

Dato che le riduzioni monetarie del salario non possono risolvere un problema di disoccupazione aggregata, la IE procede alla fase successiva e dimostra che le riduzioni di salario possono in realtà condurre a una spirale discendente destabilizzante/deflazionistica nei salari e nei prezzi, conducendo infine alla catastrofe capitalistica. Essi chiamano questo processo *concorrenza distruttiva*, a cui ci si riferisce anche oggi come a una "corsa verso il basso" ⁽¹⁵⁴⁾.

La IE rifiuta un altro teorema centrale della NE: che «più concorrenza nei mercati è sempre meglio che meno concorrenza» secondo la convinzione che una concorrenza perfetta (illimitata) produce esiti Pareto-efficienti. Apre anche la strada per una regolazione dell'occupazione allo scopo di ottenere esiti positivi invece che nocivi.

La IE comincia di nuovo con la nozione di possesso e proprietà. In una economia di *laissez-faire*, mancando qualsiasi forma di legislazione a protezione del lavoro (al di là del contratto ordinario e della legislazioni civile) o rete di protezione sociale, l'unica proprietà che genera guadagno per il lavoratore è il suo lavoro. Questo bene, tuttavia, produce zero, a meno che il lavoratore riesca ad ottenere un lavoro da un datore di lavoro. L'aspetto chiave dell'offerta di lavoro omissa dalla teoria standard della NE ⁽¹⁵⁵⁾ è che i lavoratori hanno costi fissi di soprav-

⁽¹⁵¹⁾ J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, Harcourt Brace, New York, 1936.

⁽¹⁵²⁾ V. CHICK, *Macroeconomics After Keynes: A Reconsideration of the General Theory*, MIT Press, Cambridge, 1983.

⁽¹⁵³⁾ G. ATKINSON, T. OLESON JR., *op. cit.*

⁽¹⁵⁴⁾ J. CULBERTSON, *Competition: Constructive and Destructive*, 21st Century Press, Madison, 1985, e B. KAUFMAN, *Labour Markets and Employment Regulation: The View of the 'Old Institutionalists'*, cit.

⁽¹⁵⁵⁾ Per esempio M. KILLINGSWORTH, *Labour Supply*, Cambridge, University Press Cambridge, 1983.

vivenza, che comprendono spese minime per cibo, vestiti, salute e alloggio. Per i capifamiglia con famigliari, che non lavorano, a carico (ad es. moglie e figli), i costi fissi sono molto più alti. Questi costi non servono a soddisfare *desideri*, ma piuttosto a coprire *bisogni* umani, e se non vengono soddisfatti, il capitale umano e le risorse fisiche dell'agente e di coloro che da esso dipendono si svalutano e in ultima analisi periscono⁽¹⁵⁶⁾.

La teoria della offerta di lavoro della NE ignora i costi di sussistenza *fissi* e invece indige sui costi *marginali* del lavoro (il costo di opportunità di rinunciare a un orario extra di riposo) – in alcuni casi aumentati con un discussione di certi altri tipi di costi fissi, come ad esempio la cura dei figli e il dover fare la spola da un luogo ad un altro.

Più importante è la letteratura avanzata della NE in cui, nella teoria dell'equilibrio generale del tipo di Arrow e Debreu, ogni agente offrendo lavoro si presume che abbia sufficiente reddito pre-mercato per «assicurare la propria sussistenza anche se è stato privato dell'occupazione [ovvero rimane disoccupato]»⁽¹⁵⁷⁾.

In che modo i lavoratori ottengano questa entrata, se non esiste un *welfare state*, non è mai stato chiarito; l'effetto pratico è il verificarsi della realtà più dura del capitalismo – ossia, se la gente non lavora non ha un'entrata per coprire i costi fissi di sussistenza.

Avendo delineato lo scenario, noi possiamo ora osservare la concorrenza distruttiva dispiegata. Il primo evento è un significativo declino nella domanda nel mercato del lavoro aggregato. I lavoratori sia nel mercato del lavoro primario sia in quello secondario perdono i propri posti di lavoro e, senza altri beni o il sostegno del governo, il loro reddito giunge a zero. I loro costi fissi continuano, in ogni caso, e una volta che i risparmi e altre forme di sostegno (opere di beneficenza e così via) siano finite essi diventano in modo crescente disperati nel trovare un lavoro. La sola soluzione, secondo la teoria della NE, è cercare di ottenere un lavoro offrendosi a meno di qualcun altro, o avere altri famigliari che entrano nel mercato del lavoro.

Il secondo effetto – l'effetto da “lavoratore aggiunto” – rende la curva dell'offerta di lavoro aggregato inclinata negativamente⁽¹⁵⁸⁾. La ragione è che con nessun altro sostegno al reddito, i lavoratori non possono abbandonare la forza lavoro come “lavoratori scoraggiati”, a meno forse di andare verso la agricoltura di sussistenza o la criminalità, lasciando l'effetto del lavoratore aggiunto dominante. Quindi, la concorrenza dei disoccupati e della nuova forza lavoro emergente porta a un movimento verso il basso dei salari e degli altri termini e condizioni.

⁽¹⁵⁶⁾ R. PRASCH, *Toward a 'General Theory' of Market Exchange*, *Journal of Economic Issues*, 1995, vol. 29, fasc. 3, 807-28; B. KAUFMAN, *Expanding the Behavioral Foundations of Labour Economics*, in *Industrial and Labour Relations Review*, April 1999, fasc. 52, 361-92.

⁽¹⁵⁷⁾ J. GEANAKOPOLOS, *Arrow-Debreu Model of General Equilibrium*, in J. EATWELL, M. MILGATE, P. NEWMAN (eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, Stockton, New York, 1987, vol. 1, 117.

⁽¹⁵⁸⁾ R. LESTER, *Economics of Labour*, Macmillan, New York, 1941; R. PRASCH, *Reassessing the Labour Supply Curve*, in *Journal of Economic Issues*, 2000, vol. 34, fasc. 3, 679-92, e M. DESSING, *Implications for Minimum-Wage Policies of an S Shaped Labour-Supply Curve*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2004, vol. 53, fasc. 4, 543-68.

In questa storia, Commons notava anche un'altra fonte di aumentata offerta di lavoro durante i tempi di ristrettezze economiche che si aggiunge all'eccedenza del mercato – i lavoratori impiegati, cercando di conservare disperatamente il proprio posto di lavoro, lavorano spontaneamente in modo più duro e si sottopongono a ritmi più veloci, permettendo così alle aziende di tagliare ulteriormente sulla manodopera ⁽¹⁵⁹⁾.

La teoria della NE ritiene che la caduta dei livelli salariali eliminerà l'eccesso di offerta di lavoro e riporterà all'equilibrio della piena occupazione, rappresentato da un movimento in basso delle curve della domanda e dell'offerta fino al loro punto di intersezione. Gli istituzionalisti, d'altronde, non credono a questa proposizione. Se la curva dell'offerta di lavoro aggregato ha un'inclinazione elastica più negativa rispetto alla curva della domanda aggregata, cosa che può in modo plausibile avvenire in tempi di recessione/depressione (nuovamente, senza un welfare state di supporto), un crollo nei salari al di sotto del livello di equilibrio originale precipiterà in una spirale destabilizzante verso il basso dei salari.

Inoltre, il parziale flusso in equilibrio nel modello della NE entra di nuovo in gioco poiché la NE ignora l'effetto di ricaduta negativa che i ridotti salari hanno sulle entrate dei capi famiglia e il potere di acquisto. Questo problema è illustrato nel quadro (b) del grafico 3.

Per semplicità, rappresento la curva della domanda aggregata come inclinata verso l'alto, come da convenzione. In questo diagramma, un qualche impatto negativo nelle spese determina uno spostamento verso destra della curva della domanda di lavoro aggregato, da D_1 a D_2 (dal punto A al punto B). A stipendio prevalente W_1 , c'è un L_1 - L_3 di disoccupati. Per trovare lavoro, essi accettano di abbassare il salario e nella teoria della NE la piena occupazione viene ripristinata quando il salario scende a W_2 (un movimento verso il basso della curva della domanda) e D_2 equivale a S_1 .

Nella teoria keynesiana e della IE, comunque, il calo nei salari ha un secondo effetto ⁽¹⁶⁰⁾ – esso riduce le entrate e le spese dei capifamiglia e conduce a uno spostamento verso sinistra delle curve della domanda di lavoro e di prodotto, fino a D_1 (punto C). Così, anche con una curva dell'offerta inclinata positivamente ciò che si sviluppa è il potenziale per una spirale dinamica e di non equilibrio verso il basso degli stipendi, dell'occupazione e della produzione (dal punto A a B a C e oltre), come un cane che si morde la coda. Da una prospettiva della IL&E, quindi, la regolazione dell'occupazione ha un ruolo positivo da giocare per mettere in cortocircuito questa spirale deflazionistica – facendo in modo che il libero mercato altrimenti instabile e rassegnato alla disoccupazione non sconfini ulteriormente oltre la frontiera della possibilità di produzione.

Con questo scenario in mente, si può con facilità riconoscere che il programma sul lavoro del New Deal, incorporato nella SSA, NLRA e FLSA, fu concepito e implementato prima di tutto e soprattutto come una misura di stabilizzazione macroeconomica ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ J. COMMONS, *Industrial Government*, Macmillan, New York, 1921, 269.

⁽¹⁶⁰⁾ V. CHICK, *op. cit.*

⁽¹⁶¹⁾ D.J.B. MITCHELL, *Inflation, Unemployment, and the Wagner Act: A Critical Reappraisal*, in *Stanford Law Review*, April 1986, fasc. 38, 1065-95; M. LINDER, *The Employment Relationship in Anglo-American Law: An Historical Perspective*, Greenwood, New York, 1989, e B. KAUFMAN, *Why the Wa-*

Il salario minimo, la contrattazione collettiva, le indennità di disoccupazione, la pensione, le disposizioni sul lavoro straordinario e il divieto di lavoro minorile erano intese come modi per stabilizzare l'economia e avvicinarla alla piena occupazione attraverso tre canali: primo, ponevano una base sotto gli stipendi e le condizioni di lavoro nel mercato del lavoro e così favorivano una riduzione del processo di deflazione e di concorrenza distruttiva; secondo, si aggiungevano alle entrate delle famiglie e sostenevano la domanda aggregata e di spesa; e, terzo, creavano degli stabilizzatori automatici che riducevano la volatilità ciclica della spesa.

In misura rilevante questi programmi regolatori completano la gestione della domanda aggregata keynesiana e indebolirli, nel nome di una deregolazione del mercato del lavoro (ad esempio tagliando le indennità di disoccupazione), serve solo ad esacerbare l'instabilità dell'economia.

D'altro canto, i principi caratteristici della IE sono l'equilibrio e la libertà positiva e, con questi in mente, coloro che propongono la regolazione dell'occupazione devono anche essere attenti a non iper-regolare i mercati del lavoro; allo stesso modo, essi devono ricalibrare la regolazione dell'occupazione alla luce dei cambiamenti evolutivi nella società e nell'economia. Di certo, la IL&E *non* è una strada a senso unico verso una sempre più ampia regolamentazione del mercato del lavoro.

Un caso a riguardo concerne il ruolo della disoccupazione. Grazie al successo delle politiche fiscali e monetarie contro-cicliche ispirate da Keynes (e vari spostamenti strutturali), i mercati del lavoro dopo la Seconda Guerra Mondiale hanno operato molto vicini alla piena occupazione.

Parte delle motivazioni a favore del successo della legislazione del New Deal fu il desiderio di proteggere l'occupazione dall'effetto corrosivo della disoccupazione di massa degli anni Trenta; evidentemente, questo stesso livello di protezione e regolazione può essere eccessivo nell'era moderna della competizione globale, della crescita del lato dell'offerta e di mercati del lavoro vicini alla piena occupazione. In particolare, la contrattazione collettiva su larga scala può sottrarsi dalla riduzione del *monopsonio* alla creazione del monopolio, con effettivi negativi più ampi sulla produttività, l'inflazione e la competitività⁽¹⁶²⁾.

Tuttavia anche qui ci sono contro argomenti tipicamente omessi dal dibattito, e questa riflessione ci conduce alla prossima sezione.

13. Il terzo argomento della IL&E a favore della regolazione dell'occupazione è che essa promuove una maggiore efficienza e crescita economica. Il marchio caratteristico della critica della NE della regolazione è che essa distorca il sistema dei prezzi e conduca a una allocazione errata di risorse e all'inefficienza economica. Questo è un solo lato della storia, e certamente la IE ammette che contiene una qualche misura di verità. Ma la IE fa emergere un lato completamente differente e più positivo che i teorici della NE nella maggior parte dei casi mancano di

gner Act? Reestablishing Contact with Its Original Purpose, in D. LEWIN, B. KAUFMAN, D. SOCKELL (eds.), *Advances in Industrial and Labour Relations*, JAI Press, Greenwich, CT 1996, vol. 7, 15-68.

⁽¹⁶²⁾ B. HIRSCH, *What Do Unions Do for Economic Performance?*, in J. BENNETT, B. KAUFMAN (eds.), *op. cit.*, e B. KAUFMAN, *The Impossibility of a Perfectly Competitive Labour Market*, cit.

ricordare. Che sarebbe, per diverse ragioni evidenziate più avanti, la regolazione dell'occupazione può non solo promuovere l'efficienza e aiutare a mantenere l'economia sulla frontiera della possibilità di produzione ma incoraggia pure la crescita della produttività che nel tempo sposta la frontiera più in là.

Il primo da considerare è un'altra variante della idea di "equilibrio" della IE. Come già notato, il presupposto della NE è che più concorrenza sia meglio che meno concorrenza; il presupposto della IE è che oltre un certo livello la concorrenza diventa eccessiva e ritarda l'efficienza.

Noi ci siamo già imbattuti in questa idea con la dottrina della concorrenza distruttiva; qui entra un secondo e forse ancora più stringente argomento.

I diritti di proprietà sicuri sono essenziali per il successo di un'economia di mercato e una delle funzioni chiave del governo nel paradigma neoclassico/neoliberista è proteggere e rafforzare questi diritti. Chi investirà in imprese produttive, dopo tutto, se la proprietà di una persona può essere confiscata con facilità senza compensazione?

Una osservazione acuta della IE è che un mercato del lavoro concorrenziale pone il lavoratore esattamente in questa situazione, conducendo a un sotto-investimento nell'impegno sul lavoro e sul capitale umano ⁽¹⁶³⁾.

La concezione neoclassica della proprietà in un contesto di scambio sul mercato è la "merce", tipicamente qualche bene o servizio fisico/misurabile. La concorrenza perfetta presume, di conseguenza, che tutti gli aspetti dei diritti di proprietà di una merce siano ben definiti e abbiano un prezzo. In *Legal Foundations of Capitalism* ⁽¹⁶⁴⁾, Commons descrive nel dettaglio l'evoluzione della concezione legale della proprietà. Egli descrive il fatto che una grande trasformazione si verificò nel tardo diciannovesimo secolo quando la Corte Suprema degli Stati Uniti stabilì che la proprietà non è solo l'elemento fisico di per sé (valore d'uso) ma anche il *valore di scambio* dell'oggetto. Questa distinzione è emersa, tra l'altro, nelle controversie di lavoro in cui la Corte ha concesso alle aziende un provvedimento contro i lavoratori in sciopero, non perché essi stavano danneggiando la proprietà fisica del datore di lavoro ma perché recavano danno al valore di mercato della proprietà tenendo lontani i clienti e impedendo la spedizione delle merci.

In ogni caso, questa nozione estesa di proprietà scoperchia il vaso di Pandora della teoria neoclassica. I diritti di proprietà perfettamente al sicuro sono una pietra angolare del modello concorrenziale, ma se i diritti di proprietà sicuri vengono intesi nel senso di valori di scambio garantiti legalmente, allora i prezzi/salari non possono mai deviare dal livello di equilibrio originale (almeno non senza una compensazione). Sarebbe a dire, un cambiamento nella domanda e nell'offerta conduce a un cambiamento nel valore della proprietà e, per le parti nei confronti delle quali il prezzo opera negativamente, una parte delle loro proprietà è "rubata" dal mercato proprio come se un ladro l'avesse presa e portata via. L'assoluta sicurezza della proprietà, dunque, può essere raggiunta solo attraverso prezzi rigidamente fissati, senza dubbio con molto danno dell'efficienza allocativa.

⁽¹⁶³⁾ J. COMMONS, *Industrial Government*, cit.

⁽¹⁶⁴⁾ J. COMMONS, *Legal Foundations of Capitalism*, cit.

D'altro canto, i diritti di proprietà possono essere intesi solo come valori d'uso sicuri, e quindi ampi cambiamenti nella domanda e nell'offerta e nel prezzo di mercato possono drammaticamente alterare il valore di scambio della proprietà.

La NE classifica questo come una "esternalità pecuniaria", ma conclude che essa non interferisce con il conseguimento dell'efficienza ⁽¹⁶⁵⁾.

La IE suggerisce comunque che le esternalità pecuniarie, e più generalmente la tanti propagandata "flessibilità" dei mercati concorrenziali, possono in realtà ridurre l'efficienza in una economia di persone reali. Questa convinzione poggia sull'osservazione che i mercati concorrenziali (in ogni forma reale) creano ampi margini di insicurezza per i soggetti economici e quindi, oltre un qualche livello intrinseco, una maggiore insicurezza rende i lavoratori meno produttivi (una relazione inversione a U). Ci sono due ragioni per questo.

In primo luogo, l'insicurezza del lavoro – l'opposto di un diritto – fino a un certo punto è una fonte positiva/costruttiva di motivazione che spinge la gente a lavorare duramente e a fare ciò che è meglio per gli interessi di lungo termine dell'azienda; oltre un certo livello, comunque, l'insicurezza del lavoro riduce la motivazione professionale e il rendimento creando un livello di disfunzione da stress, dei processi decisionali e di attenzione alterati (razionalità limitata), di ricerca di lavoro costante e di orizzonti temporali eccessivamente ridotti ⁽¹⁶⁶⁾ ⁽¹⁶⁷⁾.

In secondo luogo, è largamente riconosciuto che i lavoratori percepiscono il fatto di sviluppare più forti diritti di proprietà nel proprio luogo di lavoro quanto più accumulano anni di servizio all'interno dell'impresa ("capitale per lungo servizio"), anche se ovviamente i giudici e i legislatori si sono rifiutati di riconoscere legalmente questo tipo di diritto ⁽¹⁶⁸⁾.

Quando le aziende tagliano i salari e i benefit o licenziano persone, come accadrebbe quotidianamente in un mercato concorrenziale, i lavoratori istintivamente valutano ciò come equivalente al furto di una parte del loro diritto di proprietà nel lavoro, conducendoli a reagire/ritorcerci contro in diversi modi che incidono sull'efficienza ⁽¹⁶⁹⁾.

Alcuni esempi di tali azioni sono un impegno ridotto sul lavoro, un più forte assenteismo e il rivolgersi alla rappresentanza sindacale. In tal modo, le misure che riducono l'eccessiva insicurezza della paga/del posto di lavoro – senza arrivare all'altro estremo di un sistema completamente rigido di paga/posto di lavoro – promuovono l'efficienza. Questa idea è uno dei capisaldi del *welfare state* e il diritto del lavoro moderno è un veicolo per implementarlo ⁽¹⁷⁰⁾.

Un'idea molto simile si applica all'investimento in capitale umano. Una obiezione della NE, contro ogni forma di regolazione del mercato del lavoro che pone

⁽¹⁶⁵⁾ R. CORNES, T. SANDLER, *op. cit.*

⁽¹⁶⁶⁾ K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Times*, Beacon, Boston, 1944, e B. KAUFMAN, *Emotional Arousal as a Source of Bounded Rationality*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, February 1999, fasc. 38, 135-44.

⁽¹⁶⁷⁾ Si consideri, per esempio, la produttività nella ricerca dei professori partendo da zero e arrivando al 100%.

⁽¹⁶⁸⁾ W. FOGEL, *Job Equity and Other Studies in Industrial Relations: Essays in Honor of Frederic Meyers*, Institute of Industrial Relations, UCLA, Los Angeles, 1982.

⁽¹⁶⁹⁾ S. PERLMAN, *A Theory of the Labour Movement*, Macmillan, New York, 1928, e K. POLANYI, *op. cit.*

⁽¹⁷⁰⁾ D. MOSS, *op. cit.*

una base per i salari è che essa ridurrebbe la volontà delle imprese a fornire una formazione generale sul lavoro dal momento che i lavoratori non possono più offrirsi di lavorare ad una paga più bassa per risarcire l'azienda del costo della formazione. Ma, come in tutte queste situazioni, c'è un'altra faccia della medaglia⁽¹⁷¹⁾.

Raramente ci si è posti le seguenti domande: le imprese investiranno in formazione specifica sul lavoro? Questa formazione sarà interessante per i lavoratori se il valore di questo bene è fortemente a rischio di licenziamento a causa delle oscillazioni di domanda e offerta nei mercati del lavoro caratterizzati da *laissez-faire*? Probabilmente no, proprio come sostiene Galbraith⁽¹⁷²⁾ secondo il quale le aziende sarebbero restie a investire i miliardi necessari a finanziare nuovi prodotti e stabilimenti senza condizioni di mercato stabili. La stessa logica si applica a un investimento nei mercati del lavoro interni e alle pratiche progressive di gestione delle risorse umane, anche se entrambe possono essere redditizi a lungo termine e socialmente molto desiderabili.

Di nuovo vediamo che il livello ottimale di concorrenza sul mercato non è il massimo ma un qualche punto intermedio, il che conduce alla conclusione eretica che un'economia di mercato con un certo grado di concorrenza imperfetta e regolazione del mercato del lavoro ha rendimenti migliori della sua rivale concorrenza/*laissez-faire*.

La regolazione del mercato del lavoro può promuovere una maggiore efficienza e crescita attraverso molti altri canali. Tutti coinvolgono qualche aspetto del comportamento umano e dei contratti incompleti.

Un ben noto esempio attraverso i salari legati all'efficienza, un moderno sviluppo ma che risale ad Adam Smith⁽¹⁷³⁾.

Un assunto chiave della teoria del prezzo della microeconomia classica è che il prodotto marginale del lavoratore (incremento al risultato) è indipendente dal livello di salario. Questo è assicurato dalla descrizione del lavoro come una merce inanimata, così il prodotto marginale è un dato tecnologicamente determinato. Un aumento del salario in un mercato concorrenziale da parte di un sindacato o di una legge sul minimo salariale spinge in modo inequivocabile le imprese a spostare verso l'alto la curva della domanda di manodopera e riduce l'occupazione. Ma se il lavoro è espressione degli esseri umani, e un costo di transazione positivo determina contratti incompleti, allora un salario più elevato può portare a un aumento compensativo nel prodotto marginale nella misura in cui suscita una maggiore offerta di lavoro (impegno sul lavoro, assistenza in tempo reale, ecc.) da parte dei lavoratori dipendenti⁽¹⁷⁴⁾.

Tale risultato può verificarsi su diversi fronti, come ad esempio la correttezza o la paura di risoluzione del contratto. In ogni caso, su una modesta gamma è piuttosto

⁽¹⁷¹⁾ D. ACEMOGLU, J.S. PISCHKE, *Beyond Becker: Training in Imperfect Labour Markets*, in *Economic Journal*, 1999 February, n. 109, F112-F142.

⁽¹⁷²⁾ J.K. GALBRAITH, JOHN KENNETH, *The New Industrial State*, Houghton-Mifflin, Boston, 1967.

⁽¹⁷³⁾ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, Modern Library, New York, reprint 1937, 81; G. AKERLOF, J. YELLEN, *The Fair Wage-Effort Hypothesis and Unemployment*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1990, vol. 105, fasc. 2, 255-83, e R. SOLOW, *op. cit.*

⁽¹⁷⁴⁾ R. IPPOLITO, *The Impact of the Minimum Wage if Workers Can Adjust Effort*, in *Journal of Law and Economics*, 2003, fasc. 46, 207-27.

sto probabile che la curva della domanda di lavoro effettiva sia verticale o anche positiva, il che implica che una regolamentazione del lavoro può non creare un effetto di disoccupazione o di perdita di efficienza ⁽¹⁷⁵⁾.

Una conclusione simile riguarda l'argomentazione dell'effetto shock della IE. L'istituzionalista Sumner Slichter ⁽¹⁷⁶⁾ ha sostenuto che la contrattazione collettiva e i salari minimi potrebbero non produrre un effetto negativo sull'occupazione perché l'aumento del costo del lavoro spinge (ha un forte impatto) il *management* a stringere su altri elementi di spesa al fine di mantenere la redditività. Gli economisti della NE ⁽¹⁷⁷⁾ respingono questo argomento come se fosse ad hoc o come non fosse sostenuto da prove empiriche. La IE, tuttavia, fornisce una spiegazione logica per questo forte impatto.

Presupponendo che i soggetti economici siano esseri umani, ciò conduce a una razionalità limitata, a un costo di transazione positivo e a una offerta di impegno volitivo. La prima vittima è l'ipotesi della NE della minimizzazione dei costi/massimizzazione dei profitti. Il costo positivo di transazione e i contratti incompleti aprono le porte al problema del principio-agente nelle aziende. L'interesse dei proprietari è il massimo profitto, ma l'interesse dei manager stipendiati è la massimizzazione della propria utilità – una funzione dei profitti dell'azienda (richiesti per mantenere i propri posti di lavoro) ma anche di altri che diminuiscono il profitto, quali gli stipendi stratosferici e la crescita per la crescita (es. attraverso fusione e acquisizioni). Gli istituzionalisti, come Berle e Means ⁽¹⁷⁸⁾, hanno classificato questo fenomeno come la “separazione tra proprietà e controllo” e hanno notato che può condurre a comportamenti soddisfacenti con riferimento a costo e profitti ⁽¹⁷⁹⁾.

Un comportamento soddisfacente, abbinato a un livello necessario minimo di profitti, conduce il *management* a tollerare un indebolimento organizzativo, costi al di sopra dei livelli minimi e in generale un qualche grado di inefficienza. Una crescita del costo del lavoro proveniente da una legislazione del lavoro o un provvedimento non si traduce, d'altronde, necessariamente in una qualche diminuzione nell'occupazione, poiché i manager possono benissimo essere in grado di trovare il modo di risparmiare su altre voci, comprese le richieste per i propri sforzi e i loro compensi multimilionari.

Un terzo canale che porta efficienza meritevole di attenzione è che la regolazione del lavoro non solo protegge i lavoratori ma protegge anche la fascia alta di datori di lavoro che fanno investimenti di lungo termine in capitale umano, capitale fisico e Ricerca e Sviluppo. La ricerca mostra che la produttività è più alta nelle aziende che utilizzano un “sistema di lavoro ad alto rendimento” composto da squadre di lavoro autogestite, disposizioni per la sicurezza sul lavoro, formazione

⁽¹⁷⁵⁾ R. PERLMAN, *Labour Theory*, Wiley, New York, 1969, 50-55.

⁽¹⁷⁶⁾ S. SLICHTER, *op. cit.*

⁽¹⁷⁷⁾ Ad esempio, G. STIGLER, *The Xistence of X-Efficiency*, in *American Economic Review*, 1976, vol. 66, fasc. 1, 213-16.

⁽¹⁷⁸⁾ A. BERLE, G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan, New York, 1932.

⁽¹⁷⁹⁾ H. SIMON, *Models of Bounded Rationality*, MIT Press, Cambridge, 1982, vol. 2.; B. KAUFMAN, *Emotional Arousal as a Source of Bounded Rationality*, cit., M. ALTMAN, *Worker Satisfaction and Economic Performance*, M.E. Sharpe, New York, 2001.

estensiva, metodi per la partecipazione del lavoratore, e programmi formali per la risoluzione delle controversie ⁽¹⁸⁰⁾.

Un sistema di lavoro ad alto rendimento richiede, comunque, un costo di investimento alto, proprio come costruire nuovi impianti sullo stato dell'arte e condurre impianti di punta per quanto riguarda il settore ricerca e sviluppo. Questi tipi di investimenti sono cruciali per la crescita di lungo periodo ma possono essere seriamente compromessi dall'instabilità e dalla concorrenza eccessiva a breve termine che si trova nei mercati concorrenziali ⁽¹⁸¹⁾.

La regolazione della occupazione può proteggere e incoraggiare nuove forme di organizzazione del lavoro, come il sistema di lavoro ad alto rendimento, ponendo una base alla concorrenza in modo che le aziende che risparmiano su salari e condizioni di lavoro non possano ottenere un margine competitivo ingiustificato e che queste aziende vengano condotte al di fuori del mercato.

Ultimo ma non per importanza, andiamo a segnalare un collegamento tra efficienza ed equità. Questo collegamento era già stato accennato con riferimento ai salari legati all'efficienza ma ha un ruolo ben più ampio e stringente da svolgere. Un'implicazione dei teoremi fondamentali del welfare della NE è che il raggiungimento dell'efficienza paretiana in un'economia concorrenziale è indipendente dall'equità nelle dotazioni e nei risultati ⁽¹⁸²⁾. La IE nega questa proposizione sia a livello micro che a livello macro.

A livello micro, le merci non si preoccupano se viene applicato un prezzo alto o basso e non hanno una concezione di trattamento equo. Le persone invece sì. La ricerca nel campo dell'economia comportamentale e sperimentale mostra sistematicamente che quando le norme distributive e procedurali nel luogo di lavoro vengono violate i lavoratori reagiscono riducendo l'impegno sul lavoro, la cooperazione e il comportamento civico nei confronti dell'organizzazione, ottenendo così un «prezzo reciproco nella forma di efficienza e profitto ridotti» ⁽¹⁸³⁾.

A livello macro, l'equità promuove anche efficienza e crescita ⁽¹⁸⁴⁾. Le società che hanno una distribuzione di reddito più equilibrate (almeno fino a un certo livello) mostrano tassi di crescita più alti.

Una ragione è che quando tutte le parti di una azienda sentono di condividere in modo equo i frutti di una impresa produttiva, si sentono anche più coinvolti e rispettosi nei confronti dell'azienda. Questo senso di guadagno condiviso e solidarietà sociale aiuta a mantenere ed espandere allo stesso tempo un singolo elemento più produttivo della azienda e della nazione – un ordine istituzionale legale coeso, cooperativo. Senza un tale ordine istituzionale, e il senso di inclusione ed equo trattamento su cui esso poggia, le organizzazioni e le società cadono nella trappola della non cooperazione del dilemma del prigioniero della teoria dei giochi ⁽¹⁸⁵⁾. La regolazione del mercato del lavoro e gli obblighi di occupazione so-

⁽¹⁸⁰⁾ S. BLACK, L. LYNCH, *How to Compete: The Impact of Workplace Practices and Information Technology on Productivity*, in *Review of Economics and Statistics*, 2001, vol. 83, fasc. 3, 434-45.

⁽¹⁸¹⁾ P. CAPPELLI ET AL. (eds.), *Change at Work*, Oxford University Press, London, 1997.

⁽¹⁸²⁾ J. STIGLITZ, *op. cit.*

⁽¹⁸³⁾ A. FALK, E. FEHR, U. FISCHBACHER, *On the Nature of Fair Behavior*, in *Economic Inquiry*, 2003, vol. 41, fasc. 1, 20-26, e A.A. SCHMID, *op. cit.*

⁽¹⁸⁴⁾ M. KITSON, R. MARTIN, F. WILKINSON, *Labour Markets, Social Justice, and Economic Efficiency*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2000, vol. 24, fasc. 6, 631-41.

⁽¹⁸⁵⁾ G. MILLER, *op. cit.*

no una soluzione per mantenere la cooperazione e la giustizia sociale – ed evitare conflitto industriale e controversie nelle relazioni di lavoro.

14. Ora passiamo al quarto argomento avanzato dagli economisti della IE a favore della regolazione del mercato del lavoro e dei provvedimenti sull'occupazione – *le esternalità del mercato del lavoro e i costi sociali del lavoro*. Come indicato in precedenza, la NE riconosce che le esternalità offrono un argomento di pubblico interesse a favore della regolazione del lavoro; la differenza tra NE e IE a questo proposito è, dunque, nell'entità e nell'importanza delle esternalità. In particolare, la IE ritiene che le esternalità siano molto più estese e importanti di quello che la NE generalmente crede.

Una esternalità emerge ogni volta che una o più dimensioni di un bene o servizio non sono pienamente comprese in un contratto completo, facendo in modo che parte dei benefici o dei costi sfugga e colpisca terzi. Quando ciò accade, si sviluppa una divergenza tra il beneficio/costo privato realizzato dal compratore e dal venditore e il beneficio/costo sociale (o totale) realizzato dal compratore, dal venditore e da terzi coinvolti ⁽¹⁸⁶⁾.

Dal momento che i compratori e i venditori prendono decisioni basate su costi/benefici privati, questa divergenza conduce necessariamente a decisioni scorrette, segnali di falso prezzo nel mercato, e inefficienza economica proveniente da risorse allocate in modo errato e iniquità proveniente da vantaggi/perdite sbagliate o impreviste nello scambio.

Sebbene le esternalità colpiscano entrambi i lati del mercato del lavoro, l'idea della ILE è che esse hanno un impatto negativo maggiore sui lavoratori. In particolare, per le ragioni descritte più avanti i datori di lavoro possono spesso scaricare i costi di produzione privati sui lavoratori, le loro famiglie e su terzi come una forma di costo sociale ⁽¹⁸⁷⁾.

L'estensione di questo “costo sociale” diviene anche più ampia quando la nozione di diritti di proprietà viene estesa dai beni e servizi commerciali ai diritti umani e sociali fondamentali sul lavoro, dato che questi diritti (ad esempio, la libertà di parola e associazione) non hanno un prezzo sul mercato e quindi non sono inseriti nei piani di produzione delle aziende e nella gestione delle risorse umane ⁽¹⁸⁸⁾.

Una funzione della regolazione del lavoro, quindi, è di prevenire questo modo di scaricare i costi e offrire una compensazione alle parti colpite.

Per dimostrarlo, fornisco esempi di come differenti forme di regolazione del lavoro possano aiutare a risolvere un problema di costo sociale, comprese un salario minimo per legge, assicurazione sanitaria universale, e sussidi sul salario.

⁽¹⁸⁶⁾ J. ADDISON, B. HIRSCH, *op. cit.*

⁽¹⁸⁷⁾ F. BLUM, *The Social and Economic Implications of the Fair Labour Standard Act: An Interpretation in Terms of Social Cost*, Proceedings of the Ninth Annual Meeting of the Industrial Relations Research Association, IRRA, Madison, 1956, 167-83; D. STABILE, *Activist Unionism: The Institutional Economics of Solomon Barkin*, M.E. Sharpe, Armonk, 1993; D. STABILE, *Accountants and the Price System: The Problem of Social Cost*, in *Journal of Economic Issues*, 1993, vol. 27, fasc. 1, 171-88, e R. PRASCH, *The Social Cost of Labour*, in *Journal of Economic Issues*, 2005, vol. 39, fasc. 2, 1-7.

⁽¹⁸⁸⁾ C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, cit., S. DEAKIN, F. WILKINSON, *The Law of the Labour Market*, cit.

Una falla importante nella teoria dell'offerta di lavoro della NE, come già notato, è l'attenzione verso il costo marginale e la dimenticanza della maggior parte degli elementi di costo fisso, in particolare la sussistenza individuale e della famiglia. Comunque, nella teoria economia classica precedente la NE il salario di sussistenza è un elemento d'attenzione centrale. Adam Smith notava, per esempio, che «un uomo deve sempre vivere dal suo lavoro, e il suo salario deve essere come minimo sufficiente a mantenerlo»⁽¹⁸⁹⁾.

Questa intuizione fu più tardi sviluppata da Sidney e Beatrice Webb e John M. Clark in un ragionamento sociale sul minimo nazionale in termini di salario, guadagni e benefici⁽¹⁹⁰⁾.

Questa idea è spiegata da Sidney Webb: «L'efficienza continuativa di una industria nazionale dipende ovviamente dalla permanenza in salute e forza dei suoi cittadini. Perché un'industria si autosupporti, essa deve, dunque, mantenere il suo stabilimento completo di lavoratori senza diminuzione in termini numerici e di vigore, [e] con un numero sufficiente di figli da riempire tutti i posti vacanti determinati da decessi o invecchiamento. Se i datori di lavoro in un particolare ambito sono capaci di trarre qualche vantaggio dalle necessità della loro forza lavoro come assumerli con salari in effetti insufficienti a mantenerli permanentemente in salute; se sono capaci di farli lavorare con orari così lunghi da togliere loro riposo e svago; se li sottopongono a condizioni insalubri o pericolose tali da accorciare le loro vite, quel settore sta chiaramente ottenendo una fornitura di forza lavoro per cui non paga... egli [il datore di lavoro] sta ricevendo un sussidio o un bonus... [ed è] in termini economici un parassita»⁽¹⁹¹⁾.

L'idea è che i lavoratori pagati col salario devono coprire non solo il costo di opportunità del loro agio ma anche il mantenimento e il deprezzamento del proprio capitale umano, altrimenti il costo di produzione privato sottovaluta il costo di produzione sociale. Ciò significa che il salario deve coprire costi quali una spesa sanitaria minima necessaria, un reddito minimo della pensione, un reddito minimo di supporto nei periodi di disoccupazione, e un reddito minimo per i figli a carico (in tal modo la nazione ha una forza lavoro futura).

Le aziende, quindi, possono essere in grado, a causa delle imperfezioni del mercato e dei contratti incompleti, di evitare parzialmente o completamente di pagare questi costi, cosa che protegge anche i consumatori da questi costi a causa dei prezzi del prodotto più alti. Per esempio, le aziende con potere di mercato possono essere in grado di reperire lavoratori e anche non pagare assicurazioni sanitarie, mentre altre aziende possono opportunisticamente risparmiare sul pagamento delle pensioni licenziando i lavoratori quando sono vicini all'età della pensione. I consumatori e le aziende sono, nei termini di Webb, parassiti poiché usufruiscono di prezzi più bassi e una maggiore abbondanza di materiali a spese dei lavoratori – particolarmente la spesa per lavoratori a basso salario che spesso lavorano in ambienti di lavoro insalubri, hanno una capacità finanziaria bassissima per fare

⁽¹⁸⁹⁾ A. SMITH, *op. cit.*, 67.

⁽¹⁹⁰⁾ S. WEBB, B. WEBB, *op. cit.*, e J.M. CLARK, *Studies in the Economics of Overhead Costs*, University of Chicago Press, Chicago, 1923.

⁽¹⁹¹⁾ S. WEBB, *The Economic Theory of a Legal Minimum Wage*, in *Journal of Political Economy*, 1912, vol. 20, fasc. 10, 986-987.

fronte alla malattia, e hanno entrate troppo basse quindi per accedere a fornitori alternativi di cure sanitarie.

Lo spostamento del costo sociale del lavoro è anche facilitato da un secondo fattore. Esiste un'ampia offerta di lavoro nel mercato. Anche in un mercato del lavoro a concorrenza perfetta, il salario può non coprire il costo della sussistenza del lavoro. Per esempio, un ampio numero di aziende invaderanno il mercato con un prodotto, faranno in modo che il prezzo diminuisca fino a che abbastanza aziende “muoiano”, in modo da restringere l'offerta e riportare il profitto a un livello normale (“sussistenza”). Lo stesso processo funziona nei mercati del lavoro. Si assuma, ad esempio un'immigrazione di larga scala in un Paese. Per bilanciare domanda e offerta, il salario deve scendere fino a che non copra il livello minimo dei costi di sussistenza del lavoro.

La soluzione del mercato parallelo è che alcuni lavoratori siano costretti a “uscire dagli affari” in modo che l'offerta di lavoro diminuisca fino al punto in cui i salari coprano di nuovo il costo minimo fisso e variabile del lavoro. Questo processo può verificarsi in diversi modi: per esempio, i lavoratori possono lasciare il mercato del lavoro e mantenersi attraverso attività legate alla criminalità o all'economia sommersa; essi possono diventare senzatetto e elemosinare il cibo e vivere in centri d'accoglienza; oppure possono uscire dall'economia ufficiale per malattie e fame – come accade a milioni di lavoratori e alle loro famiglie in varie parti del mondo al giorno d'oggi.

Certamente, se i lavoratori avessero un diritto umano e/o legale a un salario sociale il problema del costo sociale e delle esternalità scomparirebbe. Commons propose esattamente questo un secolo fa – un diritto al lavoro garantito per legge o una quantità equivalente in termini di entrate – ma fu accusato di essere un proto-socialista ⁽¹⁹²⁾.

Si tratta comunque di una tappa logica per rendere un mercato del lavoro concorrenziale ancora più “perfetto”, completando un diritto di proprietà lacunoso ed eliminando una esternalità ⁽¹⁹³⁾.

In assenza di questo passaggio, una soluzione di seconda scelta – ma comunque meglio di niente – è un salario minimo, un credito d'imposta sui redditi guadagnati, o la contrattazione collettiva. Le aziende possono anche scaricare i costi del lavoro in diversi modi. Un esempio classico riguarda i costi per infortunio e malattia sul lavoro ⁽¹⁹⁴⁾.

La produzione di per sé implica un rischio per i lavoratori in termini di infortuni, malattie e a volte il decesso del lavoratore. In teoria, questi costi fanno parte del costo di produzione e dovrebbero essere completamente a carico delle aziende e quindi, in definitiva, dei consumatori nella forma di prezzi più alti del prodotto. In un mercato del lavoro perfetto, i costi di infortunio e malattia sono completamente incorporati in salari più alti (come compenso differenziale) e passano alle aziende e ai consumatori; in un mercato del lavoro imperfetto, comunque, le a-

⁽¹⁹²⁾ B. KAUFMAN, *The Organization of Economic Activity: Insights from the Institutional Theory of John R. Commons*, in *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2003, vol. 52, fasc. 1, 71-96.

⁽¹⁹³⁾ G. STANDING, *Promoting Income Security as a Right: Europe and North America*, Anthem, London, 2004.

⁽¹⁹⁴⁾ J. BURTON, J. CHELIUS, *Workplace Safety and Health Regulations: Rationale and Results*, in B. KAUFMAN (ed.), *Government Regulation of the Employment Relationship*, cit.

ziende (e di conseguenza i consumatori) possono scaricare questi costi su altri soggetti.

Per esempio, se i mercati del lavoro hanno una disoccupazione involontaria allora le aziende si trovano di fronte a un eccesso di offerta di lavoro e possono non pagare differenziali di salario compensativi; in alternativa, le aziende con un potere sul mercato del lavoro possono sottopagare i dipendenti in parte investendo meno del necessario nelle pratiche di salute e sicurezza sul luogo di lavoro.

Una legge di compensazione dei lavoratori, quindi, imponendo una tassa sugli infortuni alle aziende, può avvicinare il mercato del lavoro a un equilibrio concorrenziale rendendo i costi privati più vicini al costo sociale.

Riflessioni simili possono riguardare altre assicurazioni sanitarie per i lavoratori, quali il congedo di maternità, e in questo caso qualche forma di obbligo può anche ottenere lo stesso risultato.

Questi argomenti sono dimostrati nel quadro (c) del grafico 3. Quando gli economisti della NE analizzano gli effetti economici della legislazione del lavoro, essi disegnano un diagramma con le linee della domanda e dell'offerta, D_1 e S_1 , e indicano con W_1 il salario "concorrenziale" (il punto A). Ma nel fare questo omettono dal diagramma una considerazione essenziale: il salario sociale che copre l'intero costo del sostentamento del lavoro, compresi i famigliari a carico se il lavoro si deve riprodurre.

Il salario sociale, assumiamo che sia W_2 , può trovarsi al di sopra, essere uguale, o trovarsi al di sotto del salario di mercato; la relazione esatta è in definitiva una questione empirica. Prendiamo per ipotesi qui, ai fini di questa esposizione, che il salario di mercato si trovi al di sotto del salario sociale.

Possiamo definire il salario di mercato W_1 un salario pseudo-concorrenziale – pseudo perché, in primo luogo, è un'illusione ottenuta soltanto omettendo la considerazione dell'intero costo sociale del lavoro e, in secondo luogo, perché si presume che conduca a una allocazione efficiente delle risorse mentre in effetti conduce a una allocazione inefficiente (con anche alcune esternalità). Nel quadro (c), la differenza $W_2 - W_1$ rappresenta la *tassa sociale* per unità sul lavoro e il *sussidio sociale* per capitale e consumatori.

Dato questo fallimento del mercato, Coase (¹⁹⁵) argomenta, «il problema è nella scelta di un regime sociale adeguato per affrontare gli effetti negativi». Una gamma di alternative sono disponibili. Si consideri, in primo luogo un salario minimo imposto per legge. L'idea è di stabilire un minimo salariale al livello del salario sociale W_2 , creando in questo modo una base salariale che copra (proprio) il costo del lavoro fisso e variabile minimo. La base salariale è indicata nel quadro (c) del grafico 1 dalla linea orizzontale nel punto W_2 . Dal momento che i salari sociali cambiano a seconda dei gruppi di forza lavoro (ad esempio, uomini e donne), ma un approccio migliore ma più difficile dal punto di vista amministrativo deve stabilire basi salariali diverse.

Una speciale attenzione dovrebbe essere dedicata in questa situazione agli effetti di occupazione e disoccupazione della legislazione del lavoro. In reazione all'imposizione di una base salariale W_2 , l'occupazione scende da L_1 a L_2 (punti A e B) – esattamente l'effetto negativo sull'occupazione che le critiche delle leg-

(¹⁹⁵) R. COASE, *The Problem of Social Cost*, cit., 18.

gi sul minimo salariale mettono in evidenza. Ma si noti che questo calo nell'occupazione, secondo il giudizio della teoria economica ortodossa, dovrebbe essere accolto positivamente poiché elimina un uso inefficiente delle risorse di lavoro del Paese causato da un'imperfezione del mercato (una esternalità).

I critici, non di meno, possono sostenere che sia socialmente fuorviante distruggere questi lavori L_1 - L_2 quando essi sono svolti da lavoratori a basso salario che presumibilmente ne hanno bisogno e che, inoltre, li hanno accettati volontariamente. Dopotutto, tutte le parti traggono vantaggio dallo scambio, o no? La risposta è "no": sul piano dell'efficienza queste conseguenze sono dannose sia per i lavoratori sia per la società se il salario di mercato è inferiore al salario sociale, mentre sul piano normativo rappresentano una regressione a condizioni di lavoro inumane che le società avanzate hanno ripudiato da un pezzo. Allo stesso modo, in reazione al salario minimo la disoccupazione cresce al livello L_3 - L_2 (punto C e B), ma questo è un dato positivo a livello sociale nel senso che rendere il lavoro più remunerativo conduce in L_3 - L_1 a cercare lavoro nuove persone che altrimenti si sarebbero mantenute attraverso la criminalità o attività nell'economia sommersa.

Il problema del costo sociale emerso in precedenza può essere risolto da una legge sul minimo salariale o da un incremento salariale contrattato da un sindacato. Ma si possono individuare soluzioni migliori. Una è tesa a eliminare direttamente il problema del costo sociale, vale a dire attraverso un'assistenza sanitaria universale. Una seconda è spostare la curva della domanda di lavoro verso destra attraverso un qualche tipo di sussidio al lavoro o al salario per i datori di lavoro (colmando in questo modo il divario del costo sociale ma incrementando la occupazione). Ancora una terza è un supplemento di reddito in entrata per i lavoratori, come un programma di credito d'imposta sulle entrate percepite.

Un principio centrale della IL&E è che i mercati del lavoro liberi – nonostante le loro molte virtù riconosciute – conducono a numerose situazioni di inefficienza, ingiustizia e mancanza nel benessere degli uomini. Il problema del costo sociale ne è un esempio. Il problema del costo sociale illustra anche un'altra caratteristica della IL&E – l'attenzione dedicata a cercare soluzioni pragmatiche, praticabili ai problemi dell'occupazione *hic et nunc*. Se la soluzione ottimale (ad esempio l'assistenza sanitaria universale) non è raggiungibile rapidamente, allora i sostenitori della IL&E credono che una soluzione di seconda scelta (ad esempio un minimo salariale) sia preferibile a nessuna politica in assoluto. L'allievo di Commons, John Fitch, ha sintetizzato bene la filosofia della IL&E a questo proposito: «non è la legislazione come noi la desideriamo, ma il progresso sociale»⁽¹⁹⁶⁾.

15. Il senso di questo saggio è che ci sono (come minimo) due lati per ogni discussione e il dibattito sui pro e contro della regolazione del mercato del lavoro non fa eccezione. In questo spirito mi sono impegnato a presentare in modo corretto ed equilibrato entrambi i lati del dibattito sulla regolazione del lavoro – il movimento "anti-regolazione" della NL&E e il movimento "pro-regolazione"

⁽¹⁹⁶⁾ J. FITCH, *An Oasis That is Full of Promise*, in *American Labour Legislation Review*, 1927, vol. 17, fasc. 3, 243.

della IL&E. Queste etichette, certamente, sono generalizzazioni che nascondono uno spettro più ampio di opinioni individuali e, come spero di aver mostrato, entrambe colgono elementi importanti di verità.

La conclusione di base di questa analisi è che a seconda che uno tenda verso una prospettiva vicina alla NL&E o vicina alla IL&E incontra una serie di considerazioni fondamentali. Una prima considerazione è la natura concorrenziale del mercato e, in particolare, il grado a cui essi si collocano rispetto ai due poli del fortemente concorrenziale e fortemente non concorrenziale; una seconda è il modo in cui le imprese vengono modellizzate (funzioni di produzione o sistemi di governo); una terza è il peso relativo dato ai differenti interessi nella società (ad esempio gli interessi dei consumatori contro quelli dei lavoratori); un quarto è il grado in cui il lavoro è trattato come una delle N merci scambiabili rispetto a un fattore umano unico dotato di certi diritti inalienabili; e una quinta è lo sfondo sociale, culturale e storico che condiziona il punto di vista (le preferenze) di ognuno su questi temi.

Vista sotto questa luce, non esiste un'unica risposta esatta alla domanda «quale è la quantità ottimale di regolazione del lavoro?» dal momento che la risposta è fortemente determinata dai presupposti e da come essi vengono specificati nei modelli teorici. Alla fine, la teoria può guidare la discussione e dare forma alle nostre premesse ma il verdetto finale poggia inevitabilmente sul peso della evidenza empirica e sul giudizio a livello normativo di ciascuno a proposito di quali interessi devono contare e in che tipo di mondo vogliamo vivere. Neanche l'appello all'efficienza può rivelare una conseguenza determinata e libera da giudizi di valore, dato che l'efficienza in sé non può essere calcolata fino a che non specifichiamo quali preferenze (interessi) devono essere massimizzate – la domanda fondamentale al cuore della legge e della politica.

Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale – Riassunto. *L'A. si propone un'analisi approfondita degli aspetti positivi e negativi della regolazione di diritto del lavoro concentrando la propria attenzione sulla elaborazione delle due scuole statunitensi di law and economics. Si tratta della celeberrima scuola dell'Università di Chicago, sviluppata nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale e di ispirazione neoclassica, e della scuola dell'Università del Wisconsin, poco conosciuta e sostanzialmente trascurata dagli studi successivi, sviluppata nel periodo precedente alla seconda guerra mondiale e di approccio istituzionale. In particolare, la prima dà maggiormente conto, secondo la prospettiva dell'A., dei profili negativi di regolazione, la seconda di quelli positivi. L'A., nel corso del saggio, esamina ipotesi, metodi, teorie di entrambe le scuole di pensiero e le implicazioni che da ciascuna impostazione derivano sulla individuazione della forma migliore di regolazione e, a monte, del più efficiente grado di estensione della regolazione stessa. Benché lo studio sia per lo più riferito al contesto nord-americano, sono comunque considerati i contributi di numerosi autori europei e il contenuto dell'indagine si presta ad avere molteplici profili di applicazione anche al dibattito sul diritto del lavoro in Europa.*

Economic Analysis of Labour Law and Employment Regulation: Neoclassical and Institutional Perspectives (Article in English) – Summary. *This paper provides an in-depth economic analysis of the pros and cons of labour law and employment regulation, with a focus on two “law and economics” movements in the United States. The first is the well-known post-World War II law and economics movement centered in neoclassical economics and the University of Chicago; the second is the largely unknown and neglected pre-World II law and economics movement centered*

in institutional economics and the University of Wisconsin. The former mostly provides the “con” side to employment regulation, the latter mostly provides the “pro” side. The paper describes the assumptions, methods and theories of each school of thought and their implications regarding the optimal form and extent of labour law and employment regulation. Although largely centered in an American context, European writers are included and the content has many applications to labour law debates in Europe.

Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali

Roberto Pessi

Sommario: **1.** Le linee guida dell'Accordo sulla riforma della struttura della contrattazione collettiva. – **2.** Il nuovo indicatore di prezzi al consumo – **3.** *Segue:* automaticità dell'indicatore – **4.** *Segue:* l'indicatore differenziato per il pubblico impiego. – **5.** La semplificazione del processo di rinnovo del contratto collettivo nazionale. – **6.** L'ampliamento degli spazi della contrattazione di secondo livello. – **7.** La possibilità della deroga *in pejus* della contrattazione aziendale. – **8.** L'accelerazione del processo di armonizzazione tra settore pubblico e privato. – **9.** *Segue:* il tema della rappresentanza e la possibilità di generalizzare il modello del pubblico impiego. – **10.** *Segue:* la volontà di collegare le retribuzioni al merito e alla produttività anche nel settore pubblico. – **11.** L'Accordo del 22 gennaio nel quadro delle riforme prefigurate dalla legge delega n. 15/2009 e dal disegno di legge sulla regolazione dello sciopero nei trasporti.

1. L'Accordo del 22 gennaio 2009 racchiude quattro idee guida: a) la garanzia della conservazione del potere d'acquisto dei lavoratori (e quindi del valore reale delle retribuzioni) per via di contratto nazionale; b) la semplificazione del processo di rinnovo del contratto collettivo; c) l'ampliamento degli spazi per la contrattazione di secondo livello, sia in ordine alla distribuzione della produttività, sia in termini di derogabilità *in pejus* (laddove si renda necessario lo scambio tra minimi salariali ed occupazione); d) l'accelerazione del processo di armonizzazione tra pubblico e privato, sia in termini di esiti negoziali (dinamiche retributive, premialità dell'efficienza), che di identificazione della rappresentanza-rappresentatività.

2. La prima idea si concretizza nella scelta di sostituire alla tecnica della inflazione programmata quella dell'utilizzo di un indicatore dei prezzi al consumo, elaborato da un soggetto terzo, che dovrebbe garantire un esito negoziale certo e pressoché automatico (in qualche misura richiamando la vecchia scala mobile). Infatti, una volta accettato il metodo ed i suoi correttivi (che allo stato si limitano alla depurazione dell'inflazione importata per l'acquisto dei prodotti energetici) la sola incognita resta la base della retribuzione rivalutabile.

In proposito, il dissenso della Cgil sul punto (che ne avrebbe motivato la mancata sottoscrizione dell'Accordo, in realtà forse imputabile a valutazioni politiche di opportunità) lascia aperta l'ipotesi che l'esito del contratto nazionale non sia co-

* *Professore ordinario di Diritto del lavoro, Luiss – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli.*

unque automatico, perché l'intesa dovrà comunque essere concretizzata in sede categoriale (e qui potrebbe essere molto incisivo il condizionamento della organizzazione dissenziente).

3. In ogni caso, la finalizzazione ad un esito pressoché automatico è confermata dalla previsione di un meccanismo di garanzia, che prevede il recupero, nell'arco della vigenza contrattuale, dell'eventuale perdita di potere d'acquisto che si fosse determinata a seguito dello scostamento tra previsioni e consuntivo.

La circostanza che la certificazione dello scostamento tra ipotesi ed andamento reale avvenga a livello confederale (anche in ordine alla sua significatività) conferma la volontà di ricentralizzare il sistema ed insieme di ancorarlo ad un indicatore in grado di assicurare effetti automatici.

Il ritorno "guidato" alle categorie, secondo una procedura appena abbozzata nell'Accordo quadro del 22 gennaio 2009, dovrebbe quindi connotarsi (almeno per questo aspetto) per una semplice trasposizione notarile di un effetto matematico precomputato altrove.

4. Nell'ambito di questa prima idea guida (con qualche distonia rispetto all'altra dell'ulteriore armonizzazione pubblico-privato) deve registrarsi la grande preoccupazione del Governo (nella sua qualità di datore di lavoro) per i vincoli di bilancio.

Da qui la previsione di un indicatore dei prezzi al consumo differenziato per il pubblico impiego (quasi a presupporre che il meccanismo selettivo debba richiedere quale requisito di accesso la moderazione nei consumi); nonché la indicazione che il recupero dello scostamento tra ipotesi ed andamento reale verrà a collocarsi non nella vigenza del contratto, ma in occasione del rinnovo successivo.

L'importanza dei vincoli di bilancio è confermata dalla legge delega n. 15/2009. Si veda, al riguardo, l'intervento sull'Aran, laddove, da una parte, se ne opera un potenziamento – specie nel senso della sua indipendenza dalle organizzazioni sindacali (stabilendo l'incompatibilità con incarichi sindacali presenti, passati e futuri) – dall'altro lato, si riafferma e rafforza il potere di indirizzo e controllo dell'Amministrazione, esercitato tramite i Comitati di settore (riorganizzati a tal fine).

5. La seconda idea guida è quella della semplificazione del processo di rinnovo del contratto collettivo nazionale, in ragione della circostanza che il precedente sistema si era rilevato farraginoso ed idoneo, alternativamente, a favorire una conflittualità accelerata (di biennio in biennio) ovvero ad autocondannarsi all'ineffettività (propria dei mancati rinnovi).

Da qui la scelta ragionevole di ritornare alla cadenza triennale, unica sia per la parte economica che per quella normativa, anche in ragione della connotazione ormai inerziale di quest'ultima.

In questa direzione si colloca anche l'impegno alla riduzione del numero delle categorie (per il privato) e dei comparti (per il pubblico), ripresa come impegno del Governo nella legge delega n. 15/2009.

Quest'ultima previsione non sembra esporsi a dubbi di costituzionalità, perché in coerenza alle indicazioni del Giudice delle leggi, è confermata la competenza della contrattazione collettiva per la determinazione delle singole aree negoziali.

6. La terza idea guida è quella dell'ampliamento degli spazi per la contrattazione di secondo livello. Questa era stata la motivazione che Confindustria e Cisl avevano portato avanti con enfasi nell'ultimo triennio per chiedere la riforma degli assetti contrattuali.

La grande crisi che sta attraversando l'economia globalizzata ha fortemente ridimensionato la portata innovatrice della riforma su questo punto specifico, malgrado il forte intervento promozionale degli Esecutivi che si sono succeduti nel periodo in termini di detassazione e di decontribuzione dei c.d. premi di risultato.

Non è dubbio, invero, che l'Accordo deleghi alla contrattazione di secondo livello (peraltro, negli ambiti delineati dal contratto nazionale e con il vincolo del *non bis in idem*) la negoziazione della distribuzione della produttività e dei profitti tra capitale e lavoro.

È chiaro, tuttavia, che in questa fase manca la materia negoziale (e la mancanza è aggravata dal dato statistico della stasi di incrementi di produttività nell'ultimo decennio).

Da qui una serie di correttivi dettati dalla prudenza: primo fra tutti vi è quello della previsione di un elemento di garanzia (già sperimentato nel contratto dei metalmeccanici) che scambia un ulteriore modesto incremento retributivo a livello nazionale a fronte della mancata attivazione della contrattazione di secondo livello.

Ancora, per il pubblico impiego, vi è quello dell'indicazione contenuta nella legge delega n. 15/2009, secondo cui la contrattazione collettiva di secondo livello diverrà effettiva (sulle materie e nei limiti fissati dai contratti collettivi nazionali) solo laddove consentita dai vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione.

7. Tuttavia, il segnale più significativo della gravità del momento è il riconoscimento esplicito del potere della contrattazione aziendale di derogare *in pejus* il contratto nazionale.

La mobilità del capitale in un mercato che non ha più spazi geografici porta alla esasperazione della concorrenza tra ordinamenti ed alla conseguente delocalizzazione delle attività produttive. Le antiche aristocrazie industriali dell'occidente perdono la manifattura ed il lavoro operaio.

Consentire gli accordi in deroga, secondo l'esempio dei Paesi vicini, può offrire opportunità e rimedi seppur di breve periodo; del resto, la previsione si ispira ad una logica analoga a quella che segue l'Esecutivo nell'utilizzo degli ammortizzatori sociali.

8. L'ultima linea guida è quella dell'ulteriore accelerazione del processo di armonizzazione tra pubblico e privato. Qui l'Accordo (ferme le precisazioni già svolte, dettate dal delicato momento economico) si muove nella direzione di esportare nel privato la tecnica di misurazione della rappresentanza già sperimentata nel pubblico (media ponderata tra dato associativo e dato elettorale), che ha

conseguito risultati assai positivi in termini di deflazione della conflittualità (scontando un contenzioso giudiziario, comunque ininfluenza sugli equilibri complessivi).

L'indicazione, d'altro canto, è confermata dall'intervento (preannunciato con un disegno di legge) in materia di sciopero nei trasporti, che a sua volta si ricollega all'Accordo quadro del 22 gennaio 2009.

Si prospetta l'ipotesi di una regolazione del conflitto (in questo settore nevralgico che presidia la mobilità) che, facendo leva sulla oggettività della quantificazione della rappresentanza, condiziona l'esercizio del diritto di sciopero del singolo alla significatività dell'interesse collettivo che ne è alla base; quest'ultima è accertata assumendo una doppia soglia minima di rappresentatività delle organizzazioni sindacali che lo proclamano, la prima idonea di per sé a legittimare l'astensione collettiva, l'altra sufficiente a far indire un referendum (al cui esito è rimessa l'esperibilità dell'azione).

Se l'ipotesi si concretizzerà essa potrebbe portare ad un ripensamento della stessa lettura costituzionale del diritto di sciopero come diritto individuale ad esercizio collettivo. È passaggio complesso in quanto la Corte Costituzionale riconoscendo il diritto di sciopero economico-politico e la libertà dello sciopero politico ha mostrato di leggerlo come diritto della persona.

9. Si innesta qui il tema più generale della rappresentanza sindacale e della contrattazione collettiva; in proposito risultano presentati numerosi disegni di legge in Parlamento; peraltro, l'Esecutivo attendeva un avviso comune delle parti sociali per la fine del mese di maggio 2009.

Al riguardo, malgrado la mancata sottoscrizione dell'Accordo del 22 gennaio da parte della Cgil, sembra maturare un'intesa sulla generalizzazione del modello del pubblico impiego; anche se la soluzione legislativa apre dubbi di costituzionalità rispetto al modello di cui all'articolo 39 (nel quale la misurazione è affidata solo al dato associativo), per i quali si richiederà un ulteriore sforzo creativo del giudice delle leggi (come già avvenuto, quanto all'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, per l'impiego pubblico privatizzato).

Elementi di dissenso persistono ancora in ordine all'utilizzo del metodo referendario, a cui sarebbe affidato il compito di superare il problema della contrattazione separata. In particolare, i contrasti riguardano il soggetto o i soggetti legittimati all'indizione del referendum che dovrebbe approvare il contratto collettivo, nelle ipotesi ricorrenti in cui non esista consenso tra le organizzazioni sindacali di categoria in ordine all'esito del negoziato.

È questo un passaggio molto sofferto perché una soluzione aperta, certamente più rispondente alla democrazia sindacale, ha come controindicazione forte quella di potenziare le spinte conflittuali, che potrebbero investire la stessa concretizzazione della tecnica di conservazione del valore reale delle retribuzioni di cui all'Accordo del 22 gennaio 2009.

10. Tornando a quest'ultimo, la linea guida di avvicinare ulteriormente pubblico e privato è confermata dall'attenzione della legge delega n. 15/2009 a recuperare nel pubblico impiego il collegamento tra le dinamiche retributive e l'efficienza della pubblica amministrazione.

È evidente, in particolare, la volontà di collegare le retribuzioni al merito e alla produttività: da mera integrazione stipendiale, infatti, la retribuzione variabile dovrebbe acquisire una funzione incentivante degli apporti collettivi (a livello di singola amministrazione) ed individuali con conseguente abbandono anche dell'idea che la progressione in carriera (giuridica ed economica) possa basarsi esclusivamente sugli automatismi dovuti all'anzianità di servizio.

Proprio per tale motivo, il successo ovvero il fallimento della riforma degli incentivi (ma in realtà di tutta la riforma della pubblica amministrazione) è indissolubilmente collegato alla corretta definizione dei nuovi strumenti di valutazione, specie con riferimento ai criteri di misurazione che dovranno essere individuati dal nuovo organismo centrale di cui all'art. 4 della delega.

11. In conclusione, l'Accordo quadro del 22 gennaio 2009 è una importante dichiarazione d'intenti che va integrata con la delega di cui alla legge n. 15/2009 e con il disegno di legge sulla regolamentazione dello sciopero nei trasporti.

La concretizzazione di questo insieme di riforme (importanti, complesse e tra loro intrecciate) consentirà un giudizio completo in ragione della lettura dei singoli e compiuti precetti normativi.

Allo stato sembra di poter affermare che questi interventi si muovano comunque in una direzione corretta. La realtà dell'economia globale impone di recuperare incisività nella concorrenza tra ordinamenti; questa si concretizza, ancor più che negli assetti regolativi complessivi e nella funzionalità delle infrastrutture, nell'efficienza della pubblica amministrazione ed in quella del sistema di relazioni industriali.

Prospettive evolutive delle relazioni industriali in Italia: la riforma degli assetti contrattuali –

Riassunto. *L'Accordo del 22 gennaio 2009 racchiude quattro idee guida: a) la garanzia della conservazione del potere d'acquisto dei lavoratori con il Ccnl; b) la semplificazione del processo di rinnovo del contratto collettivo; c) l'ampliamento degli spazi per la contrattazione di secondo livello, sia in termini di produttività sia di derogabilità in pejus; d) l'accelerazione del processo di armonizzazione tra pubblico e privato, sia per gli esiti negoziali sia per la rappresentanza-rappresentatività. La prima idea si concretizza nella scelta di sostituire alla tecnica dell'inflazione programmata un indicatore dei prezzi al consumo che garantisca un esito negoziale certo e pressoché automatico. La seconda idea guida è la semplificazione del processo di rinnovo del Ccnl. Da qui la scelta ragionevole di ritornare alla cadenza triennale, unica per la parte economica e per quella normativa. In questa direzione si colloca anche l'impegno alla riduzione del numero delle categorie (per il privato) e dei comparti (per il pubblico). La terza idea guida è l'ampliamento degli spazi per la contrattazione di secondo livello. L'ultima è l'ulteriore accelerazione del processo di armonizzazione tra pubblico e privato nella direzione di esportare nel privato la tecnica di misurazione della rappresentanza sperimentata nel pubblico con risultati positivi in termini di deflazione della conflittualità. Si prospetta, infine, l'ipotesi di una regolazione del conflitto che condiziona l'esercizio del diritto di sciopero del singolo alla significatività dell'interesse collettivo che ne è alla base, assumendo una doppia soglia minima di rappresentatività delle OO.SS. che lo proclamano, la prima idonea di per sé a legittimare la astensione collettiva, l'altra sufficiente a far indire un referendum (al cui esito è rimessa l'esperibilità dell'azione).*

Prospects for change in industrial relations in Italy: the reform of bargaining structures

(Article in Italian) – Summary. *The framework Agreement of 22 January 2009 lays down four guiding principles: a) the need to safeguard the purchasing power of workers in national collective agreements; b) the simplification of the procedure for renewing collective agreements; c) the*

widening of the scope of second-level collective bargaining, both in terms of productivity and provisions concerning less favourable terms of employment; d) the acceleration of the process of harmonisation between the public and the private sectors, both in terms of negotiating outcomes and representation. The first guiding principle is implemented by replacing the planned inflation indices with a consumer price index that provides for bargaining outcomes that are certain and practically automatic. The second guiding principle is the simplification of the process of renewal of collective agreements. This means a return to three-year collective agreements, covering both remuneration and normative aspects. In this connection there has also been an undertaking to reduce the number of categories (in the private sector) and industrial sectors (in the public sector). The third guiding principle is the widening of the scope of decentralised bargaining. The fourth principle is the further acceleration of the process of harmonisation between the public and private sectors by transferring to the private sector the techniques for measuring representativeness that have been adopted in the public sector with positive results in terms of conflict reduction. Finally the paper examines the possibility of reducing industrial conflict by linking the individual right to strike to the defence of collective interests, requiring the trade unions calling a strike to meet two conditions in terms of representation. The first condition is that the strike should be legitimate at a collective level, whereas the second condition is that a strike ballot (referendum) should be held, without which the strike action should not go ahead.

Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori

Guido Canavesi

Sommario: **1.** L'incerta dimensione dei "servizi per l'impiego" nell'alternativa tra nozione oggettiva e soggettiva. – **2.** Autorizzazione e livelli essenziali delle prestazioni. – **3.** Alcuni profili di criticità nella definizione di "servizio per l'impiego" e la delega in materia di livelli essenziali delle prestazioni nella legge 24 dicembre 2007, n. 247. – **4.** La dimensione oggettiva dei livelli essenziali delle prestazioni secondo la Corte Costituzionale. – **5.** Uniformità, accessibilità e gratuità dei livelli essenziali. – **6.** Un cenno su livelli essenziali e federalismo fiscale.

1. Nel provare a tratteggiare un quadro giuridico/normativo di elementi e questioni rilevanti per un eventuale intervento legislativo finalizzato a regolare i livelli essenziali delle prestazioni nei servizi per l'impiego, mi sembra utile assumere come prevalente parametro di valutazione la giurisprudenza costituzionale in tema di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni sia in materia di (diritto del) lavoro sia, soprattutto, di livelli essenziali delle prestazioni; una materia, quest'ultima, di cui la Consulta si è occupata con particolare riferimento ai diritti sociali alla salute, all'assistenza sociale e all'istruzione.

Da subito va precisato che l'obiettivo di queste note non è di carattere propositivo. Più semplicemente, si tenterà di evidenziare alcune coordinate ordinamentali entro cui dovrebbe muoversi l'intervento legislativo in materia di livelli essenziali e, al contempo, segnalare profili di criticità cui prestare particolare attenzione.

In questa prospettiva, darò per acquisita sia la struttura del riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni di cui all'articolo 117 della Costituzione ⁽¹⁾ sia la nozione di "livelli essenziali delle prestazioni" quale risulta dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, pur consapevole di proposte ricostruttive in

* *Professore associato di diritto del lavoro, Università degli Studi di Macerata.*

⁽¹⁾ Vedi, nell'ormai amplissima letteratura costituzionale, L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006; F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie*, Giuffrè, Milano, 2006; P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, 2001, 1223 ss.; U. DE SIERVO, *Il sistema delle fonti: il riparto della potestà normativa tra Stato e regioni*, in AA.Vv., *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2005; E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Eum, Macerata, 2007.

ambito lavoristico, peraltro di matrice dottrinale, che non sembrano con quella collimare⁽²⁾.

Invece, poiché l'esercizio della competenza di cui all'articolo 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione richiede che sulle materie oggetto di intervento insistano diritti sociali o civili, dei quali va garantita uniformità di tutela⁽³⁾ su tutto il territorio nazionale, occorre domandarsi a quale ambito materiale siano riconducibili i "servizi per l'impiego" e poi se su di essi insistano diritti qualificabili, appunto, come sociali (o civili).

Per rispondere basta richiamare la giurisprudenza costituzionale sul punto ed in particolare quel passaggio della nota sentenza 28 gennaio 2005 n. 50⁽⁴⁾ in cui la Consulta dapprima afferma che, «quale che sia il completo contenuto che debba riconoscersi alla materia "tutela e sicurezza del lavoro", non si dubita che in essa rientri la disciplina dei servizi per l'impiego ed in specie quella del collocamento» e, poi, precisa che, «essendo i servizi per l'impiego predisposti alla soddisfazione del diritto sociale al lavoro, possono verificarsi i presupposti per l'esercizio della potestà statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost.».

In secondo luogo, dal complesso normativo di riferimento, dei "servizi per l'impiego", per quanto possa ritenersi sufficientemente acquisito il significato dell'espressione e delineata la fattispecie⁽⁵⁾, è dato cogliere un elemento di incertezza definitiva, di indubbio rilievo nella prospettiva di una legislazione sui livelli essenziali delle prestazioni.

Preliminarmente, peraltro, va detto che non giova alla comprensione del problema ed è, anzi, potenzialmente fuorviante quel passaggio della sentenza n. 50 del

⁽²⁾ Si allude a E. ALES, *Diritti di cittadinanza sociale e "livello essenziale di prestazione" nel nuovo disegno costituzionale: brevi considerazioni sull'"uguaglianza solidale"*, in *RDS*, 2002, 349 ss., e già ID., *Diritto all'accesso al lavoro e servizi per l'impiego nel nuovo quadro costituzionale: la rilevanza del "livello essenziale di prestazione"*, in *DLM*, 2003, 9 ss.

⁽³⁾ Cfr. L. CHIEFFI, *Disarticolazione del sistema delle autonomie e garanzia dei livelli essenziali*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, 747 ss.; G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 85 ss.

⁽⁴⁾ Le questioni oggetto di questa pronuncia erano state sollevate da alcune Regioni contro la l. 14 febbraio 2003, n. 30, e il conseguente d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. La sentenza è pubblicata in *GCost*, 2005, 395, con nota di S. SCAGLIARINI, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma della consultazione*. Per altri commenti vedi G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, cit., 142 ss.; A. GARILLI, *La riforma del mercato del lavoro al vaglio della Corte Costituzionale*, in *RGL*, 2005, II, 440 ss.; G. CANAVESI, *La giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa in materia di lavoro, con particolare riferimento alla formazione professionale e alla previdenza sociale*, in *DML*, 2005, 479 ss.; V. FILÌ, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *LG*, 2005, 405 ss.; P. ALBI, *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *RIDL*, 2005, II, 530 ss.; A. PESSI, *Formazione e politiche attive dell'impiego nella giurisprudenza costituzionale*, in *ADL*, 2005, 321 ss.; E.M. BARBIERI, *Il diritto del lavoro fra competenze statali e competenze regionali secondo la Corte Costituzionale*, in *MGL*, 2005, 269 ss.

⁽⁵⁾ Per complessive ricostruzioni, V. FILÌ, *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, Kluwer-Ipsos, Milano, 2002; P.A. VARESI, *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, 18 ss.; F. LISO, *I servizi all'impiego*, in D. GAROFALO, M. RICCI (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 591 ss. (più sinteticamente, dello stesso Autore, voce *Servizi all'impiego*, in *EGT*, vol. XXVIII, 2006).

2005, appena richiamato, in cui si prospetta una relazione di continuità e omogeneità funzionale, quasi di *genus a species*, tra (disciplina dei) “servizi per l'impiego” e (disciplina del) “collocamento”. Invero, anche se alle “procedure di collocamento” fa esplicito riferimento ancora l'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, il perdurante ricorso a questo termine è criticabile perché evocativo, più che di un dato normativo ormai superato, di una certa configurazione giuridica e della conseguente logica (burocratica) che informava l'attività (amministrativa) finalizzata non già a incentivare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro, bensì a realizzare l'equa distribuzione delle offerte di lavoro. Una configurazione ed una logica contraddittorie con, e superate da, la stessa *ratio*, appunto, “di servizio”, comune a quei provvedimenti legislativi con cui il legislatore nazionale ha, nell'arco di poco più di un decennio, riformato il mercato del lavoro⁽⁶⁾.

Si tratta, come noto, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, e successive modificazioni⁽⁷⁾, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, modificato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297⁽⁸⁾, dell'articolo 1, della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30⁽⁹⁾, e delle disposizioni di attuazione di cui al Titolo II

⁽⁶⁾ Cfr., sulla diversità di concezione tra vecchia e nuova normativa, soprattutto, F. LISO, *I servizi all'impiego*, cit., 591 ss., nonché, 601 ss. per l'analisi critica di alcuni spezzoni normativi ancora ispirati alla precedente logica “distributiva”. Cfr. anche P. OLIVELLI, *Prospettive di un sistema integrato pubblico-privato nei servizi per l'impiego*, in ID. (a cura di), *Il “collocamento” tra pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2003, 1 ss.; M. MAGNANI, *La riforma dell'organizzazione del mercato del lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 24 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. E. ALES, *La nuova disciplina del mercato del lavoro tra “decentramento controllato” e “liberalizzazione accentrata”*, in *ADL*, 1998, 525 ss.; F. CARINCI (a cura di), *Il nuovo collocamento. Inserto*, in *DPL*, 1998, n. 11; M. PAPALEONI, *La riforma del mercato del lavoro*, in *MGL*, 1998, 343 ss.; C. PINELLI, *Conferimenti di funzioni a Regioni ed enti locali e riforme del mercato del lavoro*, in *Le Regioni*, 1998, 47 ss.; AA.VV., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in *QDLRI*, 1999, n. 22; E. GRAGNOLI, *Funzioni pubbliche di collocamento e attività di Regioni e Province*, in *LD*, 1999, 261 ss.; P. LAMBERTUCCI, *L'intervento pubblico nella mediazione tra domanda ed offerta di lavoro: dalla registrazione dell'assunzione alla promozione dell'occupazione*, in *ADL*, 2000, 225 ss.; P. TULLINI, *Quale federalismo per l'organizzazione del mercato del lavoro?*, in *LPA*, 2000, 29 ss.; V. FILÌ, *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, cit., 85 ss.; G. CANAVESI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei sistemi regionali dei servizi per l'impiego*, in P. OLIVELLI (a cura di), *op. cit.*, 221 ss.; G. CIOCCA, *La gestione del collocamento: l'art. 10 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469 e le riforme in atto*, ivi, 121 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. I. DI SPILIMBERGO, *La struttura del “nuovo” collocamento alla luce dei più recenti interventi: il decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, il decreto del Presidente della Repubblica 7 luglio 2001, n. 442, il decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, e la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30*, in P. OLIVELLI (a cura di), *op. cit.*, 195 ss.; M. GHIROTTI, *Il collocamento dopo i più recenti provvedimenti di riforma*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 114 ss.; M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 233 ss.; P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, n. 2, I, 419 ss.; ID., *La riforma dei servizi pubblici per l'impiego*, in G. FERRARO (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale: itinerari giuridici e socioeconomici su regioni e autonomie locali*, Giuffrè, Milano, 2003, 373 ss.; D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro [Titolo II – articoli 3-19]: dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Diritti e lavoro*, Cacucci, Bari, 2004, 31 ss.; F. LISO, *Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ESI, Napoli, 2004, 365 ss.

⁽⁹⁾ Per un commento, M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione*, Ipsoa, Milano, 2003.

del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in particolare gli articoli 3⁽¹⁰⁾ e 7⁽¹¹⁾, nonché della legge 12 marzo 1999, n. 68, per lo specifico ambito dell'inserimento lavorativo delle persone disabili⁽¹²⁾.

Ai "servizi regionali per l'impiego" è dedicato il Capo II del decreto legislativo n. 469 del 1997, ma in esso è solo l'articolo 4 che vi dedica specifica attenzione, con riferimenti, tuttavia, dal significato non univoco.

Da un lato, infatti, combinando il capoverso del comma 1 di quell'articolo con il principio direttivo di cui alla lettera e – ed, eventualmente, di cui alla lettera g⁽¹³⁾ – del medesimo comma, ad essere assunta è una nozione di servizio in senso "oggettivo", cioè come insieme di quelle attività e/o prestazioni la cui "gestione ed erogazione" è connessa ai compiti e alle funzioni in materia di "collocamento", di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 469 del 1997, ovvero, ma eventualmente, anche a quelli di "politica attiva del lavoro", di cui al comma 2 del medesimo articolo 2⁽¹⁴⁾. A quella nozione resterebbe, perciò, estranea la dimensione "soggettiva" o "strutturale", allora come oggi sostanzialmente corrispondente, ma ormai senza più carattere di necessarietà⁽¹⁵⁾, con i "centri per l'impiego" delle Province e, se mai, con le Province stesse, per i servizi relativi alle politiche attive del lavoro⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁰⁾ Per commenti, G. GHEZZI, *Articoli 1-3. Norme definitorie e obiettivi*, in ID. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 13 ss.; V. FILI, *Articolo 3*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 98 ss.; E. GRAGNOLI, *Art. 3. Finalità*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 79 ss.; F. LISO, *Articolo 3. Finalità*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 43 ss.; D. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 31 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Art. 3. Finalità*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, 95 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. V. ANGIOLINI, *Articoli 4-7. Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 23 ss.; V. FILI, *Articolo 7*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *op. cit.*, 190 ss.; G. FONTANA, *Articolo 7. Accredamenti*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 149 ss.; P. TULLINI, *Articolo 7. Accredamenti*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 119 ss.; D. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 31 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Art. 7. Accredamenti*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 157 ss. Vedi anche G. OCCHIOCUPO, F. POMPONI, *L'accreditamento nei servizi per l'impiego e nella formazione professionale*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 101 ss.; S. ROSATO, *I regimi di accreditamento: profili generali e prospettive regionali di sviluppo*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 287 ss.; G. CANAVESI, *Libertà di scelta nei servizi "pubblici" per l'impiego. Note sull'art. 7 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA.VV., *Diritto e Libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, 181 ss.

⁽¹²⁾ M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili. Commentario alla legge n. 68 del 1999*, Giappichelli, Torino, 2000, 287 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, P. LAMBERTUCCI (a cura di), *Norme per il diritto al lavoro dei disabili. Commentario*, in *NLCC*, 2000, 1351 ss.

⁽¹³⁾ Ma si può richiamare anche quanto disposto alla lett. h del comma 1 e al successivo comma 2.

⁽¹⁴⁾ Vedi *infra* § 3.

⁽¹⁵⁾ Infatti, per il carattere "cedevole" dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, che confermava il riparto delle competenze amministrative di cui al d.lgs. n. 469/1997 si è espressa C. Cost. n. 50/2005, cit. Ma vedi, per una valutazione critica, nel senso dell'illegittimità della norma, B. CARUSO, H. BONURA, *La riforma del mercato del lavoro. Note introduttive*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 76 ss. Invece, per una lettura della decisione che conferma la prevalente allocazione provinciale delle funzioni, anche in considerazione dell'art. 118, comma 1, Cost., P.A. VARESI, *Regione Lombardia: la legge di politica del lavoro*, in *DPL*, 2007, inserto n. 7, VI ss. (tesi argomentata dall'Autore già prima della sentenza n. 50/2005, nel suo *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 18 ss.).

⁽¹⁶⁾ Cfr. l'art. 4, comma 1, lett. g. Ma vedi anche la lett. h.

Per altro verso, il comma 3 dell'articolo 4, fissando il termine entro cui «i servizi per l'impiego di cui al comma 1 *devono essere organizzati*» (corsivo dell'Autore), si presta ad una interpretazione che ricomprenda nella nozione di servizio anche la dimensione soggettiva o strutturale.

Comunque, è indubbiamente l'accezione strutturale di servizio quella fatta propria dall'articolo 1, comma 2, lettera g, decreto legislativo n. 181 del 2000, quando definisce “servizi competenti”, oltre i centri per l'impiego, quegli “organismi” che la legislazione regionale o delle Province autonome di Trento e Bolzano abbia autorizzato o accreditato a “svolgere le previste funzioni”, ossia quelle di cui agli articoli 2, 3 e 4, dello stesso decreto⁽¹⁷⁾. Tuttavia, questa norma, se non superata, deve ora quantomeno coordinarsi con gli articoli 3 e 7 del decreto legislativo n. 276 del 2003, nei quali a prevalere è, invece, la nozione di servizio in senso oggettivo: per l'articolo 3, comma 2, lettera b, infatti, sono «gli operatori pubblici e privati *che forniscono servizi al lavoro*» (corsivo dell'Autore), previo accreditamento. E questa prospettiva trova ulteriore conferma nella declinazione funzionalistica che di quei servizi offre l'articolo 7, identificandoli tanto con l'esercizio delle funzioni di carattere amministrativo relative all'accertamento dello stato di disoccupazione, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo n. 181 del 2000, quanto con una serie di attività e nell'erogazione di prestazioni, comprese quelle di cui all'articolo 3 del decreto legislativo n. 181 del 2000, espressamente richiamato.

Infine, per quanto concerne la legge n. 68 del 1999, basti dire che i “servizi del collocamento obbligatorio” (Capo II) o, secondo la rubrica dell'articolo 6, i “servizi per l'inserimento lavorativo dei disabili” sono gli organismi individuati dalle Regioni ai sensi degli articoli 4 e 6, comma 3, decreto legislativo n. 469 del 1997⁽¹⁸⁾: la disposizione, quindi, dà prevalenza all'accezione strutturale. Le Regioni, inoltre, devono istituire un Fondo regionale per l'occupazione dei disabili finalizzato all'erogazione di finanziamenti a sostegno dei “programmi regionali di inserimento” e dei “relativi servizi”⁽¹⁹⁾: da un punto di vista oggettivo o funzionale, dunque, il fondo non sembra definibile come “servizio per l'impiego”, trattandosi, piuttosto, di uno strumento di politica attiva del lavoro.

2. Quanto ai soggetti privati autorizzati all'esercizio in forma societaria delle attività di somministrazione di lavoro, intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale⁽²⁰⁾, nonché ai soggetti pubblici e privati cui l'articolo 6 del decreto legislativo n. 276 del 2003 consente, mediante diversificati regimi autorizzatori, di svolgere attività di intermediazione, deve ritenersi che essi restino estranei ad un intervento di regolazione dei livelli essenziali, nonostante abbiano in comune con i “servizi per l'impiego” la

⁽¹⁷⁾ Sia consentito il rinvio al mio *Regolazione del mercato del lavoro e principio di sussidiarietà*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 101 ss.

⁽¹⁸⁾ Sulle strutture del collocamento obbligatorio, G. RIGANÒ, *Art. 6*, in G. SANTORO PASSARELLI, P. LAMBERTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 1388 ss.; E. ALES, *Il servizio del “collocamento obbligatorio”*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, 287 ss.

⁽¹⁹⁾ Vedi V. FERRANTE, *Artt. 13 e 14*, in G. SANTORO PASSARELLI, P. LAMBERTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 1441 ss.; C.A. NICOLINI, *Misure di agevolazione per le assunzioni di disabili*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *op. cit.*, 441 ss.

⁽²⁰⁾ Artt. 4 e 5, d.lgs. n. 276/2003.

sede di disciplina – il Titolo II del decreto legislativo n. 276 del 2003 – e le finalità perseguite – realizzare un sistema efficace e coerente di strumenti intesi a garantire trasparenza ed efficienza del mercato del lavoro e migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati – e di fatto analoghe risultino molte delle modalità di esercizio dell'attività esercitata.

Una simile conclusione, cui sembra comunque aderire anche la Corte Costituzionale⁽²¹⁾, può, forse, dare adito a qualche perplessità ove si consideri che il diritto sociale “al lavoro” sembra interferire anche con l'attività resa dai soggetti in questione, come indirettamente evidenziato anche da quegli elementi comuni appena ricordati. Peraltro, essa è scolpita nel dato legislativo ove l'autorizzazione è altra cosa dall'accREDITAMENTO, al cui possesso soltanto è legata «l'idoneità a erogare i servizi al lavoro»⁽²²⁾. In realtà, l'opzione del legislatore è stata quella di operare una precisa, ma non perciò rigida⁽²³⁾, distinzione di ambiti funzionali, al fine di assicurare la più ampia possibilità di incontro tra domanda e offerta di lavoro, mediante il riconoscimento e la garanzia offerta alla molteplicità degli interessi e delle strutture, anche giuridiche, con cui quel risultato è realizzabile. D'altronde, se il bilanciamento tra libertà economica e utilità sociale può dirsi *ratio* dell'autorizzazione⁽²⁴⁾, i requisiti nei quali esso si sostanzia costituiscono anche adempimento di obblighi di diritto internazionale, quali risultano dalla convenzione ILO 3 giugno 1997, n. 181⁽²⁵⁾, che è altresì la fonte del divieto di percepire, direttamente o indirettamente, compensi dai lavoratori, che l'articolo 11, decreto legislativo n. 276 del 2003, impone ai soggetti tanto autorizzati quanto accreditati⁽²⁶⁾. Considerato che tutto ciò si traduce nella normale destinazione *ai*

(21) In un passaggio, C. Cost. n. 50/2005 distingue, infatti, tra «i servizi per l'impiego predisposti alla soddisfazione del diritto sociale al lavoro, [per cui] possono verificarsi i presupposti per l'esercizio della potestà statale di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.» e «la disciplina dei soggetti comunque abilitati a svolgere opera di intermediazione [che] può esigere interventi normativi rientranti nei poteri dello Stato per la tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.).»

(22) Cfr. artt. 2, comma 1, lett. e e f, e 3, comma 2, lett. a e b, d.lgs. n. 276/2003.

(23) Da un lato, infatti, i regimi particolari di autorizzazione realizzano un temperamento, variamente articolato, tra l'interesse privato o l'interesse istituzionale proprio del particolare ente pubblico e l'interesse generale di cui all'art. 4 Cost., dall'altro con l'accREDITAMENTO quell'interesse generale è posto direttamente in capo a una pluralità di soggetti pubblici o privati, anche autorizzati, comunque diversi da quelli istituzionalmente competenti a darvi attuazione.

(24) Evidenzia questo aspetto anche C. Cost. n. 50/2005 – pur nell'ambito di un ragionamento che sembra accomunare l'autorizzazione e l'accREDITAMENTO, anche sulla scorta della non chiara previsione dell'art. 1, comma 2, lett. l, l. n. 30/2003 –, laddove osserva che «se il collocamento, ed in genere tutte le attività atte a favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, non sono più riservati alle strutture pubbliche, ritenendosi dal legislatore che solo l'apertura ai privati e la collaborazione tra questi e le strutture pubbliche possano rendere efficienti tali attività, la disciplina dei soggetti comunque abilitati a svolgerle deve essere in armonia con i precetti costituzionali concernenti l'attività economica». Mentre, «dall'angolo visuale dei soggetti che la svolgono, l'attività di intermediazione nella sua più ampia accezione può quindi costituire oggetto di normale attività imprenditoriale ed è soggetta anche alle norme che tutelano la concorrenza».

(25) Ratificata dall'Italia in data 1° febbraio 2000. Al riguardo, E. SALSI, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/1997*, in *q. Rivista*, 1998, n. 2, 161 ss.; M.P. GIANNOTTI, *Gli orientamenti comunitari e internazionali in materia di collocamento*, in P. OLIVELLI (a cura di), *op. cit.*, 62 ss.

(26) R. ALTAVILLA, *Articolo 11*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 187 ss.; V. FORTI, *Divieto di oneri in capo ai lavoratori*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 545 ss.; C. LA MACCHIA, *Articolo 11*, in G. GHEZZI (a cura di), *op. cit.*, 53 ss.; P. TULLINI, *Articolo 11*, in AA.Vv., *Il*

datori di lavoro, più che ai lavoratori, dell'attività resa dagli autorizzati⁽²⁷⁾, appare giustificata la loro esclusione da una legislazione sui livelli essenziali delle prestazioni, cosa che, del resto, trova testuale conferma nella delega al Governo per la determinazione di quei livelli, che l'articolo 1, comma 31, lettera *b*, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, limita ai *servizi pubblici per l'impiego* (vedi *infra*).

Invero, non sembra contraddire questa conclusione neppure il comma 8 dell'articolo 6, decreto legislativo n. 276 del 2003 laddove richiede, alle normative regionali che regolino le procedure di autorizzazione all'esercizio delle diverse attività negli ambiti territoriali di riferimento, il «rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni», ma qualora «desumibili in materia dal presente decreto». Si tratta di disposizione aggiunta dall'articolo 2 del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, ma non adeguatamente coordinata con la restante normativa e dall'incerto contenuto precettivo, sia perché dimentica la distinzione tra autorizzazione e accreditamento sia, soprattutto, perché dal decreto legislativo non sembrano «desumibili» livelli essenziali in materia.

3. L'alternativa tra le due nozioni di servizio per l'impiego non è neutra nella prospettiva di una legislazione sui livelli essenziali delle prestazioni. L'orientamento soggettivo o strutturale, infatti, sembra portare ad un ampliamento delle prestazioni qualificabili come «inerenti al diritto sociale» al lavoro e quindi dell'ambito di intervento della legislazione statale.

In particolare si possono individuare almeno tre profili di criticità per i quali l'adesione all'uno o all'altro orientamento sembra idonea a determinare differenti e contrapposte conclusioni.

Il primo attiene allo «stato di disoccupazione», come definito dall'attuale articolo 1, lettera *c*, decreto legislativo n. 181 del 2000⁽²⁸⁾. La sua configurazione quale «livello essenziale» è stata prospettata in dottrina⁽²⁹⁾, mentre la Corte Costituzionale ne ha ritenuto la natura di «principio fondamentale» ai sensi dell'articolo 117, comma 3, della Costituzione, in relazione alla materia «tutela e sicurezza del lavoro»⁽³⁰⁾.

Se non coincidente con questa, comunque, strettamente connessa è la questione dell'attinenza ai livelli essenziali del c.d. «patto di servizio», così, ormai, definendosi quello strumento, di incerta natura ed efficacia, previsto da provvedimenti regionali e con cui il servizio competente «definisce» o «concorda» con l'utente del servizio «modalità» o «misure» alla cui osservanza è collegato lo

nuovo mercato del lavoro, cit., 154 ss.; F. ALVARO, *Art. 11. Divieto di oneri in capo ai lavoratori*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 184 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. F. LISO, *I servizi all'impiego*, cit., 623.

⁽²⁸⁾ Cfr. D. GAROFALO, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *q. Rivista*, 2006, 637 ss.

⁽²⁹⁾ F. LISO, *I servizi all'impiego*, cit., 607; ID., *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di stato di disoccupazione*, in *q. Rivista*, 2008, 332. Adesivamente P.A. VARESI, *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 45; Contra D. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 651.

⁽³⁰⁾ C. Cost. 13 luglio 2007, n. 268, in *GCost*, 2007, 2640, con nota di A. PESSI, *La multiforme natura dell'indennità di disoccupazione ordinaria tra legislazione statale e regionale*.

“stato di disoccupazione”, secondo il disposto degli articoli 1, comma 2, lettera *c*, e 2, comma 4, lettera *b*, del decreto legislativo n. 181 del 2000⁽³¹⁾.

Infine, lo stesso accreditamento, ossia la definizione dei requisiti necessari per accreditarsi, potrebbe considerarsi, nella prospettiva strutturale, come riconducibile ai livelli essenziali di prestazione.

Non sembra dubbio, invece, che già siano tali, nonostante la diversa indicazione testuale⁽³²⁾, le prestazioni che l'articolo 3 del decreto legislativo n. 181 del 2000 impone ai servizi competenti di assicurare agli utenti⁽³³⁾.

Si noti che tra quelle è prevista la proposta di adesione a iniziative *di formazione o di riqualificazione professionale od altra misura che favorisca l'integrazione professionale* (articolo 3, lettera *b*), a iniziative, cioè, ascrivibili alla competenza residuale regionale sulla “formazione professionale”. Anche se non viene stabilito un livello essenziale di prestazione in tale materia, la disposizione offre lo spunto per evidenziare un ulteriore profilo di criticità, quello dell'ampiezza di una legislazione sui livelli essenziali riferita ai “servizi per l'impiego”. La questione si chiarisce se si considera la necessaria “integrazione”, non solo con le politiche formative, bensì anche con le politiche attive del lavoro, che a quei servizi richiede, nell'accennata ottica oggettiva, l'articolo 4, decreto legislativo n. 469 del 2007. Per quanto la competenza statale di cui all'articolo 117, comma 2, lettera *m*, copra tutti e tre i settori, resta che la formazione professionale è materia formalmente distinta tanto dai “servizi per l'impiego” quanto dalle “politiche attive del lavoro”, nonostante di questa sia definita “strumento” dall'articolo 1, legge quadro n. 845 del 1978⁽³⁴⁾. Invero la Corte Costituzionale ha fissato i confini dell'ambito materiale della formazione professionale in termini talmente riduttivi per la competenza regionale che non sembra possa rientrarvi la politica attiva del lavoro⁽³⁵⁾, materia, del resto, considerata di potestà concorrente regionale⁽³⁶⁾. Pertanto, se non è precluso al legislatore, come nella disposizione considerata, integrare il contenuto di un livello essenziale dei servizi per l'impiego

⁽³¹⁾ Per l'autonomia dello stato di disoccupazione dal patto di servizio F. LISO, *I servizi all'impiego*, cit., 606. *Contra* D. GAROFALO, *op. ult. cit.*, 644. Più in generale, A. VISCOMI, *Servizi per l'impiego: “i patti di servizio”*, in *DLM*, 2007, 1 ss.; M. MAROCCO, *Teoria e prassi nell'attivazione dei disoccupati: il Patto di servizio*, Working Paper Adapt, 2008, n. 62, in www.adapt.it (ora anche in *GDLRI*, 2008, 533 ss.).

⁽³²⁾ Alla definizione dei “principi fondamentali”, infatti, sarebbero volte le disposizioni del d.lgs. n. 181/2000, secondo l'espressa previsione del suo art. 1. Ma «la qualificazione che la legge statale opera del contenuto di determinate disposizioni come principi fondamentali di una materia di competenza legislativa concorrente non può essere decisiva, perché altrimenti si attribuirebbe allo Stato la potestà di comprimere senza alcun limite il potere legislativo regionale, dovendosi invece aver riguardo al contenuto delle disposizioni ed alla loro funzione nel sistema» (C.Cost. n. 268/2007, cit.).

⁽³³⁾ In tal senso, F. LISO, *op. ult. cit.*, 607.

⁽³⁴⁾ Sul punto V. FILI, *L'avviamento al lavoro fra liberalizzazione e decentramento*, cit., 131 ss.; G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, cit., 153 ss.

⁽³⁵⁾ Vedi C. Cost. n. 50/2005, cit. Sul punto, criticamente, G. CIOCCA, *op. ult. cit.*, 165 ss. e, se vuoi, G. CANAVESI, *La giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa in materia di lavoro, con particolare riferimento alla formazione professionale e alla previdenza sociale*, cit., 499 ss.

⁽³⁶⁾ Anche chi – P.A. VARESI, *Regioni e politiche attive del lavoro dopo la riforma costituzionale*, in *LPA*, 2002, suppl. al n. 1, 121 ss. – si era mostrato possibilista verso la competenza residuale della regione sembra ora aver superato quel dubbio, cfr. ID., *Il nuovo sistema di collocamento e di servizi per l'impiego nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 46. Più in generale, sul riparto delle materie lavoristiche tra competenza esclusiva statale, concorrente o residuale regionale, F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 17 ss.

attraverso un'iniziativa formativa o di politica attiva del lavoro, tuttavia, occorrerà prestare attenzione alle delimitazioni formali dell'area di intervento legislativo, secondo le scelte di natura politica di volta in volta operate.

Ora, i criteri di soluzione delle questioni così evidenziate vanno ricercati sul piano dell'interpretazione costituzionale del concetto di "livello essenziale", quale risulta soprattutto dall'opera della Corte Costituzionale. Tuttavia, anche se andranno comunque verificate alla luce di quei criteri, alcune iniziali indicazioni sono ricavabili dall'articolo 1, commi 30 e 31, della legge n. 247 del 2007. Il primo, alla lettera *a*, dispone una delega al Governo per il riordino della normativa in materia, tra l'altro, di servizi per l'impiego, nel rispetto dei principi e criteri direttivi, che il successivo comma 31 individua nella «definizione dei livelli essenziali delle prestazioni nei servizi pubblici per l'impiego» (lettera *b*), nella «definizione dei criteri per l'accreditamento e l'autorizzazione dei soggetti che operano sul mercato del lavoro» (lettera *b*) e nella «promozione del patto di servizio come strumento di gestione adottato dai servizi per l'impiego per interventi di politica attiva del lavoro» (lettera *d*)⁽³⁷⁾.

Dalla sua struttura formale risulta evidente come l'ultima delle due disposizioni citate ponga tanto la definizione dei criteri di accreditamento⁽³⁸⁾ quanto la promozione del patto di servizio fuori dall'area dei livelli essenziali delle prestazioni.

D'altra parte, di questi, alla lettera *b*, si richiede la definizione nei confronti dei "servizi pubblici per l'impiego", aggettivo che identifica soggettivamente quei servizi, facendoli coincidere con le competenti strutture pubbliche, ossia i centri per l'impiego. Costruita intorno alla distinzione tra soggetto pubblico – il servizio – e privato – le agenzie – e finalizzata a riaffermare "la centralità" del primo, la disposizione non lascia dubbi al riguardo. Per contro, sono i "servizi per l'impiego", senza ulteriori aggettivazioni, ad essere richiamati nella previsione sulla promozione del patto di servizio, tra l'altro significativamente definito «strumento di gestione [...] per interventi di politica attiva del lavoro».

L'effetto conseguente, dunque, sarebbe l'inapplicabilità della legislazione sui livelli essenziali ai soggetti privati accreditati e, probabilmente, anche agli altri operatori pubblici, nell'ipotesi in cui la legislazione regionale ne consenta l'accreditamento⁽³⁹⁾. Un tale esito, tuttavia, si pone in evidente contrasto con la stessa *ratio* della legislazione sui livelli essenziali, la garanzia di uniformità del godimento dei singoli diritti sociali non potendo risultare compromessa in rela-

⁽³⁷⁾ M. ROSANO, *Prospettive di restyling per la gestione del mercato del lavoro*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate*, Utet, Torino, 2008, 9 ss.

⁽³⁸⁾ E di «autorizzazione dei soggetti che operano sul mercato del lavoro»: ma, a prescindere dal preciso significato della disposizione, questo aspetto non sembra riguardi i livelli essenziali delle prestazioni.

⁽³⁹⁾ È il caso dell'art. 13 della l.r. Lombardia 28 settembre 2006, n. 22. Si osservi come, paradossalmente, la lettura congiunta delle disposizioni di cui alle lett. *b* e *d* offra margini normativi a sostegno della non pacifica opzione parificatoria, da quella legge operata, tra i centri per l'impiego o, più in generale, le strutture pubbliche competenti, e gli altri operatori, pubblici e privati, accreditati. Al riguardo R. ALBONETTI, L. VIOLINI, *Il principio di sussidiarietà nel sistema lombardo di istruzione, formazione e lavoro: integrazione e innovazione*, in A. BRUGNOLI, G. VITTADINI (a cura di), *La sussidiarietà in Lombardia. I soggetti, le esperienze, le policy*, Guerini e Associati, Milano, 2008, 43 ss. In senso critico, P.A. VARESI, *Regione Lombardia: la legge di politica del lavoro*, cit., VI ss.

zione alla natura o qualità del soggetto erogatore. Del resto, valutando della libertà dell'utente di scegliere la struttura, pubblica o privata, ove farsi curare, la Corte Costituzionale ha precisato che quando lo Stato ritenga di stabilire i livelli quantitativi e qualitativi delle prestazioni «questi devono essere fissati in modo eguale per entrambi i tipi di struttura»⁽⁴⁰⁾.

4. Già si è detto che la necessaria verifica delle considerazioni svolte richiede, su un piano più in generale, l'esplicazione del concetto di "livello essenziale della prestazione". A tal fine sono utilmente richiamabili alcuni elementi ormai acquisiti nella giurisprudenza costituzionale.

Preliminarmente, tuttavia, è opportuno richiamare un'indicazione metodologica, fondamentale per chiarire e delimitare l'orizzonte concettuale e operativo di qualsiasi intervento normativo destinato a incidere sul "diritto al lavoro". Di quel diritto, infatti, è corretto affermare che «concerne precipuamente l'accesso al mercato del lavoro»⁽⁴¹⁾, mentre non può dirsi che "garantisca" l'accesso allo stesso mercato. Pertanto come la soddisfazione (o la garanzia di soddisfazione) del diritto al lavoro, intesa come positivo esito occupazionale, non costituisce contenuto necessario di quel diritto, tanto meno può essere trasfusa in un livello essenziale di prestazione.

Anche in questa prospettiva, d'altronde, è leggibile quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che, da tempo, ha chiarito come il carattere trasversale della competenza sui livelli essenziali delle prestazioni non possa essere invocato dal legislatore statale «per richiamare a sé l'intera disciplina delle materie» di potestà concorrente o residuale, le Regioni dovendo, comunque, conservare il potere di «sviluppare ed arricchire il livello e la qualità delle prestazioni garantite dalla legislazione statale»⁽⁴²⁾.

Proprio per delimitare la «forte restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni», la Corte ha in più occasioni ribadito che la competenza in materia di livelli essenziali «può essere invocata *solo in relazione a specifiche prestazioni*» (corsivo dell'Autore) e «al solo scopo di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione»⁽⁴³⁾, sull'intero territorio nazionale e a tutti gli aventi diritto⁽⁴⁴⁾.

Per la stessa ragione, inoltre, le determinazioni statali in materia devono essere operate con legge, «almeno nelle loro linee generali», individuando altresì «adeguate procedure e precisi atti formali per procedere alle specificazioni ed articolazioni ulteriori che si rendano necessarie nei vari settori»⁽⁴⁵⁾. In questa prospet-

⁽⁴⁰⁾ C. Cost. 23 novembre 2007, n. 387, in *GCost*, 2007, 4295, con nota di E. BALBONI, *Gli standard strutturali delle istituzioni di assistenza tra livelli essenziali e principi fondamentali*.

⁽⁴¹⁾ Così C. Cost. 20 luglio 1999, n. 330, in *GCost*, 1999, 2633; C. Cost. 30 luglio 1997, n. 293, in *GCost*, 1997, 2667.

⁽⁴²⁾ C. Cost. 19 luglio 2005, n. 285, in *GCost*, 2005, 2777, con nota di P. CARETTI, *Le competenze in materia di spettacolo: la Corte riscrive il decreto legislativo in tema di cinematografia*; C. Cost. 14 ottobre 2005, n. 383, in *GCost*, 2005, 3640; C. Cost. 28 giugno 2006, n. 248, in *GCost*, 2006, 2490.

⁽⁴³⁾ C. Cost. n. 285/2005, n. 383/2005 e n. 248/2006, cit.

⁽⁴⁴⁾ C. Cost. n. 387/2007, cit.; C. Cost. n. 248/2006, cit.; C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *FI*, 2003, I, 394.

⁽⁴⁵⁾ C. Cost. 27 marzo 2003, n. 88, in *FI*, 2003, I, 2915; C. Cost. 31 marzo 2006, n. 134, in *GCost*, 2006, 1249, con note di L. CUOCOLO, *Livelli essenziali: allegro, non troppo*, e di E. PESARESI, *Art. 117, comma*

tiva, il metodo concertativo si rivela la migliore soluzione per ricondurre la competenza a definire i livelli essenziali entro l'alveo delle competenze normative del Titolo V della Costituzione.

Inoltre, valutando della legittimità di una disposizione in materia di livelli essenziali di assistenza (articolo 1, comma 169, legge n. 311 del 2004), la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che ove la legge preveda la definizione di «standard qualitativi, strutturali, tecnologici, di processo e possibilmente di esito, e quantitativi», a specificazione dei livelli essenziali già fissati, tali standard costituiscono integrazioni e specificazioni sul versante attuativo dei livelli essenziali (di assistenza) e costituiscono quindi esercizio della competenza assegnata allo Stato dall'articolo 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione⁽⁴⁶⁾.

D'altra parte, quella competenza consente allo Stato di dettare norme sia di principio sia di dettaglio⁽⁴⁷⁾, in quanto non è definibile, almeno in astratto, un livello di specificazione delle prestazioni che faccia venire meno il requisito della loro essenzialità, essendo questo tipo di valutazioni costituzionalmente affidato proprio al legislatore statale⁽⁴⁸⁾. È il margine di intervento statale che ne deriva ben si apprezza quando si consideri come dello stesso concetto di “principio fondamentale” si è detto che non ha né può avere caratteri di rigidità e di universalità, perché le “materie” hanno diversi livelli di definizione che possono mutare nel tempo, di modo che «è lo stesso legislatore che opera le scelte che ritiene opportune, regolando ciascuna materia sulla base di criteri normativi essenziali che l'interprete deve valutare nella loro obiettività, senza essere condizionato in modo decisivo da eventuali auto qualificazioni»⁽⁴⁹⁾.

Pur nella particolarità delle situazioni scrutinate, costante appare la preoccupazione della Corte di delimitare oggettivamente l'ambito della competenza statale sui livelli essenziali ancorandolo all'elemento della prestazione in sé considerata e, quindi, alla sua tipologia e ai suoi livelli quantitativi e qualitativi⁽⁵⁰⁾. In termini generali si può dunque dire che è l'idoneità di una data regola a disciplinare il profilo tipologico, qualitativo o quantitativo di una prestazione inerente a un diritto sociale o civile a determinare la riconducibilità alla competenza di cui all'articolo 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione.

In questa prospettiva, allora, particolare rilevanza, per il nostro tema, assume quella decisione che ha escluso l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che definisce gli standard strutturali e qualitativi richiesti agli enti preposti all'erogazione di prestazioni anche essenziali, nella specie gli asili nido, affermando che la normativa si limita a regolare l'assetto organizzativo e gestorio di quegli enti, ma «non determina alcun livello di prestazione»⁽⁵¹⁾.

Questa impostazione concettuale, a mio avviso, è utile per chiarire il senso non soltanto della delega legislativa in tema di “definizione dei criteri per

2, lett. *m*), *Cost: la determinazione anche delle prestazioni? Tra riserva di legge e leale collaborazione, possibili riviviscenze dei poteri di indirizzo e coordinamento.*

⁽⁴⁶⁾ C. Cost. n. 134/2006, cit.

⁽⁴⁷⁾ C. Cost. n. 88/2003, cit.; C. Cost. n. 387/2007, cit.

⁽⁴⁸⁾ C. Cost. n. 134/2006, cit.

⁽⁴⁹⁾ C. Cost. n. 50/2005, cit.

⁽⁵⁰⁾ C. Cost. n. 387/2007, cit.

⁽⁵¹⁾ C. Cost. 25 marzo 2005, n. 120, in *GCost*, 2005, 1045.

l'accreditamento e l'autorizzazione", ma anche quella relativa al "patto di servizio", che presenta marcate analogie con il caso richiamato. In effetti, pur scondando l'incertezza sulla sua configurazione giuridica e la diversità delle discipline regionali, sembra possibile affermare che il patto di servizio non sia di per sé finalizzato a determinare un livello di prestazione, quanto a recepire quello che, al riguardo, altrove è stato stabilito. In altri termini, può dirsi che il patto di servizio attiene all'aspetto organizzativo del servizio e non al livello della prestazione. Tuttavia, proprio in ragione di questa attinenza, il legislatore statale potrebbe stabilire i principi fondamentali di disciplina. Risulta, dunque, corretta la scelta del legislatore del 2007 di tenere separata la delega sui livelli essenziali delle prestazioni da quella sul patto di servizio.

Ad un'identica conclusione si deve pervenire anche per quanto concerne lo stato di disoccupazione. Non si può dire che esso regoli direttamente una prestazione, perché tale non è né la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro né la disponibilità in sé considerata o, comunque, collegata alle «modalità definite con i servizi competenti». Ma non tanto perché la loro definizione resta un momento temporalmente, se non logicamente, distinto dalla dichiarazione o perché la disponibilità non è un atto puntuale bensì un processo o percorso, quanto per la semplice ragione che, ancora una volta, essa presuppone a monte la definizione di quei livelli: in effetti, senza l'articolo 3 del decreto legislativo n. 181 del 2000 lo stato di disoccupazione, come definito, risulterebbe totalmente indeterminato.

5. Un accenno ad alcuni ulteriori aspetti connessi al tema trattato.

Innanzitutto, quanto al nesso tra l'articolo 120, comma 1, e l'articolo 117, comma 2, lettera *m*, della Costituzione, basti osservare che non sembra aver trovato alcun riscontro la tesi, pure prospettata in dottrina, secondo la quale la garanzia prevista dalla prima delle disposizioni citate potrebbe ritenersi preminente, per quanto concerne il diritto al lavoro, rispetto all'altra, invece riferibile «prioritariamente agli altri diritti sociali», come la salute o l'assistenza⁽⁵²⁾. Piuttosto, deve ribadirsi la risalente ed ormai consolidata lettura dell'articolo 120, comma 1, secondo la quale esso vieta alla legge regionale di porre limiti alla possibilità per i cittadini di svolgere attività di lavoro nel territorio della Regione, mentre consente limitazioni all'interno di esso sulla base di specifiche esigenze⁽⁵³⁾.

Il richiamo all'articolo 120 della Costituzione consente, peraltro, di evidenziare il problema del rapporto tra uniformità della tutela dei diritti in ambito nazionale e variabilità territoriale delle condizioni sociali, economiche, strutturali e organizzative, variabilità che può influenzare l'accesso a quelle prestazioni e il loro godimento.

⁽⁵²⁾ Tesi richiamata da G. CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, cit., 89. Anzi, secondo C. Cost. n. 50/2005, cit., la sua osservanza «costituisce la premessa perché siano garantiti anche altri interessi costituzionalmente protetti, quali quelli inerenti alle prestazioni essenziali per la realizzazione del diritto al lavoro, da un lato, ed allo svolgimento di attività che possono avere natura economica in regime di concorrenza, dall'altro».

⁽⁵³⁾ Cfr. C. Cost. 28 novembre 2008, n. 391, in *www.giurcost.org*; C. Cost. 12 aprile 2005, n. 147, in *GCost*, 2005, 1202; C. Cost. 26 giugno 2001, n. 207, in *GCost*, 2001, 1608; C. Cost. 15 maggio 1987, n. 168, in *Le Regioni*, 1987, 1236; C. Cost. 29 marzo 1961, n. 13, in *GCost*, 1961, 85, con nota di V. CRISAFULLI, *In tema di libertà professionale e legislazione concorrente*; C. Cost. 26 giugno 1956, n. 6, in *GCost*, 1956, 586. Da ultimo E. LONGO, *op. cit.*, 35 ss.

Si è detto che «l'uniformità della prestazione non può andare a scapito della sua essenzialità e accessibilità»⁽⁵⁴⁾. Al riguardo, in una prospettiva *de iure condendo*, si può utilmente attingere a esperienze regolative già sviluppate come quella riguardante il diritto alla salute. Così, dalla lettura del piano sanitario nazionale 2006-2008, si riscontra, ad esempio, l'importanza di garantire l'accessibilità delle prestazioni in relazione alle diversità geografiche, territoriali e di distribuzione della popolazione (ad esempio, zone montane) ed anche la necessità di conoscere e monitorare il fabbisogno effettivo, in termini di domanda e offerta, del singolo territorio regionale, tenendo conto della sua struttura demografica, sociale ed economica, e rilevando, altresì l'eventuale disomogeneità e disuguaglianza tra domanda e offerta.

Altro aspetto di rilevante incidenza sull'uniformità di godimento del diritto, se non sulla stessa garanzia di per sé considerata, è quello relativo ai costi e alle disponibilità finanziarie. Di norma, infatti, i livelli essenziali «sono definiti in connessione con l'allocazione delle risorse», di modo che vi è un reciproco condizionamento tra prestazioni e risorse⁽⁵⁵⁾.

Con riferimento alle prestazioni sanitarie rientranti nei livelli essenziali di assistenza, la giurisprudenza costituzionale ha avuto modo di precisare che la determinazione della «ripartizione dei costi [...] tra il Servizio sanitario nazionale e gli assistiti» è riservata allo Stato, che può procedere «sia prevedendo specifici casi di esenzione a favore di determinate categorie di soggetti, sia stabilendo soglie di compartecipazione ai costi, uguali in tutto il territorio nazionale»⁽⁵⁶⁾. Si è altresì precisato che, come la definizione dei livelli essenziali di assistenza, anche il corrispondente finanziamento deve essere oggetto di concertazione⁽⁵⁷⁾ mentre i criteri di compartecipazione devono assumere carattere omogeneo, perché nelle varie Regioni non potrebbe atteggiarsi diversamente l'offerta concreta di prestazioni rientranti nei livelli essenziali di assistenza, della quale «fanno parte non solo la qualità e quantità delle prestazioni che devono essere assicurate sul territorio, ma anche le soglie di accesso, dal punto di vista economico, dei cittadini alla loro fruizione»⁽⁵⁸⁾.

Simili conclusioni non sono tuttavia riproponibili nel caso dei servizi per l'impiego. Già si è visto, infatti, come l'articolo 11, comma 1, decreto legislativo n. 276 del 2003, faccia divieto ai soggetti tanto autorizzati quanto accreditati di esigere o comunque di percepire, direttamente o indirettamente, compensi dal lavoratore. Si noti come il divieto sia esteso anche a coloro, gli autorizzati, che operano in forma imprenditoriale e con finalità di lucro e come, salvo le eventuali deroghe consentite dal comma 2 della disposizione, riguardi non già un livello essenziale, ma la prestazione o il servizio nella sua integralità. È chiaro, pertanto, che la stessa regola vale per le strutture pubbliche competenti in materia – di norma individuate dalla legislazione regionale nei centri per l'impiego delle Province – indipendentemente dal fatto che sia loro richiesto di accreditarsi, come, invece, prevede la legge regionale lombarda.

⁽⁵⁴⁾ L. TORCHIA, *Sistemi di welfare e federalismo*, in *QCost*, 2002, 713 ss.

⁽⁵⁵⁾ L. TORCHIA, *op. cit.*, 734.

⁽⁵⁶⁾ C. Cost. 13 giugno 2008, n. 203, in *www.giurcost.org*.

⁽⁵⁷⁾ C. Cost. 21 marzo 2007, n. 98, in *GCost*, 2007, 948.

⁽⁵⁸⁾ C. Cost. n. 203/2008, cit.

Per altro verso, tutelata da quel divieto è «qualsiasi persona che lavora o che è in cerca di lavoro», secondo la definizione che di “lavoratore” offre, alla lettera *j*, l’articolo 2, decreto legislativo n. 276 del 2003 ⁽⁵⁹⁾, che dunque è riferibile anche ai lavoratori autonomi.

Un diverso ragionamento, invece, andrebbe svolto, ma qui mi limiterò a porre la questione, quando l’utente sia un datore di lavoro, fermo restando, peraltro, che gratuite saranno le prestazioni o i servizi erogati dalle strutture pubbliche competenti. Rispetto al nostro tema, invece, da valutare è la stessa sussistenza del presupposto giuridico per la garanzia di un livello essenziale di prestazione, perciò se i datori di lavoro siano titolari del diritto al lavoro, oppure, se il diritto alla libertà di iniziativa economica sia configurabile come diritto sociale.

6. Rimane un ultimo nodo da risolvere, relativo al problema del finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni. L’indomani dell’approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001 non sembrava esservi dubbio che, assieme alla determinazione dei livelli essenziali, lo Stato dovesse destinare alle Regioni anche le risorse necessarie o quantomeno indicare il metodo attraverso cui le Regioni devono sopportare le spese per erogare tali prestazioni. Questo quadro sembra essere mutato alla luce del disegno di legge che attua l’articolo 119 e prevede disposizioni in materia di federalismo fiscale ⁽⁶⁰⁾. L’articolo 6 del disegno di legge prevede i principi attraverso cui poi il Governo dovrà definire le “modalità di esercizio delle competenze legislative” e i relativi mezzi di finanziamento. Nella classificazione delle spese connesse a materie di competenza legislativa regionale (commi 3 e 4 dell’articolo 117 della Costituzione) il comma 1 dell’articolo 6 prevede, tra le spese riconducibili al vincolo della lettera *m*, comma 2, dell’articolo 117, soltanto le materie “sanità”, “assistenza” e “istruzione” (comma 1, lettera *a*, punto 1). Tutte le altre materie regionali sono collocate in una condizione che potremmo chiamare di “residualità”. Il punto 2 della lettera *a* del primo comma parla genericamente di «spese non riconducibili al vincolo di cui al n. 1».

Il motivo della differenziazione tra questi tipi di competenze regionali risulta dalle lettere successive. Per quanto riguarda le spese del primo tipo (livelli essenziali in materia di sanità, istruzione e assistenza) è previsto il finanziamento attraverso il gettito di tributi regionali e di una quota di compartecipazione regionale all’Irpef e Iva, nonché con quote specifiche del fondo perequativo, in modo da garantirne il finanziamento integrale. Per le spese del secondo tipo si prevede solo che i decreti legislativi da approvare individuino il finanziamento con il gettito di tributi propri e con quote del fondo perequativo. Per ognuna delle spese sono soppressi i trasferimenti statali diretti.

È facile comprendere, dunque, che la differenza tra i due tipi di competenze vada oltre la mera definizione della modalità di finanziamento. L’introduzione delle sole spese in materia di istruzione, sanità e assistenza tra quelle riconducibili ai livelli essenziali delle prestazioni crea una sorta di garanzia statale del loro finan-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. G. GHEZZI, *op. cit.*, 13 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Art. 2. Definizioni*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 56 ss.; N. CASTELLI, *Art. 2, VII*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op. cit.*, 50 ss.

⁽⁶⁰⁾ Atti Senato, ddl n. 1117, consultabile all’indirizzo www.senato.it.

ziamento (a questo proposito si vedano anche le lettere *b* e *d* del comma 1, articolo 6, del disegno di legge). Un indirizzo che pare confermato anche da altre disposizioni del disegno di legge, in particolare dall'articolo 8, relativo al «finanziamento delle funzioni trasferite alle Regioni nelle materie di competenza esclusiva e concorrente».

Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori – Riassunto. *L'A. analizza le coordinate ordinamentali di riferimento per una legislazione in tema di livelli essenziali delle prestazioni nei servizi per l'impiego e ne evidenzia le criticità. Posto che l'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. attribuisce alla potestà esclusiva statale la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, l'A. si interroga sulla materia a cui siano riconducibili i servizi per l'impiego e se su di essi insistano diritti sociali o civili, tenendo come riferimento principale la giurisprudenza costituzionale e, segnatamente, il contenuto della sentenza n. 50/2005. Successivamente l'A. esamina il tema dei profili riconducibili a tali livelli essenziali della prestazione. Rileva in primo luogo la distinzione tra nozione oggettiva di servizio per l'impiego (insieme di quelle attività e/o prestazioni la cui "gestione ed erogazione" è connessa ai compiti e alle funzioni in materia di "collocamento" ovvero, ma eventualmente, anche a quelli di "politica attiva del lavoro") e la nozione "soggettiva" o "strutturale" corrispondente, ma senza più carattere di necessità con i centri per l'impiego delle Province e con le Province stesse, per i servizi relativi alle politiche attive del lavoro. Da tale distinzione deriva l'esclusione, secondo l'A., dei soggetti privati autorizzati all'esercizio di attività di somministrazione di lavoro, intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale dei soggetti pubblici e privati, di cui all'art. 6, d.lgs. n. 276/2003, pure autorizzati all'esercizio dell'attività di intermediazione; si tratta infatti di soggetti la cui attività si rivolge normalmente ai datori di lavoro, più che ai lavoratori. Altrettanto esclusi sono i profili connessi alla individuazione dei criteri di accreditamento e la promozione del patto di servizio, che non è finalizzato a determinare un livello di prestazione, ma a recepire quanto altrove stabilito. L'A. conferma la propria proposta interpretativa alla luce della giurisprudenza costituzionale secondo cui le determinazioni statali devono essere operate con legge, almeno nelle linee generali, e finalizzate ad assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali, mentre spetta alle Regioni sviluppare e arricchire il livello e la quantità delle prestazioni.*

Essential levels in the provision of employment services. A survey of powers, normative issues and regulatory instruments (Article in Italian) – Summary. *This paper analyses the institutional framework laid down by the legislation relating to essential levels in the provision of employment services, highlighting certain critical aspects. Taking account of the fact that Article 117 (2)(m) of the Constitution assigns exclusive powers to the State in the determination of essential civil and social rights, the paper considers the issue of employment services, also in relation to the main constitutional case law, in particular the ruling in case no. 50/2005. The paper then examines various aspects relating to these essential levels in the provision of employment services. The author underlines the distinction between the objective concept of employment services (activities and/or services relating to placement services, but also to active labour market policies) and the corresponding "subjective" or "structural" concept relating to active labour market policies, not necessarily the task of the provincial employment services and the provincial authorities. It is argued on the basis of this distinction that essential services do not include private employment services for matching the supply and demand for labour, the recruitment and selection of personnel, and outplacement services for public and private employees, pursuant to Article 6, Legislative Decree no. 276/2003. This is due to the fact that these services are normally provided for employers rather than for workers. In addition, essential services do not include the definition of the criteria for accreditation and the promotion of service agreements that are not aimed at defining the level of services but at implementing measures decided elsewhere. The author argues in favour of this line of interpretation in the light of constitutional case law, according to which employment services must be governed by the law, at least in general terms, and aimed at ensuring a standard level of enjoyment of civil and social rights, whereas it is the task of the Regions to develop and enhance the level and quantity of employment services provided.*

RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

Le forme anomale di sciopero nei servizi pubblici essenziali

Marta Mondelli

Sommario: **1.** La definizione di sciopero e le sue modalità attuative: il diritto di sciopero conosce ancora limiti interni? – **2.** Le forme c.d. anomale di sciopero. – **3.** Lo sciopero e le altre forme di protesta nell'ambito dei servizi pubblici essenziali. – **4.** Sciopero ed altre forme di lotta sindacale nella "giurisprudenza" della Commissione di garanzia. – **4.1.** L'eccezione di inadempimento e il rifiuto di prestazioni non dovute. – **4.2.** La serrata. – **5.** Le sanzioni disciplinari di cui all'articolo 4, comma 1, legge n. 146 del 1990, e l'interesse pubblico. – **6.** Il concorso apparente tra l'articolo 4, comma 1, legge n. 146 del 1990, e l'articolo 2106 c.c. nelle forme anomale di sciopero.

1. Quando si parla di sciopero e delle varie forme in cui esso può manifestarsi ci si imbatte spesso in una pluralità di vedute, le quali, con ogni probabilità, riflettono l'incertezza immanente nella nozione di sciopero che – in quanto fenomeno della realtà economico-sociale – è, per definizione, un concetto fluido, modificabile; con l'inevitabile conseguenza che l'incertezza definitoria del diritto di sciopero potrà riflettersi sulla qualificazione delle c.d. forme "anomale" di sciopero. L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei primi decenni post-costituzionali è stata tutta orientata alla ricostruzione della nozione giuridica di sciopero, attraverso l'individuazione di limiti che servissero a circoscrivere il perimetro entro cui l'astensione dal lavoro godesse dell'"immunità costituzionale" delineata nell'articolo 40 della Costituzione. E ciò perché, come aveva presagito uno dei più autorevoli commentatori della Costituzione repubblicana ⁽¹⁾, «dal momento in cui lo sciopero ha accettato di diventare un diritto, esso si è adattato necessariamente a sentirsi prefiggere condizioni e restrizioni di esercizio che, se non venissero stabilite per legge, dovrebbero immancabilmente essere tracciate prima o poi, sulla base dell'articolo 40 della Costituzione, dalla giurisprudenza». In una logica guidata da apriorismo definitorio, dottrina e giurisprudenza accoglievano una nozione giuridica di sciopero che riconduceva al diritto costituzionalmente garantito solo l'astensione concertata e totale dal lavoro per la tutela di un interesse economico professionale collettivo ⁽²⁾. Tutte le forme di lotta sindacale che mancassero di uno degli elementi aprioristicamente determinati restava-

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

⁽¹⁾ P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 1952, 243.

⁽²⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1995, 62.

no fuori dalla nozione di sciopero, anche se il linguaggio comune le designava come tali.

I limiti al diritto di sciopero vengono tradizionalmente distinti in limiti interni e limiti esterni. I primi sono quelli deducibili dallo stesso concetto di sciopero che la giurisprudenza ha ricavato attraverso la tecnica definitoria di cui si è detto; invece, i limiti esterni sono quelli derivanti dalla necessità di coordinare il riconoscimento del diritto di sciopero con gli altri valori costituzionali, realizzando un contemperamento tra interessi tutti costituzionalmente rilevanti.

Il germe di un mutamento di approccio si coglie, con tutta evidenza, nella nota sentenza n. 711 del 1980 della Corte di Cassazione, ove spiccano due affermazioni: la prima, secondo cui il significato attribuibile allo sciopero è «quello che la parola ed il concetto ad esso sotteso hanno nel comune linguaggio adottato nell'ambiente sociale»; l'altra, secondo cui «il diritto di sciopero, quale che sia la sua forma di esercizio e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti, attesa la genericità della sua nozione comune presupposta dal precetto costituzionale (art. 40 Cost.) e la mancanza di una legge attuativa di questo, se non quelli che si rinvencono in norme che tutelino posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario o quanto meno paritario, quali il diritto alla vita e all'incolumità, nonché la libertà di iniziativa economica, cioè dell'attività imprenditoriale (art. 4, comma 1, Cost.), che con la produttività delle aziende è concreto strumento di realizzazione del diritto costituzionale al lavoro per tutti i cittadini»⁽³⁾.

A seguito di questo nuovo tracciato giurisprudenziale viene innanzitutto superata la c.d. tecnica definitoria attraverso cui si pretendeva di imprigionare il fenomeno dello sciopero in una "nozione giuridica" che non trovava, tuttavia, fondamento nel testo normativo, rischiando così di confondere il piano della descrizione dello sciopero come fenomeno della realtà economico-sociale con quello giuridico dell'individuazione dei requisiti che lo sciopero deve avere per essere legittimo⁽⁴⁾.

Ma l'aspetto ancor più innovativo della sentenza in parola è che la Corte di Cassazione sembrerebbe non lasciare più spazio alla tradizionale distinzione tra limiti interni e limiti esterni al diritto di sciopero. Soluzione, quest'ultima, che ha trovato seguito anche in dottrina, pur registrandosi, sul punto, differenti posizioni.

Infatti, accanto all'atteggiamento di chi, accogliendo in pieno la prospettazione della Corte, ritiene del tutto superata la distinzione tra limiti interni e limiti esterni⁽⁵⁾, vi è quello di chi, pur concordando sull'evidente forzatura che accompagnava il vecchio apriorismo definitorio, continua a distinguere tra limiti interni – definendo come tali quelli che ne condizionano l'estensione – e limiti esterni, che ne condizionano le modalità di esercizio⁽⁶⁾.

Tra queste due posizioni, forse solo apparentemente distanti, si pone, in una posizione intermedia, chi riconosce, a seguito della sentenza della Corte di Cassazione, solo un ridimensionamento del problema dei limiti interni che tende, invece, a spostarsi sul versante dei limiti esterni⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in *RGL*, 1980, II, 11.

⁽⁴⁾ G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, Zanichelli, Bologna, 1997, 198.

⁽⁵⁾ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2007, 239.

⁽⁶⁾ M.V. BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, Torino, 2007, 339.

⁽⁷⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, I, Utet, Torino, 2006, 245.

La verità è che, pur risultando largamente condivisibile l'orientamento secondo cui il significato di sciopero, fatto proprio dall'articolo 40 della Costituzione, coincide con il significato comune accreditato nel sociale, il rinvio al significato comune non può che essere inteso in senso "oggettivo" ⁽⁸⁾: sicché è sciopero solo quello consolidato come tale nel sentire della prassi sindacale e non anche qualunque forma alternativa di lotta sindacale che non sia riconducibile, sia pure nel senso più ampio possibile, «ad un'astensione collettiva dal lavoro disposta da una pluralità di lavoratori per il raggiungimento di un fine comune» ⁽⁹⁾.

In tal senso, e proprio al fine di delimitare ciò che "è sciopero nell'ambiente sociale", si ritiene abbia ancora senso parlare di limiti interni: quei limiti al di là dei quali, non essendo riconoscibile "un'astensione collettiva dal lavoro per un fine comune", l'astensione stessa non si tradurrebbe nell'esercizio di un diritto ma di una semplice libertà.

2. Come si diceva in premessa, la fluidità della nozione di sciopero si riflette, in primo luogo, sulla diversa ampiezza dell'area entro cui è destinato ad operare il diritto di cui all'articolo 40 della Costituzione e, specularmente, sulla qualificazione come sciopero di altre forme di protesta collettive non riconducibili, a rigore, ad una nozione di sciopero tradizionalmente intesa come astensione dal lavoro collettiva e *totale* ⁽¹⁰⁾.

Va subito precisato che, pur quando tali fattispecie non godano dell'immunità disposta dall'articolo 40 della Costituzione, non per questo saranno illecite: la loro liceità civile e penale andrà analizzata, piuttosto, alla luce dei principi di diritto comune ⁽¹¹⁾. Non deve escludersi, infatti, che «l'ordinamento possa riconoscere ai lavoratori il diritto pieno (e non semplicemente la libertà) di ricorrere a mezzi di auto-tutela diversi dallo sciopero, inteso nel senso originale e generalmente accertato del termine; ma solo che tale risultato non potrebbe prodursi se non in forza di una specifica normativa (legislativa, consuetudinaria e anche contrattuale) indipendente dal disposto dell'art. 40 Cost.» ⁽¹²⁾.

Ma cerchiamo intanto di fare chiarezza sulla terminologia utilizzata (non sempre in modo univoco) ⁽¹³⁾ per individuare le forme alternative di lotta sindacale che nel linguaggio comune vengono ricondotte, ora correttamente, ora impropriamente, alla nozione di sciopero.

Lo *sciopero delle mansioni* viene definito come rifiuto collettivo di compiere certe mansioni considerate inferiori o superiori alle qualifiche e classificazioni attri-

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ Cass. n. 711/1980, cit.

⁽¹⁰⁾ Così Cass. 28 marzo 1986, n. 2214, in *FI*, 1986, I, 900, secondo cui «lo sciopero, anche se attuabile con diversa incidenza nel tempo e nello spazio (per settori, ad intermittenza o con durata minima, purché apprezzabile nell'economia del rapporto: Cass. 4260/84), non può dunque consistere in alcun comportamento che sia nell'ambito del rapporto diverso dall'inattività».

⁽¹¹⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 272.

⁽¹²⁾ Così testualmente Cass. n. 2214/1986, cit.

⁽¹³⁾ È stato giustamente osservato (G. GIUGNI, *op. cit.*, 269) che «la distinzione tra queste varie forme di lotta sindacale tra di loro e tra esse e lo sciopero è sfumata e da ciò consegue che la terminologia è di frequente imprecisa».

buite⁽¹⁴⁾ o, più genericamente, come rifiuto di svolgere solo alcuni tra i compiti che sono loro affidati dall'imprenditore⁽¹⁵⁾.

Questa forma di protesta può essere valutata da una duplice prospettiva: quella per cui la si considera unitariamente, come comportamento collettivo assimilabile allo sciopero, per poi ritenerla lecita o illecita ai sensi dell'articolo 40 della Costituzione; quella, invece, per cui la si valuta nel singolo rapporto contrattuale per poi qualificarla legittima o illegittima ai sensi del diritto comune.

La prevalente dottrina⁽¹⁶⁾ ritiene preclusa la prima prospettiva in quanto questa forma di lotta non si concretizza in un comportamento collettivo assimilabile o riconducibile allo sciopero inteso come abbandono del lavoro e che, dunque, possa godere dell'esenzione di cui all'articolo 40 della Costituzione. Anche tra coloro che abbracciano questa premessa, le soluzioni si diversificano nelle conseguenze che si individuano sul piano strettamente contrattuale. Vi è, infatti, chi ritiene che lo sciopero delle mansioni, non solo non sia sciopero tutelato dall'articolo 40 della Costituzione – in quanto l'astensione deve riguardare l'intera attività dello scioperante che non può selezionare i compiti da svolgere e quelli da sospendere, con inammissibile invasione della sfera organizzativa del datore di lavoro – ma costituisca in ogni caso un inadempimento contrattuale che autorizza il datore di lavoro a rifiutare la prestazione parziale offertagli (articolo 1181 c.c.)⁽¹⁷⁾. Altri introducono un'importante precisazione: la legittimità o meno del c.d. sciopero delle mansioni – sempre ai fini della valutazione come adempimento sul piano contrattuale – dipende dalla natura delle mansioni rifiutate: se dovute, perché legalmente o contrattualmente previste, il rifiuto è illegittimo; se non dovute il rifiuto è giustificato⁽¹⁸⁾.

A rendere ancora più complicato l'inquadramento giuridico del c.d. sciopero delle mansioni contribuiscono le oscillazioni che si registrano anche solo sulla questione "preliminare" – risolta, come si è detto, negativamente dai più – e, cioè, se anche tale forma parziale di astensione (astensione solo da alcune mansioni) possa godere dell'immunità di cui all'articolo 40 della Costituzione. In questo senso si è espressa, sia pure in pochi casi, la Corte di Cassazione, ritenendo lo sciopero delle mansioni una forma di sciopero parziale, in quanto nella moderna concezione del diritto di sciopero tutelato dall'articolo 40 della Costituzione del tutto irrilevanti risultano le modalità in cui lo sciopero viene effettuato, con il solo li-

⁽¹⁴⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 260; M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 351.

⁽¹⁵⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 272.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 260; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, vol. I, Cedam, Padova, 2008, 249; M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 351.

⁽¹⁷⁾ A. VALLEBONA, *op. cit.*, 249.

⁽¹⁸⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 273; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 260. Tuttavia, l'adesione a tale lettura, intanto, presupporrebbe che fosse facilmente individuabile il discrimine tra ciò che è legalmente o contrattualmente dovuto e ciò che invece non lo è; in secondo luogo, sembra inconciliabile con quell'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale anche la richiesta di prestazioni non dovute «non autorizza il lavoratore a rifiutarsi aprioristicamente e senza un eventuale avallo giudiziario di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli, in quanto egli è tenuto a osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dal datore ai sensi degli art. 2086 e 2104 c.c.: mentre solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte, infatti, si può legittimamente invocare l'art. 1460 c.c. e rendersi inadempienti» (vedi in proposito Cass. 5 dicembre 2007, n. 25313, in *GC*, 2008, II, 335; vedi, pure, Cass. 9 maggio 2007, n. 10547, in *RIDL*, 2008, III, 597).

mite che l'iniziativa non pregiudichi la produttività dell'azienda⁽¹⁹⁾. Secondo questo orientamento, dunque, «rientrerebbe nel concetto di sciopero legittimo l'astensione parziale dal lavoro anche perché il meno sta nel più e di norma questo secondo tipo di sciopero reca per forza di cose minore danno all'azienda»⁽²⁰⁾. Nella medesima direzione si è sostenuto che nello sciopero delle mansioni si realizza una prestazione lavorativa ridotta e attuata attraverso un comportamento omissivo nel quale sarebbe possibile individuare i contorni essenziali dello sciopero secondo l'articolo 40 della Costituzione: una categoria di lavoratori che per tutelare un interesse collettivo esercita un diritto di *astensione* da alcune prestazioni lavorative⁽²¹⁾.

Minori oscillazioni si registrano, invece, con riferimento allo *sciopero dello straordinario*: in tal caso la protesta viene realizzata attraverso un abbandono del lavoro sicché è irrilevante l'essere l'astensione riferita non al tempo ordinario ma a quello straordinario di lavoro. La peculiarità di tale forma di sciopero attiene solo alla durata e collocazione temporale dell'astensione, che nei periodi di attuazione è completa⁽²²⁾.

Una delle forme di lotta sindacale per cui risulta agevole comprendere non solo l'esclusione dalla sfera di protezione di cui all'articolo 40 della Costituzione, ma anche la probabile responsabilità sul piano contrattuale, è data dal *rallentamento concertato della produzione, detto anche sciopero del rendimento*, che consiste nell'imprimere all'attività lavorativa un ritmo più lento del normale: in tal caso i lavoratori prestano con una diligenza inferiore rispetto a quella normale e ciò costituisce inadempimento, esposto alle sanzioni disciplinari e al risarcimento del danno⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ Così Cass. 6 ottobre 1999, n. 11147, riportata in F. LUNARDON, M. MAGNANI, P. TOSI, *Diritto del Lavoro. Sindacati, contratto e conflitto collettivo. Casi e Materiali*, Giappichelli, Torino, 2003, 305; Cass. 9 maggio 1984, n. 2840, in *FI*, 1984, 2514 ss. In senso contrario, tra le altre, Cass. n. 2214/1986, cit., che, con riferimento all'art. 40 Cost., testualmente, recita: «se lo sciopero di cui tale norma si occupa consiste nell'astensione da lavoro è anche necessario ritenere, stando al senso proprio della parola, che tale astensione – come la Corte Costituzionale ha espressamente affermato nella mai sul punto contraddetta sentenza n. 123 del 1962 – deve essere – nel tempo in cui si attua – “totale”; giacché nel fatto che il lavoratore si sottragga all'espletamento dell'attività secondo la legittima pretesa del datore di lavoro per dedicarsi ad altre non è possibile ravvisare un'astensione dal lavoro, ma solo un'indebita sostituzione dell'oggetto specifico della propria obbligazione».

⁽²⁰⁾ La fattispecie posta all'esame della Corte di Cassazione nella sentenza n. 11147/1999, cit., è quella della valutazione della legittimità della condotta dei lavoratori di un istituto di vigilanza privata i quali pur effettuando la sorveglianza degli impianti si astenevano dall'apportare i biglietti di controllo e punzonatura di orologio. La Cassazione nella sentenza richiamata ha precisato che «per quanto concerne la fattispecie in esame occorre inoltre osservare che a rigore non si tratta di un vero e proprio sciopero parziale, posto che la prestazione pattuita (la sorveglianza degli impianti) è stata in effetti attuata, la condotta omessa riguardando soltanto la prova dell'effettuazione della prestazione stessa. Pertanto non vi è dubbio che ci si trovi di fronte a una condotta legittima».

⁽²¹⁾ M.R. IORIO, *Forme alternative di lotta sindacale: sciopero parziale e sciopero delle mansioni*, in *C&CC*, giugno 2004, 108.

⁽²²⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 259; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 249. In giurisprudenza sulla legittimità dello sciopero dello straordinario vedi tra le altre Cass. 25 novembre 2003, n. 17995, in *MGL*, 2004, 232.

⁽²³⁾ Discutibile è al riguardo la sentenza Cass. 13 dicembre 1982, n. 6850, in *MGL*, 1982, 777, ove la Corte, con riferimento allo sciopero del rendimento, ha affermato la legittimità della riduzione della retribuzione alla riduzione del rendimento, agganciando così l'elemento retributivo non alla durata della prestazione ma al minor rendimento.

Un altro tipo di lotta definito, nel linguaggio corrente, come sciopero è il c.d. *sciopero pignolo*, consistente nell'adempimento del compito prestabilito con un rispetto rigoroso o pedante dei regolamenti di servizio ⁽²⁴⁾. In tal caso vi è chi preferisce parlare di *ostruzionismo*, con l'ulteriore precisazione che, se di regola non è possibile far derivare una responsabilità giuridica da una "scrupolosa" e rigida applicazione dei regolamenti, deve giungersi a soluzione opposta quando l'ostruzionismo si risolve in un'intenzionale forma di abuso di un potere discrezionale ⁽²⁵⁾.

Tra le forme alternative di protesta si annovera in dottrina anche la *non collaborazione*. Da alcuni definita come quel comportamento che consiste nella limitazione dell'attività lavorativa a ciò che è espressamente dedotto nel contratto e, quindi, nell'astensione da quella serie di prestazioni di carattere accessorio ⁽²⁶⁾, da altri come quella condotta che, se esasperata, coinciderebbe con l'ostruzionismo ⁽²⁷⁾, da altri ancora come sinonimo di ostruzionismo ⁽²⁸⁾.

Si tratta, come è facile intendere, di fattispecie non sempre connotate da una specifica identità strutturale; ed è per questo che la terminologia impiegata per individuarle può apparire confusa. Un solo esempio può essere chiarificatore: l'applicazione pedante o cavillosa delle direttive e dei regolamenti lavorativi – denominata da taluni sciopero pignolo, da altri ostruzionismo – potrà risolversi, sul piano pratico, sia nell'astensione da quelle prestazioni accessorie (c.d. non collaborazione) che, secondo il principio di buona fede, devono ritenersi comunque dovute, sia in un rallentamento dell'attività (rallentamento concertato o sciopero del rendimento); sicché la ricerca a tutti i costi di un'autonomia giuridica delle diverse condotte potrebbe non portare, comunque, a risultati soddisfacenti.

Al di là dell'incertezza definitoria e terminologica che accompagna le forme c.d. anomale di sciopero, ciò che, invece, appare certo è che tutte le fattispecie da ultimo citate, esorbitano dai confini dello sciopero costituzionalmente tutelato. Infatti, quand'anche volesse accogliersi una nozione ampia di sciopero tale da ricomprendere, sotto l'ala protettiva dell'articolo 40 della Costituzione, pure le forme di astensione parziale secondo la lettura "avanguardista" di cui si è detto ⁽²⁹⁾, le fattispecie dello sciopero pignolo, dell'ostruzionismo, del rallentamento concertato e della non collaborazione – realizzandosi attraverso un adempimento della prestazione – non sono riconducibili in alcun modo ad "un'astensione dal lavoro". Ne consegue che tali condotte dovranno essere valutate nella prospettiva del corretto adempimento della prestazione effettivamente dovuta in base alla prescritta diligenza e al principio di buona fede, che obbliga le parti non solo a quanto è previsto specificamente nel contratto ma a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. Così quel comportamento che si attui secondo uno standard di diligenza che non è quello richiesto al prestatore di lavoro ai sensi dell'articolo 2104 c.c., ovvero che sia

⁽²⁴⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 260; M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 351; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 250.

⁽²⁵⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 272 ss.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*.

⁽²⁷⁾ M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, 351; A. VALLEBONA, *op. cit.*, 250.

⁽²⁸⁾ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 260.

⁽²⁹⁾ Cass. n. 11147/1999, cit.; Cass. n. 2840/1984, cit.

contrario agli obblighi di correttezza (*ex* articolo 1175 c.c.) e di buona fede (articolo 1375 c.c.), potrà condurre ad un giudizio individuale di responsabilità per inadempimento contrattuale che, nei casi di grave inadempimento, potrà esporre il lavoratore anche alla conseguenza del licenziamento.

3. Se trasponiamo le questioni appena affrontate nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici essenziali il quadro si arricchisce di ulteriori sfumature.

Se in via generale, come si è visto, la legittimità delle forme di protesta dei lavoratori, che si attuino mediante forme di astensione riguardanti singole frazioni o determinati obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, dipende dalla loro riconducibilità alla nozione di sciopero di cui si è detto sopra, il cui significato legale si fa coincidere con il significato corrente nel sociale, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, la distinzione tra lo sciopero – che costituisce esercizio di un diritto – e altre forme – che costituiscono fonte di responsabilità contrattuale o aquiliana – è sì rilevante, ma ciò che più conta è la sottoposizione dell'azione collettiva alla disciplina di tutela degli utenti; sicché questa, da un lato, vieta o limita anche modi di sciopero generalmente liberi e, dall'altro, viene sovente applicata anche a forme di lotta sindacale diverse dallo sciopero a prescindere dalla loro eventuale anti-giuridicità⁽³⁰⁾.

Sul primo versante, opera innanzitutto il divieto di scioperi articolati o a scacchiera per unità produttive o categorie professionali, previsto espressamente in molte discipline di settore e comunque affermato, come principio generale, dalla Commissione di garanzia, così riproponendosi nell'ambito dei servizi essenziali l'idea della corrispettività dei sacrifici, non già con riferimento all'interesse dell'impresa ma con riferimento all'interesse dell'utente.

È, infatti, comunemente ritenuto che la legge 12 giugno 1990, n. 146, contenente *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati*, configuri nuove ipotesi di illegittimità dello sciopero che sono state create non nella prospettiva della tutela dell'impresa, ma nella prospettiva della tutela dei diritti della persona⁽³¹⁾.

È sempre sul principio della primaria rilevanza della tutela dei servizi pubblici essenziali (di quei servizi cioè – che secondo un criterio teleologico – sono finalizzati al godimento dei diritti della persona costituzionalmente rilevanti) che pure si fonda – ai fini dell'applicazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali – l'irrilevanza della distinzione tra lavoro subordinato o lavoro autonomo. È occorsa la modifica della legge n. 83 del 2000 sull'impianto originario della legge n. 146 ad assicurare l'estensione dei limiti posti al diritto di sciopero anche «all'astensione collettiva delle prestazioni da parte dei lavoratori autonomi, professionisti piccoli, che incida sulla funzionalità dei servizi pubblici essenziali» – eliminando quella stortura, messa in luce dalla Consulta⁽³²⁾ – per cui, se obiettivo della legge è la tutela dei diritti della persona costituzionalmente

⁽³⁰⁾ A. VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, Torino, 2007, 83.

⁽³¹⁾ M. MAGNANI, voce *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *EGT*, vol. XXVIII, 2007, 7.

⁽³²⁾ Cfr. C. Cost. 27 maggio 1996, n. 171.

rilevanti, era irragionevole che nei servizi pubblici essenziali fossero posti limiti all'esercizio dello sciopero e non ad altre forme di lotta collettive che non godono di pari tutela.

A seguito della novella legislativa, l'ambito di applicazione della legge n. 146 è, quindi, riferibile a tutte le forme di astensione dal lavoro, a prescindere dalla natura subordinata o autonoma del rapporto e a prescindere dalla loro qualificazione come sciopero o meno ⁽³³⁾.

Con riferimento al secondo profilo, invero, può dirsi che, ai fini dell'applicazione della legge n. 146 del 1990, anche la distinzione tra un'astensione che si presenti come reazione all'inadempimento datoriale (eccezione di inadempimento, rifiuto di prestazioni non dovute), ovvero come libero esercizio di un diritto costituzionalmente riconosciuto, viene a perdere rilievo: tanto nel primo come nel secondo caso, infatti, la mancata prestazione incide sui diritti costituzionalmente garantiti degli utenti di quei servizi cui sono addetti i lavoratori che si astengono ⁽³⁴⁾.

Nella medesima direzione può spiegarsi la tendenza della Commissione di garanzia ad applicare le regole della legge n. 146 con riferimento a quelle forme di protesta che, per le ragioni dette, non sono riconducibili alla nozione di sciopero (es. rallentamento concertato dei ritmi di lavoro, ostruzionismo, sciopero pignolo) e che, sul piano individuale, saranno da valutarsi nella prospettiva del corretto adempimento della prestazione effettivamente dovuta in base agli obblighi di diligenza e buona fede ⁽³⁵⁾.

Come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, la Commissione dovrà in concreto prescindere nelle sue valutazioni dalla qualificazione da attribuire all'astensione, in quanto ciò che assume rilievo, ai fini dell'applicazione della legge n. 146 del 1990, è l'impatto che la forma di lotta sindacale produce sui diritti degli utenti e l'esigenza di contenere il sacrificio che ne deriva entro limiti tollerabili ⁽³⁶⁾.

4. Si è appena detto come la disciplina dei servizi pubblici essenziali abbia individuato nuove ipotesi di illegittimità dello sciopero che affondano la loro *ratio* nella necessità di rendere effettiva la tutela dell'utenza a fruire dei servizi pubblici, espressione di certi diritti costituzionalmente rilevanti; ma si è pure detto come sia radicata l'opinione secondo cui l'assoggettamento alla disciplina della legge n. 146 si imponga anche riguardo a forme di protesta non riconducibili allo sciopero in senso stretto: il che vale, innanzitutto, per espressa previsione legislativa, con riguardo alle astensioni dei lavoratori autonomi che incidono sui diritti costituzionalmente tutelati; in secondo luogo, in via interpretativa, con riferimento a quei comportamenti attuati dai lavoratori subordinati secondo forme che non sono riconducibili allo sciopero protetto dall'articolo 40 della Costituzione.

Da questo punto di vista, in assenza di espliciti richiami legislativi, assumono rilievo i principi espressi dalla Commissione di garanzia nella sua produzione "giurisprudenziale", dai quali si evince il costante orientamento dell'organo di garanzia volto a ritenere la propria competenza (e, dunque, l'assoggettabilità alla

⁽³³⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 253.

⁽³⁴⁾ V. FERRANTE, *La difficile distinzione fra sciopero ed eccezione d'inadempimento nell'ipotesi di astensione dalla prestazione di lavoro collettivamente attuata*, in *Newsletter CgS*, 2008, n. 1, 26.

⁽³⁵⁾ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 83.

⁽³⁶⁾ Cfr. V. FERRANTE, *op. cit.*, 26.

disciplina limitativa nell'ambito dei servizi essenziali) – sia pure con qualche eccezione di cui si dirà in seguito – con riferimento a tutte le forme di conflitto collettivo che incidono sui diritti garantiti all'utenza, a prescindere sia dalla loro riconducibilità al diritto di sciopero costituzionalmente tutelato, sia dalla loro legittimità sul piano dell'adempimento contrattuale, la cui valutazione, invece, sarà affidata al datore di lavoro⁽³⁷⁾.

A riguardo è possibile prendere le mosse dalla Relazione⁽³⁸⁾ in cui la Commissione, con riferimento alle forme anomale di lotta sindacale – definite dalla stessa come forme di lotta sindacale che consistono nella riduzione o nell'alterazione collettiva e concordata delle prestazioni lavorative dovute –, ha precisato di essere tenuta «a valutare se e quando tali forme di lotta sindacale siano assoggettabili ai limiti di cui alla legge 146/1990, dovendo assumere come ragione del proprio indirizzo interpretativo, e come metro di giudizio, la *ratio* della legge 146/1990, che può agevolmente essere individuata nella volontà del legislatore di mantenere in ogni caso il sacrificio imposto agli utenti entro limiti tollerabili»⁽³⁹⁾.

E, considerando che il sacrificio dei diritti degli utenti può derivare, oltre che dallo sciopero, anche dall'uso di forme anomale di lotta sindacale, pure in quest'ultimo caso le organizzazioni sindacali che le proclamano e i lavoratori che effettivamente le esercitano debbono rispettare i limiti del diritto di sciopero posti dalle normative vigenti nel settore di cui si tratta, quando l'entità, ovvero la durata, ovvero le modalità di tali forme di lotta siano tali da provocare una riduzione o disorganizzazione del servizio equivalente o superiore a quella determinata dallo sciopero⁽⁴⁰⁾.

In linea con tali principi guida, si spiega come la Commissione ritenga che anche lo sciopero pignolo o l'ostruzionismo, là dove si traducano in una compromissione o limitazione dei servizi essenziali, ben possano essere oggetto di valutazione da parte della Commissione⁽⁴¹⁾. Lo confermano, peraltro, le recenti determinazioni con le quali – in relazione ai disservizi verificatisi in molti aeroporti, causati dalla decisione “concertata” dei lavoratori Alitalia di attenersi scrupolosamente alle procedure di controllo e di rispetto dei limiti di compagnia (con conseguente effettuazione di controlli sugli aeromobili in forma esasperata e, comunque, diversa dalla prassi sempre seguita all'interno dell'azienda) – la Commissione ha disposto l'apertura del procedimento di valutazione ai sensi dell'articolo 4, comma 4-*quater*, e articolo 13, lettera *i*, della legge n. 146 del 1990 nei confronti delle organizzazioni sindacali e associazioni professionali e della società stessa, prescindendo, quindi, dalla valutazione della legittimità sul piano contrattuale di tali condotte⁽⁴²⁾.

Specifici orientamenti sono stati adottati in relazione alle astensioni dal lavoro straordinario. La Commissione ritiene che, nei servizi pubblici essenziali, l'astensione da lavoro straordinario legittimamente richiesto costituisca sciopero

⁽³⁷⁾ Cfr. P. FERRARI, *Conflitto collettivo e servizi essenziali: problemi e prospettive*, in *ADL*, 2006, 83.

⁽³⁸⁾ *Linee guida* contenute nella *Relazione sull'attività della Commissione di Garanzia per il periodo 1° agosto 1996-30 aprile 1997*, in www.commissione-garanziasciopero.it.

⁽³⁹⁾ *Linee guida*, cit., § 4.2.6.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ Delibera 29 novembre 2007, n. 07/721.

⁽⁴²⁾ Delibere 13 novembre 2008, pos. 32731 e pos. 32589.

e, quindi, ad essa si applicano le regole della legge n. 146 ⁽⁴³⁾. La Commissione, pur riconoscendo che l'astensione dal lavoro straordinario è da intendersi come un'unica azione di lotta protratta per un periodo di tempo – alla quale pertanto non si adattano i limiti di durata massima generalmente stabiliti per gli scioperi riguardanti le prestazioni di lavoro ordinario – ha, tuttavia, stabilito che pure la durata di tale forma di sciopero deve essere contenuta entro certi limiti temporali, onde evitare che un'estensione temporale abnorme si risolva comunque in un'elusione dell'obbligo legale di predeterminazione della durata dello sciopero ⁽⁴⁴⁾.

Anche il tema dell'assemblea ha posto una serie di problemi interpretativi atteso che l'esercizio di tale diritto, pur essendo oggetto di apposita disciplina legale e contrattuale, può comunque avere un'incidenza sull'erogazione del servizio e, conseguentemente, comportare un pregiudizio per il diritto degli utenti. Per questo, la Commissione secondo un orientamento ormai costante ritiene che un'assemblea – seppure convocata ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 300 del 1970 – quando si svolga con modalità differenti rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva è considerata astensione dal lavoro soggetta alla disciplina della legge n. 146, laddove incidente su servizi pubblici essenziali. A titolo esemplificativo, in conseguenza di tale principio, la Commissione, in un caso ⁽⁴⁵⁾, ha valutato negativamente il comportamento del Comitato spontaneo promotore dell'astensione ed ha prescritto alle aziende l'apertura del procedimento disciplinare a carico dei lavoratori che hanno partecipato allo "sciopero", per l'eventuale adozione di sanzioni proporzionate alla gravità delle infrazioni commesse. In un altro caso, in cui l'assemblea era stata indetta da un sindacato di lavoratori autonomi (nella specie si trattava di taxisti), ha valutato negativamente il comportamento dell'organizzazione sindacale e individuato i lavoratori autonomi responsabili in solido con quest'ultima, per la sanzione di cui all'articolo 4, comma 4 ⁽⁴⁶⁾.

4.1. Con riferimento all'eccezione d'inadempimento *ex* articolo 1460 c.c., in diverse delibere la Commissione ha ritenuto che la sospensione (collettiva) dall'adempimento delle prestazioni lavorative, in reazione all'inadempimento datoriale, non si sottragga di per sé alle regole contenute nella legge sui servizi pubblici essenziali, facendo applicazione dei seguenti ricorrenti principi: «il ritardo nei pagamenti degli stipendi, o di altri emolumenti, non è di per sé una motivazione tale da esimere le organizzazioni sindacali ed i lavoratori dal rispetto della legge n. 146/90»; «della gravità dell'inadempimento datoriale potrà semmai tenersi conto nella valutazione del comportamento delle parti ai sensi dell'art. 4, comma 4° *quater* della legge stessa»; «per integrare la fattispecie dell'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., il rifiuto della prestazione non po-

⁽⁴³⁾ *Linee guida*, cit., § 4.2.4.

⁽⁴⁴⁾ Delibera di indirizzo 11 settembre 2003, n. 03/130. Sull'argomento, tra le altre, vedi delibere 21 maggio 1998, n. 98/892, e 25 marzo 2004, n. 04/182.

⁽⁴⁵⁾ Delibera di valutazione 6 dicembre 2006, n. 06/679.

⁽⁴⁶⁾ Sull'argomento, tra le altre, vedi delibere 17 dicembre 1998, n. 98/892, e 25 marzo 2004, n. 04/182.

trebbe essere intermittente e a scelta dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte»⁽⁴⁷⁾.

La Commissione tende ad escludere, invece, l'applicabilità delle regole della legge n. 146, nei casi in cui l'astensione collettiva da parte dei lavoratori sia qualificabile come rifiuto di svolgere prestazioni non dovute in quanto illegittimamente richieste. Così, a titolo esemplificativo, il rifiuto degli autisti di guidare autobus non dotati della carta di circolazione è stato considerato non riconducibile ad uno sciopero, in quanto l'astensione si riferiva a prestazione certamente non dovuta, perché comportante una condotta illecita⁽⁴⁸⁾. Ugualmente, è stato ritenuto estraneo alla disciplina della legge n. 146 il rifiuto del personale delle Poste di svolgere prestazioni di lavoro straordinario richieste in violazione delle previsioni della contrattazione collettiva⁽⁴⁹⁾.

La Commissione, ai fini della non applicabilità delle regole di cui alla legge n. 146, ritiene, comunque, necessaria un'espressa e preventiva qualificazione, da parte dei lavoratori, dell'astensione come esercizio dei poteri di auto-tutela civile e non come sciopero; mentre sarebbe irrilevante una dichiarazione in tal senso successiva al fine di sfuggire alla responsabilità per la violazione delle regole dello sciopero⁽⁵⁰⁾.

Va da sé che, anche quando la condotta venga tempestivamente dichiarata come rifiuto di prestazioni non dovute, è necessario accertare la correttezza di tale qualificazione, perché, laddove risultasse che le prestazioni erano dovute, l'astensione collettiva sarebbe oggettivamente configurabile come uno sciopero vincolato alla relativa disciplina⁽⁵¹⁾.

È stata criticata⁽⁵²⁾ la tendenza della Commissione a distinguere tra il rifiuto di prestazioni illegittimamente richieste e l'eccezione d'inadempimento, per cui solo nel primo caso, e non anche nel secondo, l'Autorità riterrebbe possibile, con i limiti sopra detti (la preventiva qualificazione delle parti come rifiuto di prestazione non dovuta e la correttezza della qualificazione in tali termini), la disapplicazione della disciplina dello sciopero nei servizi essenziali.

Ma non si può nel contempo evitare di considerare come la disapplicazione delle regole di cui alla legge n. 146 sia stata concretamente attuata solo in pochi e singolari casi – ove l'esigibilità della prestazione si sarebbe risolta in una richiesta illecita – sicché non andrebbe enfatizzata, come è stato fatto⁽⁵³⁾ con argomentazioni peraltro “affascinanti”, l'irragionevolezza sottesa alla differenziazione, ope-

⁽⁴⁷⁾ Delibera di indirizzo 12 gennaio 2005, n. 05/10; tra le altre vedi delibere 9 febbraio 2005, n. 05/59; 15 novembre 2007, n. 07/650; 29 maggio 2008, n. 08/266 e n. 08/267, e 17 luglio 2008, n. 08/367.

⁽⁴⁸⁾ Delibera 21 maggio 1998, n. 98/285.

⁽⁴⁹⁾ Vedi tra le altre delibere: 21 febbraio 2002, n. 02/34, e 13 settembre 2002, n. 02/179.

⁽⁵⁰⁾ Così nella delibera 26 luglio 2007, n. 07/451, la Commissione, dovendo decidere della legittimità della condotta dei piloti Alitalia che si astenevano dal lavoro perché denunciavano la violazione della composizione degli equipaggi così come prevista dai contratti collettivi, ha affermato «che a nulla rileva che l'astensione dal lavoro possa avere sul piano civilistico la qualificazione come eccezione d'inadempimento quando abbia un rilievo collettivo dimostrato dal fatto che vi sia stata proclamazione sindacale».

⁽⁵¹⁾ Cfr. delibera n. 98/892, cit.

⁽⁵²⁾ V. FERRANTE, *op. cit.*, 23.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*.

rata dalla Commissione, tra rifiuto di obbedienza ed eccezione d'inadempimento⁽⁵⁴⁾.

4.2. Questa rapida e sintetica rassegna della giurisprudenza della Commissione è sufficiente per convincerci dell'ampio raggio di applicazione della disciplina regolatoria dello sciopero nei servizi essenziali; un ambito di applicazione che va oltre i confini della qualificazione della protesta come sciopero tutelato dall'articolo 40 della Costituzione, ricomprendendo, al contrario, ogni forma di lotta sindacale che si traduca in una compromissione o limitazione dei servizi essenziali. Ulteriore riprova di questo principio può inferirsi da quelle decisioni della Commissione che estendono il regime della legge n. 146 anche alla serrata che, per definizione, si pone su un versante specularmente opposto al fenomeno dello sciopero. In più di un caso, infatti, la Commissione ha sostenuto «che anche nel caso della serrata dell'impresa, si rende necessario garantire la tutela di diritti degli utenti assicurando le medesime prestazioni indispensabili previste dall'art. 2 comma 2 della legge n. 146/1990 come modificata dalla legge n. 83/2000», salvi i casi di oggettiva impossibilità della gestione del servizio⁽⁵⁵⁾.

5. L'apparato sanzionatorio delineato nella legge n. 146 si articola in una serie di previsioni che concernono tutti i destinatari dei relativi precetti: sia i lavoratori dipendenti e le loro organizzazioni, sia i lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori e le loro associazioni o organismi rappresentativi, sia i dirigenti delle amministrazioni e i legali rappresentanti delle imprese erogatrici dei servizi essenziali. Si tratta di sanzioni civili e amministrative in linea con la precisa volontà legislativa di escludere la sanzione penale⁽⁵⁶⁾. Si tratta pur sempre di sanzioni dirette a punire i responsabili con funzione repressiva, ma anche in funzione preventiva di dissuasione dagli illeciti⁽⁵⁷⁾.

Segnatamente, la violazione delle regole contenute nei commi 1, 2 e 3 dell'articolo 2 comporta per i lavoratori l'adozione di sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione, con esclusione delle misure estintive del rapporto di lavoro. È stata giustamente denunciata l'improprietà della qualificazione come "disciplinare" delle sanzioni previste dall'articolo 4, comma 1, in considerazione del fatto che il potere disciplinare riconosciuto all'imprenditore dall'articolo 2106 c.c. tutela l'interesse dello stesso imprenditore, in quanto creditore della prestazione di lavoro, mentre le sanzioni in questione costituiscono la

⁽⁵⁴⁾ Altra ragione per ritenere "sopravvalutata" la questione dell'irragionevole differenziazione tra le due fattispecie è data dalla circostanza che, nei casi più recenti in cui la Commissione ha assoggettato alle regole dello sciopero nei servizi essenziali l'eccezione d'inadempimento «collettivamente attuata», lo ha fatto anche sul presupposto che, nel caso concreto, non risultava integrata la fattispecie di cui all'art. 1460 c.c. Infatti, secondo un orientamento della Commissione «per integrare la fattispecie dell'eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., il rifiuto della prestazione non potrebbe essere intermittente e a scelta dei lavoratori, ma continuo fino all'adempimento della controparte» (delibere 29 maggio 2008, n. 08/266 e n. 08/267; 17 luglio 2008, n. 08/367). Non può sottacersi, infine, che la Commissione, in un altro caso (delibera 9 marzo 2000, n. 00/141. Sul punto cfr. A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 79), ha equiparato l'eccezione d'inadempimento al rifiuto di prestazioni non dovute.

⁽⁵⁵⁾ Delibere 20 giugno 2002, n. 02/117, e 14 dicembre 2005, n. 05/707.

⁽⁵⁶⁾ M. MAGNANI, *op. ult. cit.*, 5.

⁽⁵⁷⁾ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, cit., 285.

reazione dell'ordinamento alla violazione di norme poste nell'interesse pubblico; tanto è vero che è la Commissione a deliberare la sanzione e il datore di lavoro non può esimersi dall'applicarla. Perciò la qualificazione legale di queste sanzioni come disciplinari andrebbe intesa come richiamo della normativa legale e contrattuale in materia di potere disciplinare in quanto compatibile⁽⁵⁸⁾.

Una tale interpretazione è tuttavia stata resa ancor più convincente a seguito della novella del 2000, con cui il legislatore ha eliminato uno dei difetti più vistosi della versione originaria della legge: quello che faceva dubitare dell'obbligatorietà del datore di lavoro di adottare sanzioni disciplinari nei confronti dei singoli che avessero violato le regole dello sciopero.

Infatti, era proprio la ritenuta facoltatività del potere disciplinare l'elemento su cui parte della dottrina⁽⁵⁹⁾, prima della riforma del 2000, fondava l'inesistenza di venature pubblicistiche all'interno del potere disciplinare contemplato dalla legge n. 146 che, invece, costituiva solo una *species* del più ampio *genus* del potere disciplinare di natura privatistica.

Non mancava, tuttavia, chi, pur a fronte dell'infelice formulazione originaria dell'articolo 4, già sosteneva che «la legge n. 146 ha introdotto nell'ordinamento un nuovo tipo di sanzioni disciplinari che, nonostante l'uguale denominazione, hanno funzione, e quindi natura giuridica, profondamente diversa da quelle previste dagli art. 2106 c.c. e art. 7 dello Statuto dei lavoratori. La tutela, infatti, non è, come per queste ultime, la tutela degli interessi dell'imprenditore o della impresa ma la tutela dell'interesse dell'utenza che, in altri termini, è l'interesse pubblico»⁽⁶⁰⁾. Perciò è dalla natura pubblicistica dell'interesse tutelato che sarebbe discesa, in applicazione dei principi generali, la doverosità dell'esercizio del potere attribuito per la tutela dell'interesse che non è esclusivamente del titolare del potere⁽⁶¹⁾.

Le incertezze che aleggiavano sulla natura del potere sanzionatorio del datore di lavoro sono state fugate dal legislatore con le modifiche dell'articolo 4 introdotte ad opera della legge n. 83 del 2000: stante la doverosità della sua applicazione, esso si configura come un potere-dovere di stampo pubblicistico⁽⁶²⁾, anche se sul punto continuano a registrarsi interpretazioni differenti. Non può sottacersi, infatti, l'opinione di chi interpreta la doverosità del potere disciplinare di cui alla nuova formulazione dell'articolo 4, comma 1, più che in chiave di funzionalizzazione all'interesse pubblico, come un elemento di specialità rispetto al potere disciplinare di cui all'articolo 2106 c.c.; così come un'altra "peculiarità" sarebbe data

⁽⁵⁸⁾ G. GIUGNI, *op. cit.*, 261; G. SUPPIEJ, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *RIDL*, 1993, I, 188 ss.; M.T. CARINCI, *L'immagine della L. 146/1990 nelle pronunce giurisprudenziali*, in *QDLRI*, 2001, 25, 207; F. SANTONI, *Sanzioni*, in F. SANTONI (a cura di), *Le regole dello sciopero*, Jovene, Napoli, 2001, 167 ss.; A. VALLEBONA, *Le sanzioni*, in AA.VV., *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Cedam, Padova, 2000, 107 ss.

⁽⁵⁹⁾ A. PILATI, *Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *ADL*, 1998, 830. Per l'A. «se è indubbio, infatti, che la finalità della legge 146 del 1990 è quella di tutelare gli utenti dei servizi essenziali, non appare corretto estendere *eo ipso* tale finalizzazione anche al potere disciplinare da essa contemplato, in assenza di previsioni legislative idonee a determinare questa sua alterazione». R. ROMEI, *Di cosa parliamo quando parliamo di sciopero?*, in *LD*, 1999, II, 221 ss.

⁽⁶⁰⁾ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 204.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶²⁾ M.T. CARINCI, *op. cit.*, 206; F. SANTONI, *op. cit.*, 173.

dalla preclusione del licenziamento. Si tratterebbe, cioè, soltanto di elementi differenziali, rispetto ai caratteri del potere disciplinare di cui agli articoli 2106 c.c. e 7 dello Statuto dei lavoratori, che non sarebbero in grado di inficiare la medesima natura “privatistica” del potere disciplinare contemplato nella legge n. 146⁽⁶³⁾.

Invero, se si ritenesse il potere disciplinare di cui all’articolo 4 un tipico potere datoriale, seppure “speciale”, ciò significherebbe che esso, proprio in virtù della sua specialità, sarebbe l’unico potere disciplinare esercitabile, con la prima e incomprensibile conseguenza che la Commissione dovrebbe non solo valutare se e in che misura la protesta collettiva abbia provocato un pregiudizio ai diritti dell’utenza, ma anche spingersi a valutare, sul piano individuale dell’(in)adempimento contrattuale, ogni singola condotta; con l’ulteriore inaccettabile conseguenza che sarebbe preclusa, anche con riferimento a condotte che siano gravemente lesive degli obblighi contrattuali, la sanzione disciplinare del licenziamento, stante l’insormontabilità del vincolo contenuto nell’articolo 4 che testualmente prevede l’inapplicabilità di sanzioni di natura estintiva.

Si è dell’avviso che questa costruzione debba essere ripudiata perché non consentirebbe di tenere in debita distinzione quelle astensioni collettive che, pur rientrando nella nozione di sciopero, secondo la definizione consolidata nel sociale, siano illegittime in quanto poste in essere in violazione dei diritti costituzionalmente rilevanti protetti dalla legge n. 146, e quelle condotte che non solo risultino lesive dei diritti dell’utenza, ma che siano “illegittime” anche sul piano strettamente contrattuale. È proprio tenendo distinti i due ambiti di responsabilità che riesce a darsi una risposta soddisfacente a tutte le questioni e ai limiti che le letture in chiave “privatistica” del potere disciplinare di cui all’articolo 4, invece, inevitabilmente pongono⁽⁶⁴⁾.

Fondatamente, dunque, può ritenersi che il potere disciplinare riconosciuto all’imprenditore dall’articolo 2106 c.c. tuteli l’interesse dello stesso imprenditore, in quanto creditore della prestazione di lavoro, mentre le sanzioni disciplinari contemplate nell’articolo 4 costituiscano la reazione dell’ordinamento alla violazione di norme poste nell’interesse pubblico. In altre parole, nell’ambito dei servizi pubblici essenziali, la violazione dei precetti della legge n. 146 impone, co-

⁽⁶³⁾ P. PASCUCCI, *Le sanzioni*, in P. PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Ipsoa, Milano, 2000, 95 ss.; F. BORGOGELLI, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge 146/1990*, in *QDLRI*, 2001, n. 25, 68.

⁽⁶⁴⁾ Così R. ROMEI, *op. cit.*, 232. L’A., nel ricondurre il potere di cui all’art. 4, comma 1, l. n. 146, nell’ambito del potere disciplinare “ordinario”, solleva dubbi di legittimità costituzionale della citata previsione normativa, in quanto sarebbe irragionevole che chi si astiene illegittimamente dall’esecuzione della prestazione lavorativa, ove ricorrano determinate condizioni, possa incorrere nella sanzione del licenziamento, mentre «la medesima conseguenza è dall’art. 4 espressamente esclusa ove l’astensione avvenga con determinate modalità, sia cioè un’astensione di una collettività di lavoratori ed avvenga in violazione dei precetti contenuti nella legge 146».

A riguardo, non appare convincente né la risposta di chi tenta di recuperare la misura estintiva attraverso il ricorso all’ordinaria azione giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento di cui all’art. 1453 c.c. (A. PILATI, *op. cit.*, 839), né la soluzione proposta da chi (P. PASCUCCI, *op. cit.*, 102), riconoscendo nella previsione di cui all’art. 4 un potere speciale, ma pur sempre di stampo privatistico, ritiene che il legislatore, in sostanza, abbia compensato la minore afflittività (preclusione del licenziamento) del regime sanzionatorio delineato nell’art. 4 con la maggiore effettività delle sanzioni scaturente dalla doverosità della loro applicazione.

me prima e più immediata conseguenza, che i prestatori siano destinatari delle sole sanzioni disciplinari individuate nell'articolo 4, comma 1, mentre non può astrattamente escludersi che gli stessi scioperanti, ove pongano in essere una forma di protesta con modalità diverse dallo sciopero costituzionalmente tutelato, siano tenuti a rispondere del loro inadempimento e, quindi, di eventuali pregiudizi da essi arrecati, da liquidarsi secondo i principi generali della responsabilità civile ⁽⁶⁵⁾.

È proprio quest'ultima ipotesi che merita una più approfondita analisi: quel comportamento che, seppure attuato in forma collettiva, esorbiti dall'alveo di tutela che l'ordinamento riconosce all'esercizio del diritto di sciopero potrà essere fonte di una duplice valutazione di responsabilità: quella per la compromissione dell'interesse dell'utenza, rimessa alla Commissione, e quella per l'eventuale inadempimento contrattuale, la cui valutazione sarà esclusiva prerogativa dell'imprenditore ai sensi dell'articolo 2106 c.c.

Tale interpretazione presuppone, evidentemente, di ritenere che gli obblighi previsti dalla legge n. 146 rimangano su un piano distinto rispetto a quello contrattuale: se, infatti, si condivide l'idea che il potere disciplinare di cui all'articolo 4, comma 1, è riconosciuto al datore non in funzione della garanzia del suo interesse di creditore della prestazione, ma degli interessi terzi degli utenti, «ne consegue che l'attività a presidio della quale esso è posto non è, nella considerazione del legislatore, il contenuto dell'obbligo lavorativo dei prestatori verso il loro creditore, bensì di un loro dovere pubblicistico di prestazione verso gli utenti» ⁽⁶⁶⁾.

6. Seguendo il percorso argomentativo finora sviluppato, c'è da risolvere un ulteriore interrogativo: capire in che modo possano interagire, nelle c.d. forme anomale di sciopero, i profili di responsabilità di diversa natura e fondamento che scaturiscono dal medesimo comportamento, simultaneamente lesivo dell'interesse pubblico dell'utenza e di quello del datore al corretto adempimento della prestazione. Invero, nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, se la protesta attuata mediante uno sciopero ⁽⁶⁷⁾, di regola, sarà fonte di responsabilità disciplinare nella misura in cui va ad incidere negativamente sui diritti dell'utenza, la protesta che si realizzi con forme diverse dallo sciopero, invece, potrà essere connotata da una duplice offensività ⁽⁶⁸⁾: la compromissione dell'interesse dell'utenza, da una parte, e la lesione dell'interesse all'esatto adempimento dell'imprenditore, dall'altra, con la conseguenza che il potere disciplinare potrà essere applicabile astrattamente tanto in funzione dell'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 4, quanto in funzione dell'interesse dell'imprenditore ai sensi dell'articolo 2106 c.c. Ma vi è di più: il potere disciplinare di cui all'articolo 4 potrà risolversi solo in misure sanzionatorie conservative, mentre un inadempimento contrattuale grave può portare anche ad un'estinzione del rapporto di lavoro (licenziamento ontologicamente disciplinare).

⁽⁶⁵⁾ F. SANTONI, *op. cit.*, 175; A. PILATI, *op. cit.*, 816; M.G. GAROFALO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e le sanzioni*, in *RGL*, 2003, 1, 9.

⁽⁶⁶⁾ Testualmente, M.T. CARINCI, *op. cit.*, 207.

⁽⁶⁷⁾ Secondo la nozione di sciopero accreditata nel sociale; cfr. sentenza n. 2286/1984.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. F. SANTONI, *op. cit.*, 175; M.G. GAROFALO, *op. cit.*, 9; A. PILATI, *op. cit.*, 816.

A riguardo, deve dirsi che la formulazione dell'articolo 4 – secondo cui il potere disciplinare deliberato dalla Commissione non può tradursi in misure estintive del rapporto o in sanzioni che comportino mutamenti definitivi – riflette, a parere di chi scrive, una insindacabile scelta di politica legislativa la quale individua – nella violazione delle regole che garantiscono il diritto dell'utenza alla fruizione dei servizi che incidono sui diritti alla persona costituzionalmente protetti – un disvalore che risulta adeguatamente sanzionato, sul piano del rapporto individuale di lavoro, attraverso sanzioni di natura conservativa; mentre le sanzioni di natura estintiva restano una prerogativa del datore di lavoro riconosciuta in funzione dell'alterazione del sinallagma contrattuale conseguente alla gravità dell'inadempimento del lavoratore.

Una volta appurato che vi sono delle ipotesi in cui le due valutazioni di responsabilità possono sovrapporsi (quando è violato il diritto dell'utenza perché la protesta incide su diritti costituzionalmente tutelati e quando vi è inadempimento contrattuale perché quella protesta, oltre ad aver leso il diritto dell'utenza, non è neppure qualificabile come sciopero “scriminato” dall'articolo 40 della Costituzione), deve risolversi l'ulteriore interrogativo: può la condotta del singolo essere sanzionata su due distinti piani, ossia su quello contrattuale (che può portare anche al licenziamento per inadempimento) ed al contempo su quello di cui all'articolo 4, legge n. 146?

Astrattamente, infatti, in ragione della plurioffensività del comportamento, potrebbe esservi per un medesimo fatto l'applicabilità di due distinte norme sanzionatorie: quella di cui all'articolo 4, pensata in funzione della tutela del bene pubblico, e una sanzione che il datore di lavoro può irrogare in conseguenza dell'inadempimento contrattuale conseguente ad una protesta non tutelata sul piano costituzionale.

In verità il problema appare per lo più teorico: è, infatti, difficile pensare che il datore di lavoro possa orientarsi verso una scelta “estrema”, quale il licenziamento, che, peraltro, potendo riguardare un numero consistente di lavoratori (tutti coloro che hanno partecipato alla lotta), rischierebbe di esacerbare la conflittualità⁽⁶⁹⁾. Mentre è certo che il datore non potrà sottrarsi all'applicazione delle sanzioni che, quale reazione alla lesione dell'interesse pubblico dell'utenza, saranno prescritte dalla Commissione di garanzia.

Tuttavia, quand'anche volesse prendersi in considerazione la remota ipotesi in cui il datore di lavoro – in conseguenza della gravità dell'inadempimento contrattuale realizzato mediante una forma di lotta sindacale diversa dallo sciopero protetto dall'articolo 40 della Costituzione – decidesse di adottare una misura sanzionatoria estintiva, diversa e più grave rispetto a quella “conservativa” determinata o determinabile dalla Commissione di garanzia, deve ritenersi che la più incisiva sanzione irrogata dal datore (licenziamento disciplinare) debba assorbire in sé quella più “leggera” prescritta (o prescrivibile) dalla Commissione in virtù dell'articolo 4, comma 1, legge n. 146.

Facendo applicazione analogica dei criteri, quali la consunzione, la sussidiarietà e la specialità reciproca, elaborati da dottrina e giurisprudenza al fine di superare

⁽⁶⁹⁾ Sull'esclusione del licenziamento tra le sanzioni di cui all'art. 4 per ragioni di opportunità vedi la ricostruzione proposta da P. PASCUCCI, *op. cit.*, 101.

l'insufficienza dell'unico criterio formale, quello di specialità di cui all'articolo 15 c.p., individuato dal legislatore per regolare un concorso apparente di norme nell'ambito del diritto penale, è possibile sostenere che, anche con riferimento alle sanzioni individuali di natura disciplinare, debba essere salvaguardato il principio del *ne bis in idem* sostanziale, in virtù del quale non è possibile addebitare più volte lo stesso fatto all'autore⁽⁷⁰⁾.

In conclusione, può dirsi che, secondo un principio generale di civiltà giuridica, l'adozione di una sanzione estintiva del rapporto di lavoro che il datore decidesse di irrogare al lavoratore in conseguenza di un notevole inadempimento contrattuale – realizzato attraverso l'esercizio di una forma di protesta non altrimenti "scriminata" dall'ordinamento – assorba il disvalore della sanzione disciplinare meno grave prevista a tutela dell'interesse pubblico che la Commissione è chiamata a presidiare: ciò in applicazione del richiamato principio del *ne bis in idem* sostanziale che consente di affermare che «una ed una sola norma è applicabile»⁽⁷¹⁾ e, dunque, che il lavoratore, per il medesimo comportamento illegittimo, non può subire una duplicazione di sanzioni disciplinari seppure poste a tutela di interessi diversi.

Le forme anomale di sciopero nei servizi pubblici essenziali – Riassunto. *L'A. introduce il tema con una ricostruzione storica della nozione di sciopero, attenta alla progressiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e alla diffusione di forme anomale di lotta sindacale, esorbitanti dai confini dello sciopero costituzionalmente tutelato. In particolare, tratteggia le fattispecie di sciopero delle mansioni, sciopero dello straordinario, sciopero del rendimento e sciopero pignolo. L'A. traspone poi le questioni affrontate in premessa nell'ambito della disciplina dei servizi pubblici essenziali (l. n. 146/1990), chiarendo da subito come in tale ambito, più che la distinzione tra sciopero e altre forme di protesta, rilevi la sottoposizione dell'azione collettiva alla disciplina di tutela degli utenti, la quale, da un lato, vieta o limita forme di sciopero generalmente libere e, dall'altro, viene sovente applicata anche a forme di lotta sindacale diverse dallo sciopero, a prescindere dalla loro eventuale antiggiuridicità. La proposta interpretativa così formulata è quindi verificata positivamente alla luce della elaborazione della Commissione di garanzia. In conclusione, l'A. si sofferma sull'apparato sanzionatorio delineato dalla l. n. 146/1990 e ne indaga il rapporto con i poteri disciplinari del datore di lavoro.*

Anomalous forms of strike action in the essential public services (Article in Italian) – Summary. *The author introduces the topic with an historical overview of the concept of strikes, examining the development of the related legal doctrine and case law, as well as the spread of anomalous forms of industrial action, that overstep the confines of the right to strike laid down in the Constitution. In particular, the paper discusses strikes relating to basic duties, overtime bans, industrial action relating to performance, and work-to-rule strikes. The author then examines these forms of action in relation to strikes in the essential services (Act no.146/1990), and argues that that in this connection, the most important element is not the distinction between the various forms of industrial action, but the fact that the right to take industrial action has to be reconciled with the interests of service users. As a result there is a ban or a limit on generalised strike action, and there is frequent recourse to forms of industrial action other than strike action, regardless of whether they are sanctioned by the law or not. The interpretation put forward is viewed positively in the light of the rulings of the Ministerial Commission on the right to strike in the essential public services. In conclusion, the author examines the sanctions laid down in Act no. 146/1990 and discusses this issue in relation to the disciplinary powers of employers.*

⁽⁷⁰⁾ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 1997, 470 ss.

⁽⁷¹⁾ F. MANTOVANI, *op. cit.*, 481.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA ITALIANA

Discriminazioni

- *consigliera o consigliere di parità: legittimazione ad agire (1.1. – 1.2.)*

Infortuni e malattie professionali

- *assicurazione obbligatoria: tariffe e premi (2.1. – 2.2.)*

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

- *collocamento obbligatorio (3.1. – 3.2.)*

Lavoro a termine

- *disciplina sanzionatoria: profili di legittimità costituzionale (4.1. – 4.12.)*

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- *responsabilità del formatore nel l'infortunio dell'apprendista (5.1.)*
- *delega di funzioni: obblighi non delegabili (5.2.)*
- *cantieri temporanei e mobili: obblighi del coordinatore per l'esecuzione (5.3.)*


Sospensione del rapporto di lavoro

- *congedo per la tutela del genitore affetto da handicap in situazione di gravità (6.1.)*

Welfare

- *indennità di integrazione salariale: computo mensilità aggiuntive (7.1. – 7.2.)*
- *cassa integrazione ordinaria: disdetta unilaterale dell'accordo sindacale (7.3. – 7.4.)*


Nota per la lettura dell'Osservatorio di giurisprudenza ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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 *Adapt – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali* e 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. Discriminazioni

1.1. Cass. pen. 16 aprile 2009, n. 16031 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Discriminazioni - Discriminazioni di genere - Consigliera o consigliere di parità - Legittimazione ad agire come parte civile - Sussistenza - Titolo.

La consigliera o il consigliere di parità sono legittimati a costituirsi parte civile al fine di ottenere il ristoro del danno non patrimoniale subito, non quale ente rappresentativo di interessi diffusi ma quale "danneggiato" del reato di maltrattamenti commessi nei confronti di più lavoratrici a mezzo di ripetute molestie sessuali.

1.2. Cass. pen. 16 aprile 2009, n. 16031 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Discriminazioni - Discriminazioni di genere - Consigliera o consigliere di parità - Legittimazione ad agire come parte civile - Sussistenza - Fondamento.

La legittimatio ad causam e la costituzione iure proprio, quale parte civile, della consigliera o del consigliere di parità non è altro che la pretesa volta ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale che l'art. 37, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità) espressamente riconosce loro, mediante ricorso al Tribunale in funzione di giudice del lavoro o al Tribunale amministrativo regionale competenti per territorio, nell'ipotesi in cui sia rilevata «[...] l'esistenza di atti, patti, o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo».

(1.1. – 1.2.) Discriminazioni di genere e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire della consigliera di parità in sede penale

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Le molestie sessuali tra Codice delle pari opportunità e diritto penale. – **3.** La tutela giudiziale contro le discriminazioni di genere. – **4.** L'oggetto dell'azione pubblica: le discriminazioni a carattere collettivo.

1. Con la sentenza in commento, la Suprema Corte aggiunge un importante tassello al quadro della tutela giudiziaria del diritto alla parità nei luoghi di lavoro.

La pronuncia prende le mosse da una vicenda di maltrattamenti – posti in essere dal supervisore di un'agenzia di servizi aeroportuali nei confronti di cinque hostess di terra – perpetrati attraverso frasi scurrili, ricatti sessuali, ripetute *avances*, nonché attraverso l'imposizione di mansioni più gravose, ripetitive o inutili rispetto a quelle ordinate ad altri lavoratori.

All'esito del relativo procedimento, il giudice per le indagini preliminari applicava la pena richiesta dalle parti *ex art.* 444 e ss. c.p.p. e, contestualmente, condannava l'imputato alla rifusione delle spese di costituzione, assistenza e rappresentanza in favore delle parti civili: tra queste comparivano, oltre alle persone offese dal reato, anche la Filt-Cgil e la consigliera regionale di parità del Piemonte.

Con ricorso per cassazione, l'imputato impugnava sia l'ordinanza che aveva ammesso la costituzione di parte civile dell'organo pubblico di parità sia la conseguente sentenza di condanna alla rifusione delle spese. Ritenendola portatrice di un interesse in sé astratto e diffuso, la difesa asseriva in particolare che alla consigliera non poteva essere riconosciu-

ta alcuna legittimazione ad agire, in quanto le condizioni imposte dagli artt. 91 e ss. c.p.p. – relative all'azione in giudizio degli enti e delle associazioni rappresentative di interessi lesi dal reato – non erano state nella specie rispettate (difettando, nello specifico, il consenso delle persone offese). Né tale affermazione poteva essere smentita rifacendosi agli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 198/2006 (Codice delle pari opportunità), poiché la speciale legittimazione della consigliera, ivi prevista per l'accertamento di pratiche discriminatorie a carattere collettivo, va comunque circoscritta ad azioni svolte in un ambito (quello giurisdizionale) preciso e diverso dal processo penale, non potendo pertanto trovare applicazione il disposto di cui all'art. 212 disp. coord. c.p.p.

Il ricorrente lamentava inoltre l'assenza di una qualsiasi lesione al patrimonio morale ed allo scopo dell'istituzione in questione, posto che – pur essendo essa deputata alla promozione ed alla tutela del diritto alla parità nei luoghi di lavoro – il delitto di maltrattamenti configura un'offesa senza dubbio individuale e, pertanto, non incidente sul diritto alla personalità dell'ente.

La Corte, disattendendo tutte le doglianze riportate, conferma invece la sentenza impugnata e, segnatamente, coglie l'occasione per affermare che, rispetto ai maltrattamenti commessi nei confronti di più lavoratori, si configura una posizione giuridicamente tutelata della consigliera di parità quale vero e proprio danneggiato dal reato, cui è consentito – in ragione del ruolo e delle finalità che l'ordinamento le riconosce – costituirsi in sede penale ex artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. per il ristoro del danno subito.

Considerata la scarsità della giurisprudenza in materia e l'inesistenza di precedenti specifici, la sentenza presenta innegabili profili di novità ed interesse. Per meglio cogliere i motivi posti a fondamento della decisione, pare tuttavia opportuno ricostruire brevemente il (complesso) sistema di tutela processuale contro le discriminazioni di genere in ambito lavorativo – come disegnato dalla l. n. 125/1991, poi modificato dal d.lgs. n. 196/2000 e, infine, confluito nel d.lgs. n. 198/2006 – partendo proprio dal suo fondamento, ovvero dalla nozione di discriminazione.

2. Il Codice delle pari opportunità dedica due norme – gli artt. 25 e 26, contenuti nel Capo I del Titolo I (pari opportunità nel lavoro) – alla definizione di discriminazione.

Sulla scia della normativa comunitaria (cui la disciplina italiana è largamente debitrice), l'art. 25 distingue tra discriminazione diretta ed indiretta, confermando quanto già disposto nell'art. 4, commi 1 e 2, della l. n. 125/1991, come novellato dal d.lgs. n. 196/2000.

Senza soffermarsi sull'analisi delle due fattispecie, ampiamente esaminate dalla dottrina, né addentrarsi in rilievi critici alla tecnica definitoria prescelta (in proposito, C. FAVILLI, *La nozione di discriminazione fra normativa comunitaria e leggi italiane*, in G. DE MARZO (a cura di), *Il Codice delle Pari Opportunità*, Giuffrè, Milano, 2007, 136), in termini generalissimi si può affermare che, secondo la legislazione vigente, un atto, patto o comportamento è discriminatorio quando il sesso è l'unico motivo per cui un soggetto subisce un trattamento sfavorevole rispetto a quello riservato ad altri lavoratori che si trovano in una situazione analoga.

Tale nozione è stata ulteriormente specificata dal d.lgs. n. 145/2005, che – aggiungendo in attuazione della direttiva n. 2002/73/CE i commi 2-bis e 2-ter all'art. 4 della l. n. 125/1991 (oggi confluiti nell'art. 26 del d.lgs. n. 198/2006) – ha inserito espressamente, tra le ipotesi di discriminazione, le molestie semplici e quelle sessuali.

Secondo l'art. 26 cit., rientrano in tale ultima categoria quei comportamenti indesiderati, a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Ove la molestia sia così strutturata, risulterà vietata in quanto discriminatoria.

La fattispecie presenta comprensibilmente contorni sfumati, onde non cristallizzare le diverse modalità con cui può essere realizzata. Nondimeno, si ritiene che la molestia ses-

suale sia caratterizzata dal requisito della indesideratezza, prescindendo da contatti fisici (altrimenti si ricadrebbe nell'abuso sessuale) e consista in tutte quelle condotte, sessualmente connotate, che vanno oltre il semplice complimento o la mera proposta di instaurare un rapporto interpersonale, nelle quali lo sfondo sessuale costituisce un motivo e non un momento dell'azione (così, Cass. 7 luglio 2008, n. 27469).

Lo stesso fenomeno, finora valutato nella sua valenza giuslavoristica, può tuttavia assumere rilievo anche sul piano penalistico. Difatti, pur mancando di una autonoma tipizzazione penale, il comportamento molesto potrà divenire rilevante ogni qualvolta vada ad integrare gli estremi di un reato, quale può essere la molestia semplice ex art. 660 c.p., l'ingiuria, la diffamazione, il sequestro di persona, nonché – per quel che in questa sede interessa – i maltrattamenti.

Quanto a quest'ultima figura, va ricordato che, a partire dal 1989, l'art. 572 c.p. contempla tra le possibili vittime dei maltrattamenti – accanto ai familiari ed ai minori di quattordici anni – ogni persona sottoposta all'autorità del reo o a lui affidata per l'esercizio di una professione.

Ciò ha permesso alla giurisprudenza di estendere il campo di applicazione del delitto in oggetto anche a fatti verificatisi sul luogo di lavoro, sul presupposto che: a) il "rapporto di autorità", richiesto dalla norma penale, sussiste ogni qualvolta una persona dipenda da altra mediante un vincolo di soggezione particolare, tra cui rientra anche il rapporto di lavoro subordinato; b) tale "autorità" spetta all'imprenditore – o, come nel caso di specie, a chi lo rappresenti – sulla base di specifiche disposizioni di legge (in particolare, degli artt. 2086 e 2106 c.c.); c) a differenza dei maltrattamenti in famiglia, non si richiede la convivenza ma la semplice sussistenza di un rapporto continuativo (cfr., da ultimo, Cass. 29 agosto 2007, n. 33624; Cass. 7 luglio 2008, n. 27469).

In definitiva, la molestia sessuale nei luoghi di lavoro presenta un carattere bifronte. In quanto in sé lesiva dei diritti fondamentali della persona, essa ha autonoma rilevanza in sede di responsabilità civile (ad esempio, ove integri gli estremi del mobbing) e – nei casi più gravi – penale; ove sia collegata eziologicamente ad atti discriminatori, provoca un'ulteriore reazione dell'ordinamento attivando i particolari meccanismi predisposti dal Codice a tutela delle pari opportunità.

3. La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni di genere in materia di lavoro trova oggi collocazione negli artt. da 36 a 40 del d.lgs. n. 198/2006. Mantenendo l'impianto già previsto dall'art. 4 della l. n. 125/1991 – così come riformulato dall'art. 8 del d.lgs. n. 196/2000 – il decreto contempla, accanto alle azioni individuali, altre azioni esperibili contro le discriminazioni di carattere collettivo dalla consigliera di parità, ambedue articolate secondo un sistema che affianca alla tutela ordinaria una specifica tutela d'urgenza modellata sulla falsariga del procedimento di cui all'art. 28 Stat. lav. (tra gli altri, E. SILVESTRI, *Codice delle pari opportunità e tutela antidiscriminatoria*, in *RTDPC*, 2007, 3, 855).

Più precisamente, attraverso l'azione ordinaria il singolo lavoratore potrà ottenere l'accertamento della discriminazione avvenuta nei propri confronti (art. 36), mentre, avvalendosi della tutela sommaria, egli chiederà al giudice un decreto immediatamente esecutivo di cessazione del comportamento illegittimo e di rimozione dei relativi effetti (art. 38), salvo in ogni caso il risarcimento del danno anche non patrimoniale.

In entrambi i casi – stante la posizione di particolare debolezza in cui il soggetto discriminato si viene a trovare – il legislatore prevede espressamente la facoltà della consigliera di parità (provinciale o regionale) competente per territorio di fungere da "tramite" nel tentativo di conciliazione, di promuovere il ricorso giudiziale su delega dell'interessato ovvero di intervenire in giudizio (sulla natura adesiva dipendente di tale intervento, L. DE ANGELIS, *L'azione individuale e l'azione collettiva*, in *NLCC*, 2003, 768; *contra*, C. RA-

PISARDA, *La tutela dei soggetti discriminati. Azione individuale, azione pubblica, tentativo di conciliazione*, in *NLCC*, 1994, 83).

Il ruolo della consigliera (questa volta regionale o nazionale, a seconda della rilevanza territoriale della condotta) è tuttavia centrale nell'ipotesi di cui all'art. 37, ossia ove venga rilevata l'esistenza di «[...] atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo», anche quando non siano individuabili in maniera immediata e diretta i soggetti lesi da tale tipo di discriminazione.

In questa particolare circostanza, spetta infatti all'organo di parità – oltre alla possibilità di attivare l'originale percorso conciliativo di cui al comma 1 – l'esclusiva legittimazione a ricorrere al giudice del lavoro sia in via d'urgenza (comma 4) che in via ordinaria (comma 2). L'azione della consigliera sarà volta ad ottenere, nel primo caso, un decreto di cessazione del comportamento pregiudizievole analogo a quello previsto dall'art. 38 cit., nel secondo caso, l'ordine – rivolto all'autore della condotta, che non necessariamente coincide con il datore di lavoro – di definire un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, salvo sempre il risarcimento del danno anche non patrimoniale (sulla sua funzione strettamente risarcitoria, L. DE ANGELIS, *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, in *RIDL*, 2008, 4, 601; diversamente, G. DE MARZO, *Le disposizioni processuali*, in G. DE MARZO (a cura di), *op. cit.*, 375).

La tutela antidiscriminatoria si articola così su un c.d. doppio binario di rimedi giudiziali – ordinari e speciali, individuali e “collettivi” – tra loro autonomi, concorrenti e non fungibili, tanto è vero che la dottrina da lungo tempo si interroga sugli eventuali rapporti, interferenze e riflessi reciproci in sede processuale (*ex pluribus*, R. DONZELLI, *Considerazioni sulla natura dell'azione esercitata dal Consigliere di parità in materia di discriminazioni uomo-donna*, in *RIDL*, 2004, 611 ss.). La totale diversità per finalità, oggetto e legittimazione ad agire (in proposito, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008, 412) fa concludere pertanto per la non sovrapponibilità delle azioni in questione, l'una – quella individuale – volta alla riparazione delle posizioni soggettive dei singoli lavoratori, l'altra – quella c.d. pubblica – volta al superamento della dimensione atomistica della tutela giudiziale attraverso la possibilità di arrivare, grazie al ricordato piano di rimozione, alla fonte della discriminazione (anche non denunciata), senza fermarsi ai singoli atti, patti o comportamenti in cui essa si manifesta.

4. Alla luce di queste premesse, è ora possibile tornare all'esame della sentenza in commento.

Partendo dalla ricostruzione – a dire il vero, piuttosto frettolosa – degli scopi istituzionali dell'organo di parità, la Cassazione ritiene che la *legitimatatio ad causam* della consigliera altro non sia che la trasposizione, in sede penale, della possibilità di ottenere il risarcimento del danno espressamente prevista dall'art. 37 del d.lgs. n. 198/2006.

Ai sensi degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p., l'azione civile può infatti essere esercitata nel processo penale «dal soggetto al quale il reato ha recato danno»: tale non è solo la persona offesa (cioè il titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice), ma anche il danneggiato, ossia chiunque possa vantare un danno eziologicamente riferibile all'azione od omissione del reo (*ex pluribus*, Cass. pen. 8 novembre 2007, n. 239189).

Tale pretesa risarcitoria legittima i titolari di essa a costituirsi parte civile. Nel caso di procedimenti per fatti delittuosi commessi a danno di più lavoratori e dai quali emergano comportamenti discriminatori di carattere “collettivo”, anche la consigliera può quindi avanzare – accanto a quelle dei singoli individui – le proprie autonome pretese, non quale ente rappresentativo di interessi diffusi, ma, in virtù del ruolo e delle finalità che l'ordinamento ad essa riconosce, quale soggetto danneggiato.

A conferma delle proprie argomentazioni, la Corte richiama inoltre la recente Cass. 26 marzo 2008, n. 12738, che ha ritenuto legittima la costituzione di parte civile *iure proprio* dell'organizzazione sindacale di appartenenza di una lavoratrice vittima di violenza ses-

suale sul luogo di lavoro, in quanto la condotta integrante tale reato è idonea a provocare un danno sia alla persona offesa sia al sindacato, essendo in contrasto con il preciso fine istituzionale del medesimo di tutelare le condizioni lavorative e di vita dei propri iscritti in ambito lavorativo (principio in realtà non pacifico, come osserva A. PIZZOFERRATO, nel commento *Violenza sessuale sui luoghi di lavoro: la Cassazione consolida la fattispecie ed apre nuovi scenari in ordine al danno risarcibile*, in *LG*, 2008, 10, 1016).

Quantunque a tratti confusa, la decisione appare in linea di massima condivisibile. Tuttavia, si ha la sensazione che la Suprema Corte abbia perso una buona occasione – anche vista la ricordata esiguità di pronunce in materia – per fornire lumi sulla nozione di “discriminazione di genere collettiva”, al fine di chiarire quale sia l’oggetto dell’azione e, insieme, il presupposto della legittimazione della consigliera di parità.

Nel silenzio della legge (l’art. 37 cit. fa riferimento genericamente alla legittimazione della consigliera «a tutela di più soggetti»), sono state avanzate varie ipotesi ricostruttive, tanto che l’oggetto del giudizio c.d. pubblico è stato per lo più individuato nell’interesse alla parità di trattamento, di volta in volta inteso come interesse pubblico e generale di tutti i lavoratori appartenenti ad un determinato sesso (C. RAPISARDA, *La tutela giudiziale dei diritti di parità tra azione individuale ed azione pubblica*, in *RCDL*, 1992, 787) ovvero come interesse privato collettivo, ancorché di rango costituzionale, proprio del gruppo discriminato (R. PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in *GDLRI*, 1994, 462) o, ancora, come interesse diffuso alla parità (A. CHIAVASSA, L. HOESCH, *Le azioni positive in giudizio*, in *RCDL*, 1992, 340).

D’altronde, anche la (rara) giurisprudenza in argomento (per lo più relativa a criteri di assunzione ritenuti discriminatori – cfr. TAR Cagliari, sez. II, 25 novembre 2008, n. 2025, in [📖](#) indice A-Z, voce *Discriminazioni*; Trib Prato, 21 novembre 2007, in *RCDL*, 2008, 2, 574; prima, Pret. Bologna, 27 giugno 1998, in *FI*, 1999, I, 3424) e il principale strumento processuale a disposizione della consigliera di parità – ossia l’ordine di definizione di un piano di rimozione della discriminazione – hanno contribuito a corroborare l’idea che la “discriminazione di genere collettiva” consista in quegli atti e prassi aziendali (conseguenti all’applicazione di regole unilateralmente dettate dal datore di lavoro ovvero di un contratto collettivo) aventi una serie aperta di destinatari, in quanto predisposti sulla base di una predeterminazione generale ed astratta (M.V. BALLESTRERO, *La nozione di discriminazione nella legge n. 125/91*, in *RCDL*, 1992, 782; in senso analogo, M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *NLCC*, 1994, 58).

Con la conseguenza che, se così fosse, risulterebbe quantomeno problematico far rientrare in tale categoria una fattispecie – come quella in esame – di molestie sessuali perpetrate ai danni di cinque lavoratrici.

La sentenza in commento sembra tuttavia avvallare una diversa interpretazione. Pur non prendendo aperta posizione, la Cassazione pare infatti propendere per l’utilizzo di un criterio diverso (prettamente numerico) nella ricostruzione della nozione di “discriminazione di genere collettiva”, per cui tali sarebbero quelle condotte in grado di ledere – in via diretta o indiretta – il diritto alla parità di due o più individui. Come già osservato in dottrina (R. DONZETTI, *op. cit.*, 641), in questo modo l’oggetto del giudizio c.d. pubblico verrebbe semplicemente ad essere costituito dalla sommatoria delle situazioni giuridiche soggettive individuali lese, cioè da tutti e dai distinti *diritti soggettivi* dei lavoratori concretamente discriminati e non da interessi superindividuali di dubbio ambito e qualificazione.

Sembra pertanto potersi dedurre che, ove ricorra la discriminazione diretta di una singola lavoratrice (ad es., una molestia sessuale), tale comportamento non potrà considerarsi né collettivo né plurioffensivo, mentre la lesione riflessa o mediata prodotta in capo a tutti i soggetti appartenenti al gruppo (pregiudizio generico) non potrà rilevare ai fini dell’esercizio dell’azione pubblica; per contro, ove il medesimo comportamento sia commesso

nei confronti di (almeno due o) più lavoratrici, sarà possibile giovare della tutela processuale della consigliera di parità.


Da ultimo, la pronuncia – riconoscendo la legittimazione ad agire sia della consigliera sia del sindacato di appartenenza delle lavoratrici molestate, entrambi preposti alla tutela della parità nei luoghi di lavoro – desta qualche perplessità anche quanto al rischio di *over-compensation* rispetto al medesimo pregiudizio.

Posto che, ai fini dell'ammissibilità della costituzione di parte civile, rileva esclusivamente la *legittimatio ad causam* e non anche la persistenza di un danno risarcibile (Cass. pen. 21 luglio 2007, n. 237888), tale pericolo potrebbe tuttavia essere scongiurato in sede civile avvalendosi dei principi – sbrigativamente richiamati nella sentenza – enunciati da nota Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, ovvero richiedendo la prova di un danno (patrimoniale e non) obiettivamente accertato ed ulteriore rispetto alla mera lesione del proprio fine istituzionale.

Mariaelena Cunati


Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – Adapt – Fondazione Marco Biagi

2. Infortuni e malattie professionali

2.1. Trib. Bari 24 marzo 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Infortuni e malattie professionali - Tariffe dei premi - Provvedimento di variazione - Requisiti di validità ed efficacia.

In tema di tariffe dei premi dovuti dal datore di lavoro all'Inail, il provvedimento dell'Istituto assicuratore di variazione dei tassi – che, ai sensi dell'art. 40 del d.P.R. n. 1124/1965, deve essere emanato secondo le modalità applicative previste nel prescritto decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale – per essere valido ed efficace non solo deve essere spedito al datore di lavoro con lettera raccomandata (con avviso di ricevimento) entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di decorrenza della modificazione del tasso, ma deve contenere un'adeguata motivazione al pari di tutti gli atti amministrativi esplicitamente efficaci nei confronti dei terzi, secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 3 della l. n. 241/1990. Tale ultima prescrizione può dirsi rispettata soltanto quando il provvedimento contiene, fin dal momento della sua emissione, tutti gli elementi indicati dall'art. 21 del d.m. 18 giugno 1988. Alla mancanza di una congrua motivazione contestuale non può soppiacersi successivamente attraverso l'esame della documentazione esibita in giudizio dall'Inail per dimostrare la correttezza del procedimento seguito per fissare il nuovo tasso nella misura richiesta. In particolare, la prescrizione circa la motivazione può dirsi rispettata soltanto quando il provvedimento contiene fin dal momento della sua emissione l'indicazione delle retribuzioni, del numero dei casi di inabilità temporanea, di inabilità permanente, di morte, del numero degli operai per anno e del tasso specifico aziendale di ciascun anno e del triennio o del minor periodo interessato.

2.2. Trib. Bari 24 marzo 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Infortuni e malattie professionali - Tariffe dei premi - Provvedimento di variazione - Onere in capo all'Inail di documentare il rispetto delle modalità applicative di legge - Sussistenza - Mancato adempimento - Conseguenze.

Ricade sull'Istituto l'onere di documentare di aver tempestivamente comunicato (rectius spedito) al datore di lavoro i provvedimenti di variazione dei tassi in relazione agli anni dal 1985 e 1987 e di aver motivato, come per legge, i correlativi provvedimenti di variazione. In mancanza di tale documentazione i provvedimenti di variazione devono essere ritenuti inefficaci.

(2.1. – 2.2.) Tasso aziendale di premio per l'assicurazione infortuni: criteri di calcolo e provvedimento di variazione

Sommario: 1. Il caso in esame. – 2. Criteri di calcolo del tasso specifico aziendale di premio e computabilità della riserva sinistri nel caso in cui nell'azienda e nel periodo considerato non si siano verificati infortuni. – 3. Azione di indebito contributivo e previa domanda di riduzione tasso. – 4. Motivazione del provvedimento di variazione del tasso.

1. La decisione in esame si articola intorno a tre punti fondamentali:

- 1) erronea applicazione del tasso stante il caricamento degli oneri indiretti e della riserva sinistri nel calcolo del tasso specifico aziendale;
- 2) l'azione di indebito contributivo e la esperibilità del previo procedimento amministrativo;
- 3) la motivazione del provvedimento di variazione del tasso.

Il giudice decide nel merito la controversia statuendo la parziale riduzione del credito per l'azienda interessata in base al rilievo che l'Istituto nel caso di specie non ha documentato di aver tempestivamente comunicato (*rectius* spedito) a parte ricorrente i provvedimenti di variazione dei tassi e tanto meno di aver motivato, come per legge, i correlativi provvedimenti di variazione da ritenere conseguentemente inefficaci. Accoglie le controdeduzioni addotte dall'Inail in relazione al primo ed al secondo punto sopra individuati.

La conclusione del giudice sembra condivisibile stante l'impossibilità da parte dell'Istituto di comprovare l'oggettivo invio entro i termini prescritti della prescritta documentazione. Peraltro, ove detta documentazione non sia rinvenuta, la sentenza in esame difficilmente potrà essere appellata.

La decisione in esame si segnala, con riferimento a tutti i profili sopra individuati, poiché consente di ripercorrere l'elaborazione relativa ad argomenti che, in vigenza delle preesistenti tariffe di cui ai decreti ministeriali del 1978 e del 1988, sono stati oggetto di ampio dibattito.

2. Trattandosi di un ricorso depositato nel 1990 quando era vigente la tariffa di cui al d.m. 18 giugno 1988, è ovvio che venga in discussione un tema che ormai, come rilevato dallo stesso giudice di prime cure richiamando la decisione n. 12518/2004 (del tutto conforme a Cass., sez. un., 11 giugno 2001, n. 7853), costituisce *ius receptum* e cioè che il calcolo del tasso specifico aziendale avviene secondo gli stessi criteri del tasso medio nazionale, e quindi vi debbono essere inclusi gli oneri diretti, quelli indiretti e quelli presunti (cfr. anche Cass., sez. un., 13 ottobre 1997, n. 9961; Cass. 12 giugno 1995, n. 6613; Cass. 16 luglio 1997, n. 6533; Cass. 27 giugno 1996, n. 5937, nonché le sentenze Cass. 5 ottobre 1992, n. 10880; Cass. 3 aprile 1993, n. 4036; Cass. 6 aprile 1993, n. 4117; Cass. 10 dicembre 1993, n. 12201; Cass. 2 giugno 1994, n. 5370; Cass. 23 febbraio 1995, n. 2040; Cass. 2 marzo 1995, n. 2418; Cass. 20 aprile 1995, n. 4414 e Cass. 20 aprile 1995, n. 4446). In particolare, infatti, la Suprema Corte, a Sezioni Unite, aveva enunciato il seguente principio di diritto: «Ai fini della determinazione del premio dovuto dalle aziende industriali per l'assicurazione dei dipendenti contro gli infortuni e le malattie professionali, nel calcolo del tasso specifico aziendale devono essere inclusi gli oneri per i casi di infortunio e di malattia professionale ancora da definire alla data di tale calcolo (riserva si-

nistri), anche quando nell'azienda non si siano verificati infortuni nel periodo considerato, in quanto detto tasso specifico aziendale è stato previsto (dal d.m. 18 giugno 1988 e dai precedenti decreti, contenenti le tabelle di classificazione delle diverse lavorazioni con i corrispondenti tassi di tariffa, nonché i criteri di determinazione del tasso specifico aziendale) con riferimento, non già all'andamento infortunistico della singola azienda, bensì al rapporto tra l'andamento infortunistico in ciascuna categoria di lavorazione ed il numero di lavoratori assicurati nelle singole imprese, in corrispondenza di un principio di mutualità tra le imprese assicuranti, che – salvaguardando l'equilibrio finanziario dell'ente assicuratore e ripartendo gli effetti dei sinistri fra le imprese – consente di evitare che l'assenza di eventi dannosi per una pluralità di imprese e la conseguente riduzione contributiva, eventualmente assai consistente nel complesso, si traduca in un pesante aggravio per le imprese colpite da sinistri o si ripercuota sul bilancio dell'ente assicuratore, mentre l'assenza di sinistri per la singola azienda, può eventualmente comportare per quest'ultima il beneficio di una riduzione del tasso, una volta che questo sia stato determinato previa inclusione della detta riserva (ex art. 20, comma 4, del citato d. m. del 1988)». La decisione medesima non è andata esente da critiche. In particolare è stata contestata al giudice della Suprema Corte la scarsa conoscenza dei complessi meccanismi che disciplinano proprio il tasso specifico aziendale soprattutto alla luce delle innovazioni introdotte con il d.m. 12 dicembre 2000 (cfr. L. VENDRAMIN, *Ancora sui premi indebitamente pagati all'Inail: le sezioni unite della cassazione*, in www.legalionline.it, consultato giugno 2009).

Al di là delle critiche possibili sta di fatto, però, che il principio di diritto fissato dalla Suprema Corte ha coagulato intorno a sé il punto di vista dei più elidendo sostanzialmente ogni veduta contraria coerentemente peraltro con il disposto normativo di cui all'art. 22 del d.m. 12 dicembre 2000. Il principio di diritto posto dalla Corte di Cassazione a sezioni unite civili con la sentenza 11 giugno 2001 n. 7853 è infatti seguito da tutta la giurisprudenza di legittimità successiva. Anche il quadro normativo che risulta su tale argomento dai testi legislativi, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, è chiaro ed univoco (cfr. artt. 39 e 44, d.P.R. n. 1124/1965, e i decreti ministeriali contenenti le tariffe per il calcolo dei premi succedutesi nel tempo ex art. 40 del citato decreto, tra cui, in particolare, il d.m. 18 giugno 1988, applicabile *ratione temporis*, e il d.m. 12 dicembre 2000, avente valore interpretativo dei precedenti).

Il comma 2 dell'art. 39, d.P.R. n. 1124/1965, dispone che «le tariffe dei premi e dei contributi sono determinate in modo da ricomprendere l'onere finanziario previsto corrispondente agli infortuni del periodo di assicurazione». Il successivo art. 40 prevede, al comma 1, che le suddette tariffe «e le relative modalità di applicazione sono approvate con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale su delibera dell'Inail», e, al comma 3, che «la tariffa stabilisce tassi di premio corrispondenti al rischio medio nazionale delle singole lavorazioni assicurate, in modo da comprendere l'onere finanziario di cui al secondo comma dell'art. 39». Infine, il successivo art. 41 dispone che il «premio di assicurazione è dovuto dal datore di lavoro in base al tasso di premio previsto dalla tariffa di cui al precedente articolo, e applicato dall'Inail nella misura, con le modalità, e secondo le condizioni della tariffa stessa sull'ammontare complessivo delle retribuzioni effettivamente corrisposte o convenzionali, o comunque dovute ai sensi di legge per tutta la durata dei lavori ai prestatori d'opera compresi nell'obbligo di assicurazione».

Il tasso medio nazionale è costituito da una frazione al cui numeratore ci sono gli oneri sostenuti dall'Inail in un triennio per gli eventi (infortuni e malattie professionali) manifestatisi in relazione ad una specifica lavorazione ed al denominatore le retribuzioni corrisposte a livello nazionale per quella lavorazione. Gli oneri si dividono in *diretti* che sono quelli rapportabili ad infortuni e malattie professionali per i quali è possibile una imputazione diretta ad una specifica voce di tariffa e quindi ad una specifica lavorazione. Gli

oneri diretti sono le prestazioni economiche (il valore capitale delle rendite dirette e a superstiti, l'indennità di temporanea, il valor capitale per assegni mensili per l'assistenza personale continuativa, gli assegni funerari) e le prestazioni sanitarie (le spese per accertamenti medico-legali, farmaceutiche, protesi, e il contributo al Fondo Sanitario Nazionale). Dal rapporto tra oneri diretti e retribuzioni si ottiene il c.d. tasso puro di tariffa.

Anche la *riserva sinistri* che pure si computa tra gli oneri si compone di oneri diretti relativi però ad *eventi ancora da definire o in corso di definizione* ma rapportabili all'esercizio di riferimento. Per garantire la copertura delle uscite (prestazioni economiche e sanitarie) relative a tali eventi detti oneri devono essere valutati per essere iscritti nel passivo di bilancio. L'insieme di queste somme relative a prestazioni ancora da erogare parzialmente o totalmente costituisce la riserva sinistri. L'ammontare dell'onere ad essa correlato è determinato con metodi statistici ed attuariali per ciascun tipo di prestazione. L'imputazione a ciascuna voce di lavorazione viene effettuata attraverso una percentuale da applicare agli oneri diretti. La percentuale risulta differenziata in relazione al tempo intercorrente tra data di denuncia e data di elaborazione tariffaria.

Ci sono infine gli *oneri indiretti* per i quali non è possibile l'attribuzione ad una specifica voce di tariffa e quindi ad una specifica lavorazione. Sono rappresentati dalle spese per accertamenti medico-legali, farmaceutiche e di protesi; dalle quote di integrazione delle rendite; dalle spese per la speciale gestione dei grandi invalidi del lavoro; dalle prestazioni economiche integrative e dagli interventi di assistenza e di servizio sociale; dalle spese generali di amministrazione e per la rivalutazione delle rendite; e, infine, dai contributi obbligatori erogati per legge in favore dello Stato e di altri enti o amministrazioni (quota del 75% degli oneri per silicosi). Gli oneri indiretti sono oneri a caricamento e sono attribuiti in proporzione agli oneri diretti della voce comprensivi della "riserva sinistri" ed attribuiti in proporzione alle masse salariali della voce.

La determinazione degli oneri finanziari viene effettuata, eccetto gli indennizzi in temporanea, tramite valori medi commisurati alle conseguenze dannose delle menomazioni (grado, durata) e alla tipologia d'indennizzo. I parametri dell'attuale tariffa (d.m. 12 dicembre 2000) fanno riferimento alla base dati del triennio 1995/1997 tenendo conto, per i salari di liquidazione delle rendite, delle nuove modalità di rivalutazione e delle ipotesi relative agli incrementi previsti per il periodo 2000/2002 tempo per il quale era prevista la vigenza della tariffa del 2000 dopo però mai più aggiornata.

Gli stessi criteri, elementi e norme adottati per il calcolo del tasso medio nazionale che è riferito ad una lavorazione vengono in considerazione per il tasso specifico aziendale che ha come riferimento l'andamento infortunistico di una singola azienda. In merito la tariffa del 2000 chiarisce espressamente nel già citato art. 22, comma 3, che gli oneri presunti debbono essere calcolati a stima su base nazionale ed attribuiti alle singole posizioni assicurative con criterio statistico-attuariale.

E, dunque, al fine della determinazione del contributo previdenziale, il tasso specifico aziendale va calcolato tenendo conto della riserva sinistri, da includere nel calcolo anche quando nell'azienda e nel periodo considerato non si siano verificati infortuni.

3. Su questo punto il giudice di prime cure condivide quell'indirizzo giurisprudenziale che considera la proposizione della domanda di riduzione del tasso di premio condizione di procedibilità anche se non ignora anzi cita il diverso indirizzo che nega la necessità della previa proposizione della domanda di riduzione del tasso.

Fa rinvio, a sostegno, all'art. 26 del d.m. 12 dicembre 2002 da tempo ormai peraltro abrogato per effetto dell'entrata in vigore del d.P.R. n. 314/2001 che, disciplinando la materia dei ricorsi in tema di classificazione tariffaria e di oscillazione tasso, in qualche modo comunque indirettamente rafforza l'idea della necessità di esperire previamente la procedura amministrativa funzionale anche a fini deflattivi del contenzioso in sede giurisdizionale.

La Suprema Corte ha affermato che in mancanza della domanda di riduzione del tasso di premio non solo non è configurabile la ripetibilità di quanto versato in eccedenza rispetto a quanto sarebbe stato dovuto in caso di applicazione del tasso specifico, ma che non è neppure ammissibile il ricorso all'azione generale di arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c., non potendosi ritenere privi di giuridica giustificazione i maggiori introiti dell'Istituto e il maggiore esborso del datore di lavoro (Cass. 25 ottobre 1997, n. 10519).

L'onere di presentazione di una domanda di riduzione del premio da parte del datore di lavoro viene giustificato con l'esigenza dell'Istituto assicuratore della certezza giuridica dei rapporti, anche ai fini della quadratura del bilancio (Cass. 28 dicembre 1999, n. 14625; Cass. 20 gennaio 2000, n. 630; Cass. 2 ottobre 2000, n. 13047; Cass. 20 ottobre 2000, n. 13901).

4. L'argomento come rilevato dallo stesso giudice che ha redatto la decisione in commento è stato più volte affrontato dalla Suprema Corte e le conclusioni cui la medesima è sul piano generale pervenuta possono essere riassunte in quanto segue.

In tema di tariffe dei premi dovuti dal datore di lavoro all'Inail, il provvedimento dell'Istituto assicuratore di variazione dei tassi, ai sensi dell'art. 40 del d.P.R. n. 1124/1965, deve essere emanato secondo le modalità applicative previste nel decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale (il quale costituisce un testo di norme regolamentari con rilevanza esterna le cui violazioni sono valutabili da parte della Corte di Cassazione), secondo le cui disposizioni, per essere valido ed efficace deve essere spedito al datore di lavoro con lettera raccomandata (con avviso di ricevimento) entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di decorrenza della modificazione del tasso e deve contenere una adeguata motivazione secondo quanto previsto anche dall'art. 3 della l. 241/1990, inoltre alla mancanza di motivazione non potrebbe sopperirsi attraverso la documentazione esibita in giudizio dall'Inail perché, ai sensi dell'art. 45 dello stesso d.P.R. n. 1124/1965, la data di ricezione della comunicazione del provvedimento *de quo* rileva ai fini della decorrenza del termine di trenta giorni entro il quale il datore di lavoro può proporre ricorso alla commissione prevista dall'art. 39, comma 3, dello stesso d.P.R. e pertanto per consentire all'interessato di far valere le proprie ragioni sarebbe indispensabile per l'interessato una adeguata motivazione in merito alla variazione di tasso disposta.

L'onere dell'Inail è adempiuto tempestivamente con riferimento alla data di spedizione.

Si è sostenuto da parte della Suprema Corte che si è in presenza non di un atto negoziale recettizio (art. 1334 c.c.), ma di un atto amministrativo contemplato dalla legge al fine di rendere liquida ed esigibile un'obbligazione *ex lege*, da considerare emanato nel rispetto del termine perentorio normativamente disposto per la sua efficacia ove sia tempestivamente avviato il procedimento previsto per la sua comunicazione (la consegna all'ufficio postale), in modo, del resto, conforme ai principi generali più volte enunciati dalla giurisprudenza costituzionale (C. Cost. 3 marzo 1994, n. 69; C. Cost. 22 ottobre 1996, n. 358; C. Cost. 26 novembre 2002, n. 477 e C. Cost. 23 gennaio 2004, n. 28).

In base al d.m. 18 giugno 1988 l'Inail doveva emettere un provvedimento motivato con tutti i dati giustificativi nei seguenti casi: a) all'inizio del rapporto assicurativo, e cioè quando, dopo la denuncia dei lavori da parte del datore, l'Istituto comunica la voce ed il corrispondente tasso di premio applicato ai lavori denunciati (art. 9, comma 2, del citato decreto del 1988); b) nel caso in cui l'Istituto accerti che la classificazione e la relativa tassazione applicate sono errate, nel qual caso procede alla riclassificazione dandone comunicazione al datore di lavoro con provvedimento adeguatamente motivato (art. 13 del citato decreto del 1988); c) in caso di aumento ovvero di oscillazione del tasso medio (artt. 18, 19, 20 e 21 del decreto) per tenere conto del rapporto tra premi versati ed oneri sostenuti dall'Istituto. In tutti questi casi la motivazione del provvedimento di variazione è necessaria per consentire al datore di verificare la congruità della quantificazione operata dall'Ente e di contestarne la correttezza attraverso i rimedi previsti dalla legge, ossia

attraverso il tempestivo ricorso alla commissione prevista dall'art. 39 del d.P.R. n. 1124/1965 (ora abrogato dall'art. 6 del d.P.R. n. 314/2001), ovvero attraverso la opposizione da presentare direttamente all'Inail, come previsto dall'art. 22 del citato decreto del 1988.

Le fonti normative prescrivono, dunque, puntuali requisiti di forma (tra i quali, segnatamente, l'adeguata motivazione) da osservare perché all'atto sia collegato l'effetto costitutivo in ordine al *quantum* dovuto al datore di lavoro a titolo di premio (vedi Cass. 4 aprile 1997, n. 2956; Cass. 1° aprile 1995, n. 3852; Cass. 20 aprile 1995, n. 4414; Cass. 5 ottobre 1992, n. 10882 e Cass. 9 giugno 1988, n. 3913).

Come rilevato dal giudice estensore della presente decisione, ai sensi del d.m. 18 giugno 1988, tale ultima prescrizione può dirsi rispettata soltanto quando il provvedimento contiene fin dal momento della sua emissione tutti gli elementi indicati dall'art. 21 del d.m. 18 giugno 1988 (Cass. 26 settembre 1998, n. 9660, citata in motivazione).


L'attuale tariffa (d.m. 12 dicembre 2002) sostanzialmente conferma all'art. 23 i criteri di cui all'art. 21 del precedente decreto ministeriale e statuisce che il provvedimento di comunicazione di oscillazione tasso per andamento infortunistico, motivato con la indicazione delle retribuzioni, del numero dei casi di inabilità temporanea, di inabilità permanente e di morte, nonché dei relativi oneri, compresa la riserva sinistri, del numero dei lavoratori anno e del tasso specifico aziendale di ciascun anno e del triennio o del minor periodo interessato è spedito al datore di lavoro con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, entro il 31 dicembre ed ha effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello di spedizione.

Nel caso di specie oggetto della decisione in commento, come detto all'inizio, l'Istituto non è stato in grado di comprovare la ricorrenza di dette circostanze. Ciò ha determinato la condanna dell'Istituto medesimo al pagamento di quanto ivi statuito.

Silvana Toriello


Dirigente dell'Ufficio Tariffe della Direzione Centrale Rischi dell'Inail

3. Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie

3.1. Cass. 13 gennaio 2009, n. 488 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie - Lavoratori disabili - Obbligo di assunzione - Provvedimento di avviamento - Richiesta di avviamento da parte del datore di lavoro - Presupposto di legittimità - Sussistenza - Presupposto del diritto soggettivo al posto di lavoro - Sussistenza - Costituzione del rapporto di lavoro *ex lege* - Esclusione.

*L'art. 11, l. n. 482/1968 impone ai datori di lavoro privati con più di 35 dipendenti di assumere i lavoratori rientranti nelle categorie protette, mentre il successivo art. 16, comma 4, stabilisce che le aziende private, tenute all'obbligo di assunzione del personale protetto, devono rivolgere la richiesta agli Uffici provinciali del lavoro. Anche in assenza del requisito dimensionale, il datore di lavoro che inoltri tale richiesta diviene soggetto all'obbligo di assunzione, salvo revoca anteriore al provvedimento di avviamento al lavoro dell'UPLMO. La suddetta richiesta deve contenere l'inequivoca manifestazione della volontà di domandare l'avviamento del personale protetto, e costituisce indefettibile presupposto di legittimità del provvedimento di avviamento. Da tale provvedimento deriva il diritto soggettivo al posto di lavoro per il lavoratore e l'obbligo per il datore di lavoro di assumerlo, ma non anche la costituzione del rapporto di lavoro, che non avviene *ex lege*, mantenendo la sua natura contrattuale.*

3.2. Cass. 13 gennaio 2009, n. 488 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

Lavoratori disabili e affetti da gravi patologie - Lavoratori disabili - Obbligo di assunzione - Natura contrattuale - Inadempimento del datore di lavoro - Conseguenze - Risarcimento del danno - Onere della prova.

Avendo l'assunzione dei lavoratori appartenenti alle categorie protette natura contrattuale, in caso di inadempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di assunzione del lavoratore avviato ai sensi della l. n. 482/1968, questi ha soltanto diritto ad ottenere l'integrale risarcimento del pregiudizio patrimoniale subito durante tutto il periodo in cui si è protratta l'inadempienza del datore medesimo ai sensi degli artt. 1226 e 1227 c.c. Pregiudizio che può essere in concreto determinato, senza bisogno di una specifica prova del lavoratore, sulla base del complesso delle utilità che il lavoratore avrebbe potuto conseguire, ove tempestivamente assunto, mentre spetta al datore provare l'aliunde perceptum, oppure la negligenza del lavoratore nel cercare altra proficua occupazione.

(3.1. – 3.2.) Obbligo di assunzione del lavoratore disabile: presupposti e conseguenze in caso di inadempimento

Sommario: **1.** Il caso. – **2.** Della richiesta di assunzione *ex art.* 16 della l. n. 482/1968. – **3.** Del diritto all'assunzione e della sua incoercibilità. – **4.** Conseguenze del mancato avviamento: prova del danno e misura del risarcimento.

1. Nella sentenza in esame, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione si pronuncia nuovamente in materia di lavoro dei disabili, relativamente a un'ipotesi di mancata assunzione, realizzatasi sotto la vigenza della l. n. 482/1968 (*Disciplina generale delle assunzioni obbligatorie presso le pubbliche amministrazioni e le aziende private*).

Al ricorso intentato dalla lavoratrice per ottenere il risarcimento dei danni subiti, l'Azienda rispondeva deducendo la non applicabilità nei propri confronti degli obblighi derivanti dalla suddetta legge, stante la mancanza del requisito dimensionale dei trenta-cinque dipendenti (riferiva di averne solo ventuno), eccepiva, poi l'omessa comunicazione da parte dell'UPLMO del provvedimento di avviamento al lavoro della ricorrente.

Tali assunti difensivi venivano giudicati ininfluenti, nel corso del giudizio di merito, ritenendo il Magistrato che con la operata richiesta di avviamento di personale protetto l'Azienda avesse manifestato in modo esplicito la volontà di aderire agli obblighi imposti da quella disciplina, volontà in seguito sostanzialmente confermata dal fatto che la stessa richiesta non fosse stata revocata prima dell'atto di avviamento al lavoro. Allo stesso modo il giudice rilevava come la ricorrente si fosse presentata presso l'Azienda «per essere assunta» e recando con sé il relativo nullaosta rilasciato dall'Ufficio, che consegnava al personale aziendale. Ne derivava la piena conoscenza aziendale del provvedimento dell'UPLMO.

Alla luce di tanto, veniva riconosciuta la responsabilità datoriale con sussistenza di danni in misura pari alle retribuzioni dovute per l'inquadramento al livello iniziale delle mansioni impiegate.

Investita del giudizio, la Corte di Cassazione ha esaminato i cinque motivi sollevati nel ricorso aziendale, e i due motivi di ricorso incidentale della lavoratrice. I profili di impugnativa, che la Corte ha provveduto a riunire ed esaminare in base a ragioni di ordine logico, riguardano aspetti di diritto sia sostanziale, sia processuale.

2. Il primo motivo esaminato attiene al valore della richiesta operata dall'Azienda all'UPLMO per l'assunzione di un lavoratore disabile, ai sensi dell'art. 16 della l. n.

482/1968, e alle conseguenze della mancata assunzione, in presenza di nullaosta rilasciato dal medesimo ufficio.

La Corte precisa che «detta richiesta, da distinguersi dalle denunce semestrali del personale occupato, per essere considerata tale deve contenere l'inequivoca manifestazione della volontà di domandare l'avviamento del personale protetto e [...] costituisce l'indefettibile presupposto di legittimità del provvedimento di avviamento da parte dell'Ufficio provinciale del lavoro».

Conclusioni similari a queste erano già state raggiunte in numerose precedenti pronunce di legittimità, peraltro, anche espressamente richiamate dalla Corte (il riferimento è a Cass. 16 maggio 1998, n. 4953, ma cfr. anche Cass. 11 dicembre 1987, n. 9207, in *OGI*, 1988, 651), nonché dalla Corte Costituzionale (C. Cost. 30 dicembre 1987, n. 622, in *RIDL*, 1988, II, 324), secondo la quale «è imprescindibile che l'atto di avviamento risponda a una esplicita richiesta, con cui l'imprenditore manifesti le concrete esigenze aziendali, non potendosi accollare al medesimo oneri di natura assistenziale».

Sulla scorta di tali principi, i Giudici hanno confermato le conclusioni del giudizio di merito circa il mancato raggiungimento del requisito dimensionale di cui all'art. 11 della legge del 1968 (21 dipendenti in luogo dei prescritti 35) e la mancata conoscenza del rilascio del nullaosta da parte dell'UPLMO. Tanto, rispettivamente, in ragione della effettiva proposizione della richiesta – in assenza di qualsivoglia prova di erroneità della stessa – e della consegna da parte della lavoratrice all'Azienda del nullaosta all'assunzione.

3. «Da tale provvedimento [spiega la Corte] *deriva poi il diritto soggettivo al posto di lavoro per il lavoratore e l'obbligo per il datore di lavoro di assumerlo, ma non anche la costituzione del rapporto di lavoro, che non avviene ex lege, mantenendo la sua natura contrattuale*».

La tesi della sostanziale incoercibilità, *ex art. 2932 c.c.*, della costituzione del rapporto di lavoro con un disabile, pur in presenza di una richiesta di avviamento e della concessione del relativo nullaosta, è frutto delle medesime elaborazioni svolte in relazione al collocamento ordinario, in ipotesi di richiesta numerica, attestatesi nel senso che la richiesta datoriale non si identifica con una proposta contrattuale e l'atto di avviamento configura una mera autorizzazione a stipulare il contratto (E. GHERA, *Collocamento ed autonomia privata*, Jovene, Napoli, 1970), vero titolo costitutivo del rapporto di lavoro. Tali conclusioni si fondano sul rilievo che la richiesta di avviamento sarebbe priva degli elementi contrattuali del rapporto, in primo luogo l'indicazione delle mansioni di assegnazione, impedendo di ipotizzare l'esistenza di una completa volontà contrattuale.

In realtà, nel corso delle prime pronunce in merito, la Cassazione aveva affermato la applicabilità dell'esecuzione in forma specifica, subordinandola alla verifica dell'esistenza delle condizioni di applicazione (Cass. 22 gennaio 1979, n. 497, in *RGL*, II, 1979, 943), tesi ben presto temperata nel senso della sostanziale inutilizzabilità dell'art. 2932 c.c. (così, tra le altre: Cass., sez. un., 7 marzo 1979, n. 1766, in *RGL*, 1979, II, 474, e tra le tante: Cass. 05 novembre 1987, n. 8120, e 3 marzo 1992, n. 2568. Allo stesso modo, tra la giurisprudenza di merito: Trib. Parma 30 luglio 1984, n. 255, in *L80*, 1984, 1064. In senso contrario si segnala: Pret. Bologna 4 aprile 1984, in *L80*, 1984, 776, secondo la quale il rapporto si costituirebbe per atto amministrativo, «eventualmente in subordine ove il soggetto obbligato non dia spontaneamente corso all'assunzione», nonché Pret. Milano 14 gennaio 1995, in *RCDL*, 1995, 589. Per una esauriente ricostruzione dell'*excursus* giurisprudenziale in materia cfr. A. SGROI, *Note in tema di esecuzione specifica del contratto preliminare di lavoro*, in www.ambientediritto.it).

Ebbene, tale costruzione, autorevolmente e diffusamente sostenuta (G. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, in *EGT*, 1988, vol. III, 9), rischia di vacillare ove raffrontata con la disciplina introdotta dalla l. n. 68/1999 (*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*) che ha riformato la materia.

Basti la lettura del comma 3 dell'art. 9, ai sensi del quale «la richiesta di avviamento al lavoro si intende presentata anche attraverso l'invio agli uffici competenti dei prospetti informativi di cui al comma 6 da parte dei datori di lavoro», prospetti che, tra le altre informazioni, devono contenere «anche l'indicazione delle mansioni disponibili in Azienda». In tale novità parte della dottrina ha riconosciuto un fondamentale contributo alla individuazione degli elementi del futuro rapporto contrattuale, utile a fondarne la costituzione forzosa da parte del giudice (A. TURSÌ, *La nuova disciplina del lavoro dei disabili*, in *RGL*, 1999, 727). La tesi, avanzata anche da chi in passato si era espresso diversamente (D. GAROFALO, *Disabili e lavoro. Profilo oggettivo e sanzioni*, in *DPL*, 1999, 38, inserto, XVIII) trova il sostegno di una parte della giurisprudenza di merito *pre* e *post* riforma (cfr. *supra*, ma anche Trib. Milano 21 giugno 2000, in *LG*, 2001, 88, e Pret. Milano 18 luglio 1995, in *RCDL*, 1996, 131) ma appare forse poco aderente all'impostazione della l. n. 68/1999, che, pur inasprendo le sanzioni a carico del datore di lavoro in caso di mancata assunzione, in alcun punto prevede ipotesi di costituzione *ope iudicis* del rapporto (in proposito, cfr. le osservazioni di P. PASSALACQUA, *Modalità di assunzioni obbligatorie e obblighi dei datori di lavoro*, in M. CINELLI, P. SANDULLI (a cura di), *Diritto al lavoro dei disabili*, Giappichelli, Torino, 2000, 333-334).

4. L'incoercibilità della costituzione del rapporto di lavoro comporta il sorgere a favore del disabile avviato del diritto al risarcimento del danno, la Corte lo afferma ancora una volta con chiarezza: «[...] di conseguenza, in caso di inadempimento da parte del datore di lavoro all'obbligo di assunzione del lavoratore avviato, questi ha soltanto diritto di ottenere l'integrale risarcimento dei danni».

In risposta alle istanze degli eredi del datore di lavoro, volte ad ottenere la limitazione del risarcimento ad un massimo di sei mesi, sulla scorta di un presumibile altro avviamento al lavoro della lavoratrice, i Giudicanti hanno ribadito il proprio orientamento secondo il quale l'obbligo risarcitorio in questione, *riveniente da responsabilità contrattuale*, riguarda l'«intero pregiudizio patrimoniale che il lavoratore ha conseguenzialmente subito durante tutto il periodo in cui si è protratta l'inadempienza del datore di lavoro medesimo: pregiudizio che può essere in concreto determinato, senza bisogno di una specifica prova del lavoratore, sulla base del complesso delle utilità (salari e stipendi) che il lavoratore avrebbe potuto conseguire, ove tempestivamente assunto, mentre spetta al datore di lavoro provare l'*aliunde perceptum*, oppure la negligenza del lavoratore nel cercare altra proficua occupazione. [...] La relativa quantificazione, trattandosi di responsabilità contrattuale, va effettuata ai sensi degli artt. 1226 e 1227 c.c. e commisurata a tutto il pregiudizio patrimoniale risentito dal lavoratore durante l'intero periodo di inosservanza, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di assunzione, perciò alle retribuzioni mensili e sino alla pronuncia di secondo grado».

Il dibattito sulla determinazione della misura del risarcimento del danno occorso al lavoratore avviato ma non assunto ha visto il proporsi di numerose diverse opzioni interpretative.

La tesi che fa riferimento alle retribuzioni cui il disabile avrebbe avuto diritto in caso di assunzione è stata oggetto già in passato di critiche da parte di chi nella stessa ha visto il sostanziale superamento della incoercibilità dell'obbligo di assunzione, con la determinazione, ad opera del giudice, del contenuto di un rapporto mai venuto ad esistenza (così L. MONTUSCHI, *Il giudice, il collocamento e il mercato del lavoro*, in *QDLRI*, 1987, 194, e E. PASQUALETTO, *Note in tema di responsabilità del datore di lavoro per mancata assunzione del prestatore avviato in regime di obbligatorietà*, in *CG*, 199, I, 2437). Preferibili, in tale ottica, sono state ritenute le opzioni interpretative che tengono in qualche modo conto dell'eventuale condotta colposa del lavoratore per individuare la parte di danno che con l'ordinaria diligenza avrebbe potuto essere evitata, si pensi alla mancata reinscrizione nelle liste di collocamento o al lavoratore che ha lasciato trascorrere troppo tempo tra il

rifiuto all'assunzione e la domanda giudiziale (cfr. in tal senso Cass. 6 novembre 1994, n. 10072, in *RIDL*, 1995, II, 289, con nota di M. CARO, *Puntualizzazioni in materia di assunzioni obbligatorie*; e tra le tante più di recente Cass. 7 giugno 2005, n. 11774, in *GD*, 2005, n. 28, 75).

Quanto alla prova dell'*aliunde perceptum* o della condotta negligente, la determinazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. è stata ritenuta nella piena disponibilità del giudice «anche in difetto di una espressa eccezione di controparte in ordine al *quantum*, essendo sufficiente che vi sia stata la rituale allegazione dei fatti rilevanti e che gli stessi risultino provati» (Cass. 11 novembre 2002, n. 15838, in *MGL*, 2003, 52). In proposito si segnala anche quella giurisprudenza (App. Roma 4 marzo 2006), secondo la quale «anche in difetto di esplicita richiesta sul punto da parte del datore, il risarcimento può essere limitato a due anni di retribuzione, quale tempo medio utile (nella zona, per la pregressa esperienza di lavoro, e per l'età del lavoratore) per reperire nuova occupazione, considerando il lungo tempo trascorso dal licenziamento (quasi sei anni) e l'oggettiva impossibilità di sostentarsi nel corso di tale periodo, se non attraverso il reddito proveniente da altra occupazione».


Nel giudizio che occupa, la Corte ha respinto l'eccezione datoriale sul punto, per mancato raggiungimento della prova. Quanto alla misura del risarcimento riconosciuto, non volendo affermare nei fatti quanto negato in diritto a proposito della incoercibilità dell'obbligo di assunzione, ha individuato il confine temporale del suddetto obbligo nella «pronuncia di secondo grado». Si tratta di una tesi già consolidata in decisioni anche espressamente richiamate (cfr. Cass. 8 novembre 1998, n. 1877, in *RIDL*, 1999, II, 495, con nota di V. MARINO, *Rifiuto di assunzione obbligatoria e limiti al risarcimento*), che fondano l'individuazione di un convenzionale *dies ad quem* sulla presunta assenza, per il periodo successivo alla conclusione del giudizio di merito, del «requisito della attualità e della certezza della proiezione nel futuro dell'evento lesivo costituito dall'ingiusto stato di disoccupazione».

Infine, anche l'ultimo profilo di impugnativa sollevato dagli eredi del datore di lavoro e riguardante il preteso pregiudizio, subito in ragione dell'avvenuto allungamento della durata del giudizio dovuto alla intercorsa sostituzione del magistrato è stato respinto. Tanto ancora una volta in ossequio a principi di diritto già affermati in passato e secondo i quali «tali conseguenze non possono essere imputate al lavoratore tutte le volte che – sia che si tratti di inerzia endoprocessuale che di inerzia preprocessuale – le norme attribuiscono poteri paritetici al datore di lavoro per la tutela dei propri diritti e per la riduzione del danno» in presenza di norme che regolano l'iter processuale (cfr. Cass. 11 maggio 2005, n. 9898, in *GLav*, 2005, n. 31, 30).

Antonella Giuffrè


Dottore di ricerca in Diritto del Welfare State

4. Lavoro a termine

4.1. Trib. Roma 21 ottobre 2008, n. 16604 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 5).

Lavoro a termine - Ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ex art. 1, d.lgs. n. 368/2001 - Contestazione - Ripartizione dell'onere della prova - Datore di lavoro - Carenza di prova - Illegittimità dell'apposizione del termine - Conseguenze ex art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001.

Nel quadro normativo delineato dal d.lgs. n. 368/2001 è necessario che il datore di lavoro, in caso di contestazione, fornisca la prova di aver effettivamente utilizzato il lavoratore assunto a termine per ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, come previsto dall'art. 1 del decreto medesimo. In mancanza di tale prova, sussiste l'illegittimità dell'apposizione del termine, che nella specie va sanzionata secondo quanto prevede l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21 del d.l. n. 112/2008, vale a dire con la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità economica di importo compreso tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

4.2. Trib. Roma 21 ottobre 2008, n. 16604 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 5).

Lavoro a termine - Illegittimità dell'apposizione del termine - Conseguenze - Art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 - Applicabilità - Censure di illegittimità costituzionale - Infondatezza - Motivi.

L'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001 si sottrae a qualsiasi censura di illegittimità costituzionale, in quanto norma meramente transitoria, dettata per far fronte ad una situazione eccezionale. Essa ha lo scopo di arginare l'eccessivo ampliamento dell'organico di imprese di rilevanza nazionale che si produrrebbe nel caso di trasformazione, all'esito del contenzioso attualmente in corso, di numerosi contratti a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, con possibili conseguenze pregiudizievoli sulla situazione economica generale e sulla competitività delle imprese stesse.

(4.1. – 4.2.) La disciplina sanzionatoria del lavoro a termine: profili di contrasto giurisprudenziale sulla questione di legittimità costituzionale

Sommario: **1.** La fattispecie. – **2.** La violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. – **3.** Le conseguenze sanzionatorie: applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001. – **4.** *Segue:* i dubbi di legittimità costituzionale rilevati dalla giurisprudenza di merito. – **5.** Le posizioni della dottrina. – **6.** Una decisione in controtendenza. – **7.** Osservazioni conclusive.

1. La sentenza in epigrafe si segnala per la particolare interpretazione che viene fornita di una recente norma di legge, contenente disposizioni transitorie in tema di contratto di lavoro a termine – art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21 del d.l. n. 112/2008 (a sua volta convertito dalla l. n. 133/2008) – la quale ha già dato adito ad un intenso dibattito, sia in ambito dottrinale che giurisdizionale. Sono infatti ormai numerose le pronunce dei giudici del lavoro che si sono occupate della disposizione in questione, in prevalenza per sottolinearne alcuni profili di incostituzionalità (vedi *infra*).

Il caso di specie riguarda una dipendente di Poste Italiane S.p.A., con mansioni di portaflettere ed inquadrata nell'area operativa, la quale era stata assunta con contratto di lavoro a termine ai sensi “della vigente normativa”, sulla base di una causale del tutto generica (per quanto assai ricorrente), riferita ad “esigenze tecniche, organizzative e produttive anche di carattere straordinario”, conseguenti a processi di riorganizzazione derivanti da “innovazioni tecnologiche o sperimentazione di nuovi prodotti e servizi”.

Si tratta, com'è evidente, di una formulazione tanto ampia ed onnicomprensiva quanto indeterminata, che non è inusuale ritrovare sia nell'ambito di realtà imprenditoriali di grandi dimensioni (quali appunto Poste Italiane S.p.A.) che della pubblica amministrazione.

Il giudice del lavoro, non avendo trovato un riscontro della fondatezza della predetta causale nella deposizione dell'unico teste indicato dalla società resistente – il quale non aveva saputo ricollegare l'intervenuta riorganizzazione né alla persona della ricorrente, né ad assunzioni a termine – perviene alla conclusione che Poste Italiane S.p.A. abbia violato l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, in quanto la stipulazione del contratto di lavoro a termine è avvenuta in carenza delle ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive imposte dalla predetta norma.

2. Il Tribunale muove dall'assunto secondo il quale, anche nel nuovo contesto legislativo delineato dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, il datore di lavoro che assume a termine è tenuto a provare di aver effettivamente utilizzato il lavoratore per una delle ragioni indicate dall'art. 1 del decreto medesimo (in senso conforme, tra le più recenti, Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, e Cass. 17 giugno 2008, n. 16396). Tale opinione è rafforzata dal principio del *favor* per il contratto a tempo indeterminato, ribadito dall'art. 39 della l. n. 247/2007, che a tal fine, com'è noto, ha inserito un apposito comma nell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001. Sul punto non ha inciso la precisazione aggiunta dall'art. 21 della l. n. 133/2008, secondo cui le ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive possono anche essere riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro.

Precisa poi il Tribunale di Roma che, nella specie, la formulazione impiegata dalle parti contraenti – le quali hanno fatto esplicito riferimento alla “vigente normativa” – deve intendersi riferita esclusivamente alla fonte legislativa, l'unica in grado di produrre “norme” giuridiche in senso proprio; a nulla rilevando, in contrario, il disposto dell'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001, secondo il quale è consentito, in via transitoria, fare riferimento alle ipotesi di legittima apposizione del termine contenute nella contrattazione collettiva, in base all'(abrogato) art. 23, comma 1, della l. n. 56/1987. La possibilità di (continuare a) far riferimento alle disposizioni negoziali, fino alla loro naturale scadenza, ha, secondo il giudice, una valenza soltanto transitoria, consentendo in qualche modo al datore di lavoro di “tipizzare” le ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive in presenza delle quali è consentita l'apposizione del termine.

L'accertata violazione, nei termini suddetti, da parte di Poste Italiane S.p.A., dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, per inesistenza, in concreto, delle ragioni giustificative richieste da tale norma di legge, porta ovviamente il Tribunale ad esaminare le conseguenze sanzionatorie da porre a carico della società datrice di lavoro. Conseguenze che il giudice ritiene, correttamente, di dover individuare nell'ambito della previsione di cui all'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21, d.l. n. 112/2008 (a sua volta convertito dalla l. n. 133/2008): la società convenuta viene quindi condannata a versare alla lavoratrice un'indennità pari a 4 mensilità di retribuzione globale di fatto, tenuto conto delle dimensioni dell'azienda, della durata del contratto a termine e del tempo trascorso dalla sua scadenza.

3. L'art. 21 del d.lgs. n. 368/2001 introduce, come detto, nel contesto del d.lgs. n. 368/2001 una disposizione dichiaratamente transitoria (appunto l'art. 4-bis) secondo la quale, limitatamente ai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della norma stessa (25 giugno 2008), e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di soccombenza del datore di lavoro per accertata violazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, quest'ultimo sarà tenuto unicamente ad indennizzare il lavoratore per un importo variabile tra 2,5 e 6 mensilità di retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966 (e cioè dimensioni dell'impresa, numero dei lavoratori occupati, anzianità di servizio del dipendente, comportamento e condizioni delle parti).

Si tratta, in sostanza, di un'estensione, sia pure in via transitoria, del regime di stabilità c.d. obbligatoria, prevista per il licenziamento individuale illegittimo, perlomeno con riferimento alla misura indennitaria ed ai criteri di definizione (cfr. M. PAPALEONI, *Commento all'art. 4 bis d.lgs. n. 368/2001*, in M. GRANDI, G. PERA (a cura di), *Commentario*

breve alle leggi sul lavoro, Cedam, Padova, 2009, 2128). In questo caso però, a differenza di quanto avviene in materia di licenziamenti, i presupposti applicativi prescindono dal requisito dimensionale; il numero dei dipendenti occupati e le dimensioni dell'azienda operano solamente quale criterio (peraltro in concorso con altri) di definizione dell'ammontare risarcitorio.

Come si è detto, il riferimento all'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001 nella fattispecie appare corretto, in quanto il ricorso introduttivo del giudizio risulta depositato nel febbraio 2007; non vi è dubbio quindi che la controversia in questione fosse da annoverarsi tra quelle "in corso" alla data di entrata in vigore del d.l. n. 112/2008. I dubbi riguardano piuttosto i profili di costituzionalità della norma transitoria contenuta nel richiamato art. 4-*bis*; e sotto questo aspetto si sono pronunciati già diversi giudici del lavoro (per una rassegna cfr. L. BIAGINI, *Al vaglio della Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 4-bis del decreto legislativo n. 368/2001, introdotto dall'articolo 21, comma 1-bis, della legge n. 133/2008*, che segue in *q. Osservatorio*).

4. La giurisprudenza ha, innanzitutto, affermato che la natura eccezionale e transitoria dell'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, non consente di farne applicazione al di fuori dei casi in essa considerati, che riguardano specificamente la violazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001 (vale a dire le ipotesi di legittima apposizione del termine e la disciplina della proroga). Sulla base di tale premessa, la Suprema Corte ha recentemente negato che la norma in questione potesse essere utilizzata nell'ipotesi di contratto a termine nullo in quanto stipulato (anche in questo caso presso Poste Italiane S.p.A.) in data posteriore alla scadenza dell'accordo sindacale che ne costituiva l'unico presupposto giustificativo e legittimante (Cass. 28 novembre 2008, n. 28450).

Ma le pronunce dei giudici di merito che si sono occupate *ex professo* dell'art. 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, hanno riguardato in prevalenza, come detto, i profili di illegittimità costituzionale della norma.

Conviene segnalare innanzitutto App. Milano 14 novembre 2008 (in *D&G*, 2008), la quale ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità in riferimento agli artt. 3, 24 e 117 Cost. La censura principale che viene mossa dalla Corte nei confronti dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 è quella di realizzare una inammissibile disparità di trattamento tra situazioni eguali, all'interno, cioè, dell'insieme indifferenziato dei lavoratori che abbiano stipulato un contratto a termine in violazione degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001. Sarebbe stata, infatti, creata una ingiustificata disparità di trattamento tra coloro che avevano una causa pendente alla data di entrata in vigore del d.l. n. 112/2008 (i quali hanno ricevuto o riceveranno un mero indennizzo economico) e coloro che, invece, hanno promosso ricorso giurisdizionale a partire dal giorno successivo, i quali avranno diritto ad ottenere la tutela ordinaria, fondata sulla nullità parziale e sulle conseguenze di diritto comune (Cass. 21 maggio 2008, n. 12985).

La violazione riguarderebbe quindi, sotto questo profilo, sia l'art. 3 sia l'art. 24 Cost.; infatti l'aver proposto tempestivamente ricorso giurisdizionale diventerebbe, irragionevolmente, fonte di trattamento deteriore per alcuni lavoratori, rispetto a coloro che invece – pur trovandosi in identica situazione – abbiano atteso l'entrata in vigore del d.l. n. 112/2008 prima di agire in giudizio.

In tal senso si sono espresse, oltre alla già citata App. Milano 14 novembre 2008, anche App. Roma 21 ottobre 2008; App. Torino 2 ottobre 2008; App. Bari 22 settembre 2008; Trib. Ascoli Piceno 30 settembre 2008, tutte pubblicate in *FI*, 2008, II, 3569, con commento di A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la "Realpolitik" delle regole*.

La giurisprudenza in questione nega, poi, l'eccezionalità dell'art. 4-*bis*, posto che esso riguarda i contratti a termine stipulati «con qualsivoglia datore di lavoro privato, in qualsivoglia settore economico» (così ancora App. Milano, 14 novembre 2008, cit.); ed anche

sotto il profilo della transitorietà, la disposizione viene contestata, posto che non vi è, a ben vedere, una nuova disciplina degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001 che sia destinata ad operare per il futuro, e che, quindi, necessiti di un periodo transitorio (in dottrina, in tal senso, F. BASENGHI, *Brevi riflessioni sull'articolo 4-bis del decreto legislativo n. 368 del 2001*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2008, 28).

Infine viene prospettato un contrasto tra l'art. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, e l'art. 117, comma 1, Cost. – che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti da obblighi internazionali – in relazione all'art. 6, § 1, della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950, la quale preclude al legislatore ogni intervento sui processi in corso, salvo che per “impellenti motivi di interesse generale”; motivi che, a parere della giurisprudenza, non sono riscontrabili nella fattispecie (vedi ancora App. Milano 14 novembre 2008, cit.).

5. Anche la dottrina che si è occupata dell'argomento ha rilevato puntualmente, e pressoché unanimemente, i numerosi dubbi di costituzionalità dell'art. 4-bis, specie in relazione alla disparità di trattamento che si profila tra giudizi in corso e controversie non ancora instaurate, per le quali (come si è visto) le eventuali conseguenze sanzionatorie a carico del datore di lavoro sono ben più incisive rispetto ad una mera indennità risarcitoria (cfr. G. FERRARO, *Il contratto a termine tormentato*, in *MGL*, 2008, 742; M. MAGNANI, A. BOLLANI, *I contratti di lavoro a termine nelle recenti riforme*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro e competitività*, Giappichelli, Torino, 2008, 367; F. BASENGHI, *op. loc. cit.*; M. PAPALEONI, *op. loc. cit.*; F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche e ambigue risposte del legislatore*, Working Paper C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” – IT, 2009, n. 85, 6).

Meno problemi pone invece la salvaguardia dei giudicati già formati, tenuto conto dell'indirizzo “conciliante” più volte manifestato dalla Corte Costituzionale nei confronti di norme retroattive o interpretative (sul quale vedi più ampiamente *infra*, § 7; in argomento cfr. ancora G. FERRARO, *op. loc. cit.*).

6. In questo contesto, la decisione del Tribunale di Roma di cui in epigrafe acquista particolare interesse, proprio perché si pone in netta controtendenza rispetto all'orientamento predominante.

Afferma infatti perentoriamente il Tribunale che l'art. 21 del d.l. n. 112/2008 «si sottrae a qualsiasi censura di illegittimità costituzionale», in quanto norma meramente temporanea, dettata per far fronte ad una situazione del tutto eccezionale. Essa avrebbe infatti lo scopo di arginare, nell'interesse generale, l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese che si produrrebbe nel caso di eventuale trasformazione, in esito al contenzioso attualmente in corso, di numerosi contratti a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Se ciò avvenisse, potrebbero verificarsi – nota ancora il Tribunale – conseguenze pregiudizievoli, a cascata, sulla situazione economica generale e sulla competitività delle imprese stesse; il contenzioso riguarda infatti «un alto numero di imprese, tra cui alcune di rilevanza nazionale e che perseguono fini di interesse pubblico». È palese, sebbene non esplicitato, il riferimento al caso di Poste Italiane S.p.A., per la quale la norma sembra essere stata dettata (cfr. M. MAGNANI, A. BOLLANI, *op. cit.*, 367; M. PAPALEONI, *op. loc. cit.*; M. TIRABOSCHI, *L'articolo 4-bis del decreto legislativo n. 368 del 2001 al vaglio della Corte Costituzionale*, in ID. (a cura di), *La riforma del lavoro privato e pubblico e il nuovo welfare*, cit., 34; G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *GLav*, 2008, n. 32-33, 18).

Proprio l'interesse generale sotteso alla norma in questione sarebbe in grado di giustificare, sempre secondo il Tribunale di Roma, un intervento legislativo «con efficacia retroattiva» in quanto incidente su giudizi tuttora in corso. E ciò si giustificherebbe soprattutto

perché, nell'ipotesi in esame, il legislatore interviene sulle conseguenze sanzionatorie, e non già sulla «specifica risoluzione delle concrete fattispecie in giudizio». Non verrebbe, in tal modo, pregiudicato l'art. 3 Cost., anche perché l'ordinamento conosce altri casi di trattamento differenziato di lavoratori a termine: ad esempio «una regola opposta a quella della conversione del rapporto a termine nullo è dettata dall'art. 36 d. lvo. n. 165/2001 per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, il cui rapporto di lavoro – del pari privatizzato – presenta non poche analogie con quello dei dipendenti di un ente di rilevanza nazionale» (così ancora la decisione in epigrafe).

Infine il Tribunale respinge la prospettata violazione del canone costituzionale del diritto al lavoro, con riferimento agli artt. 4 e 35 Cost., in quanto la scelta dei tempi e dei modi dell'attuazione di tale diritto è rimessa alla discrezionalità del legislatore; e ancora, nega che si possa profilare un contrasto con la clausola di “non regresso” contenuta nella direttiva n. 1999/70/CE (che costituisce, com'è noto, l'antecedente del d.lgs. n. 368/2001), in quanto essa riguarda specificamente il principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi in caso di reiterazione di contratti a termine, mentre l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001 si riferisce ad altri e diversi aspetti, quali l'apposizione del termine e la disciplina della proroga (artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368).

7. Nonostante molti commentatori si siano detti pressoché certi di una prossima decisione della Corte Costituzionale nel senso dell'illegittimità dell'art. 4-*bis*, in realtà non sembra così facile prevedere l'orientamento che verrà assunto dal giudice delle leggi.

Indubbiamente le censure di illegittimità costituzionale, mosse, come si è visto, da diversi ed autorevoli organi giurisdizionali, nonché condivise da larga ed autorevole parte della dottrina, sono serie e ben argomentate. Tuttavia in altre occasioni la Corte Costituzionale ha respinto analoghe questioni, sollevate, peraltro, in ordine ad interventi legislativi ancor più “invasivi”, in quanto realizzati in via surrettizia mediante meccanismi di “interpretazione autentica”, che in realtà configurano veri e propri interventi, nel merito, su controversie pendenti. Un esempio recente riguarda l'art. 1, comma 218, della l. n. 266/2005, che, ad onta di un indirizzo giurisprudenziale prevalentemente in senso contrario, ha interpretato “autenticamente” l'art. 8, comma 2, della l. n. 124/1999 escludendo il diritto alla ricostruzione di carriera del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) degli enti locali transitato nei ruoli dell'amministrazione scolastica statale, ed ha fatto salvi soltanto gli eventuali giudicati. Ebbene, la Corte Costituzionale ha giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della predetta norma, osservando che «il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore ordinario deve in principio attenersi – non è stato elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 della Costituzione»; ciò, tuttavia, a condizione che «la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti» (C. Cost. 26 giugno 2007, n. 234). Si tratta delle stesse considerazioni utilizzate dal Tribunale di Roma, nella decisione in commento, per avvalorare la retroattività dell'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368 (o più correttamente per giustificarne l'incidenza sui giudizi in corso).

In effetti l'argomentazione sviluppata dal Tribunale, là dove precisa che il legislatore del 2008 non è intervenuto “sulla risoluzione” delle controversie pendenti, bensì soltanto sulle conseguenze sanzionatorie, è suggestiva, per non dire persuasiva (*contra* M. MAGNANI, A. BOLLANI, *op. cit.*, 368, per i quali vi sarebbe invece una «interferenza piuttosto smaccata sull'esercizio della giurisdizione»). Così pure si può condividere l'osservazione secondo la quale l'art. 4-*bis* non viola la clausola di non regresso, che ha una finalità del tutto diversa.

Meno convincente è, invece, la parte in cui il giudice, al fine di giustificare l'intervento sulle controversie pendenti, propone una sostanziale identificazione tra l'interesse pubbli-


co generale e quello – pur sempre particolare – di grandi aziende di “rilevanza nazionale” (come Poste Italiane S.p.A.). Nemmeno regge il paragone – avanzato dal Tribunale – con i dipendenti della pubblica amministrazione, per i quali soltanto vige una deroga al principio della automatica trasformazione del contratto a termine nullo in rapporto a tempo indeterminato. Se è vero infatti – ma secondo una sensibilità “sociale”, e non certo giuridica – che il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti «presenta non poche analogie con quello dei dipendenti di un ente di rilevanza nazionale» (leggi ancora Poste Italiane S.p.A.), non si può tuttavia dimenticare che il processo di privatizzazione delle Poste ha riguardato il *datore di lavoro*, mentre quella attuata con il d.lgs. n. 165/2001 è una privatizzazione *del rapporto di lavoro*, che ha lasciato inalterata la natura pubblicistica della pubblica amministrazione titolare del rapporto medesimo. Ed è proprio in funzione della natura pubblica del datore di lavoro (e della conseguente regola del concorso quale meccanismo di ingresso: art. 97 Cost.) che si giustifica la ricordata deroga, per i pubblici dipendenti, alla trasformazione automatica in via sanzionatoria del contratto di lavoro a termine.

Non rimane quindi, a questo punto, che attendere la decisione della Corte Costituzionale, l'unica in grado di comporre definitivamente il contrasto giurisprudenziale che questa pronuncia rende ormai manifesto.

Alberto Tampieri


Professore associato di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

4. Lavoro a termine (*segue*)

4.3. App. Milano ordinanza 31 ottobre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).


Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Rilevanza - Motivi.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 è rilevante. Contrasta con l'art. 3 Cost., perché, incidendo sui diritti dei lavoratori lesi, vede ancorata la sua efficacia al fatto meramente processuale della pendenza del giudizio instaurato dal lavoratore, senza che vi sia stata sentenza passata in giudicato, determinando conseguentemente un trattamento complessivamente ed ingiustificatamente differente per persone che si trovano nella stessa identica situazione. Pur in presenza di contratti di lavoro a termine stipulati nella stessa data, la norma determina il paradosso di addebitare al lavoratore che con più tempestività ha proposto l'azione giurisdizionale un trattamento più sfavorevole rispetto a colui che ha ritardato a presentare ricorso. La diversità di trattamento non trova giustificazione alcuna. Viola l'art. 24 Cost., nella sua ampia accezione relativa alla effettività del diritto di ciascun cittadino di agire in giudizio sulla base di regole certe ed idonee a garantire detta effettività. Viola l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, nella parte in cui vieta al legislatore nazionale di ridurre il livello generale di tutela esistente.

4.4. App. Roma ordinanza 21 ottobre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 34).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto artt. 24, comma 1, 111, comma 1, e 117, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi.

Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008. Si ritiene in contrasto con l'art. 3 Cost., perché il legislatore ha ridotto la tutela accordata avendo riguardo al solo discrimine temporale della attuale pendenza di un giudizio. In altre parole il discrimine per individuare la norma applicabile è del tutto casualmente ancorato al fatto che il lavoratore abbia o meno iniziato un giudizio alla data di entrata in vigore della legge. Contrasta inoltre con il principio del giusto processo, che trova fondamento negli artt. 24, comma 1, 111, comma 1, 117, comma 1, Cost., perché nel corso del procedimento giudiziario modifica la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato senza che siano ravvisabili ragioni oggettive e generali che sostengono tale scelta del legislatore.

4.5. App. Torino ordinanza 2 ottobre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Manifesta infondatezza - Esclusione - Motivi.

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. La disposizione appare in contrasto con l'art. 3, in quanto introduce irragionevoli disequaglianze nell'individuazione dei propri destinatari e disparità di trattamento tra utenti della giustizia che dovrebbero invece essere uguali di fronte alla legge, premiando eventuali escamotage di dubbia correttezza. Viola l'art. 24, comma 1, Cost., secondo cui tutti possono agire in giudizio per la difesa dei propri diritti; con una norma transitoria di tale genere il diritto all'azione viene infatti lesa nei confronti di coloro che sono stati più solleciti nell'esercitarlo, secondo un criterio contrario ad ogni ragionevolezza e con una punitiva intromissione legislativa nei giudizi pendenti.

4.6. App. Genova ordinanza 26 settembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 30).


Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Rilevanza - Motivi.

L'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, non può costituire oggetto di disapplicazione per un suo preteso contrasto con la normativa comunitaria sotto il duplice profilo di violazione della clausola di non regresso e della violazione delle regole procedurali della legge comunitaria. La prospettata questione di illegittimità costituzionale è invece rilevante. La disposizione si ritiene in contrasto con l'art. 3 Cost., perché il legislatore ha ritenuto di disciplinare diversamente, nelle conseguenze, solo alcuni contratti a termine illegittimi, ancorando la diversità delle conseguenze al fatto del tutto casuale che il lavoratore avesse o meno iniziato il giudizio. Viola poi l'art. 117, comma 1, Cost., in combinato con l'art. 6 CEDU, nella parte in cui impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una controversia o di una categoria di controversie.

4.7. App. Bari ordinanza 18 settembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 29).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi.

Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, per contrasto con gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. Con l'art. 3 Cost., perché diverse persone nella medesima situazione giuridica si troverebbero a godere di una tutela dei propri diritti sensibilmente diversa senza alcuna giustificazione se non quella di aver proposto la domanda giudiziale in tempi diversi pur nell'identità del quadro normativo generale applicabile alle relative fattispecie. Tutto ciò con evidente violazione del principio di ragionevolezza. Inoltre, la nuova norma viola il principio di affidamento dei cittadini sulla certezza dell'ordinamento giuridico, posto che, solo ad una parte di essi, nega il beneficio della riassunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato, sostituendolo con quello molto meno soddisfattivo di un'indennità. Viola inoltre l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, il quale impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una controversia o di una determinata categoria di controversie.

4.8. Trib. Tivoli ordinanza 3 dicembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. - Contrasto art. 24 Cost. - Manifesta infondatezza - Esclusione - Motivi.


La questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, non è manifestamente infondata. Tale disposizione viola l'art. 3 Cost., perché introduce una disparità di trattamento in senso sfavorevole per solo alcuni lavoratori, che non appare sorretta da alcun criterio di ragionevolezza. Contrasta poi con l'art. 117 Cost., in combinato con l'art. 6 CEDU, che vieta al legislatore di intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una controversia o di una determinata categoria di controversie. Infine, viola l'art. 24 Cost., in quanto determina una differenziazione, in ordine alla tutela sostanziale adottata per effetto dell'accertata violazione di una determinata disposizione di legge, fondata sul mero dato temporale rappresentato dall'epoca di instaurazione della lite.

4.9. Trib. Trieste ordinanza 15 ottobre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 3).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto art. 117 Cost. e art. 6 CEDU - Sussistenza - Motivi - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione.


Sollevata questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008. Tale normativa è stata adottata in violazione dell'art. 3 Cost. poiché ha introdotto una regolamentazione normativa che non riguarda tutti i rapporti a termine stipulati ad una certa data ma solamente quelli per i quali il giudizio è in corso indipendentemente dalla data di loro stipulazione, penalizzando quindi coloro che hanno sollecitamente adito il giudice a tutela dei propri diritti rispetto a quelli che invece sono rimasti inerti e ciò senza alcuna giustificazione in piena violazione del canone di ragionevolezza che consente al legislatore di differenziare anche situazioni eguali, ancorando il trattamento differenziato nelle conseguenze ad un fatto puramente casuale. La disposizione citata risulta anche in contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, che si traduce in un obbligo per il legislatore nazionale di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia per influire sull'esito di una controversia o di determinate categorie di controversie. La norma citata non è disapplicabile in forza del principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale

per violazione della clausola del non regresso contenuta nell'art. 8 della Convenzione quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, CEEP, CES di cui alla direttiva 1999/70/CE, poiché secondo l'interpretazione del giudice comunitario una riforma peggiorativa della protezione offerta ai lavoratori a tempo determinato non è in quanto tale vietata dall'accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dello stesso.

4.10. Trib. Ascoli Piceno ordinanza 30 settembre 2008, Est. Boeri, Pompilio Franco c. Pienambiente Spa (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 31).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto artt. 11 e 117 Cost. - Contrasto art. 3 Cost. - Sussistenza - Motivi.

Non è possibile disapplicare l'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, per contrasto con l'ordinamento comunitario in quanto la causa verte tra soggetti privati. Appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/08. Tale disposizione contrasta con gli artt. 11, secondo periodo, e 117, comma 2, Cost., perché il fatto che la direttiva comunitaria 1999/70 non possa trovare diretta applicazione nelle cause tra privati, non esclude che il giudice debba fare tutto ciò che gli è possibile per ottenere il risultato perseguito dalla direttiva così da assicurare il rispetto del diritto comunitario. Il giudice può allora sollevare questione di costituzionalità per contrasto con le norme della Carta fondamentale che sottopongono la potestà legislativa dello Stato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La norma contrasta poi con il canone di ragionevolezza ex art. 3 Cost., in quanto disposizione retroattiva che interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela garantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto. Infine, la norma sembra collidere con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., perché determina un'evidente disparità di trattamento tra lavoratori nella medesima condizione che tuttavia abbiano agito in giudizio prima o dopo il 23 agosto 2008.

4.11. Trib. Ascoli Piceno ordinanza 30 settembre 2008, Est. Boeri, Caporuscio V. c. Manuli Rubber Industries Srl (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 31).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Contrasto ordinamento comunitario - Disapplicazione - Esclusione - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto artt. 11 e 117 Cost. - Contrasto art. 3 Cost. - Rilevanza - Motivi.

Non è possibile disapplicare l'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/08, per contrasto con l'ordinamento comunitario in quanto la causa verte tra soggetti privati. Appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008. Tale disposizione contrasta con gli artt. 11, secondo periodo, e 117, comma 2, Cost., perché il fatto che la direttiva comunitaria n. 1999/70 non possa trovare diretta applicazione nelle cause tra privati, non esclude che il giudice debba fare tutto ciò che gli è possibile per ottenere il risultato perseguito dalla direttiva così da assicurare il rispetto del diritto comunitario. Il giudice può allora sollevare questione di costituzionalità per contrasto con le norme della Carta fondamentale che sottopongono la potestà legislativa dello Stato al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La norma contrasta poi con il canone di ragionevolezza ex art. 3 Cost., in quanto disposizione

retroattiva che interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela garantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto. Infine, la norma sembra collidere con il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., perché determina un'evidente disparità di trattamento tra lavoratori nella medesima condizione che tuttavia abbiano agito in giudizio prima o dopo il 23 agosto 2008.

4.12. Trib. Roma ordinanza 26 settembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 31).

Lavoro a termine - Art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 - Censure di illegittimità costituzionale - Contrasto art. 3 Cost. - Contrasto artt. 101, 102, comma 2, 104, comma 1, Cost. - Sussistenza - Motivi.

Sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/08. La disposizione viola il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., perché dispone una tutela attenuata, a parità di tutte le altre condizioni, a carico di un lavoratore, per il mero fatto, che appare palesemente inidoneo a giustificare una discriminazione, di avere un giudizio in corso. La disposizione appare viziata anche in rapporto all'art. 117 Cost., in combinato con l'art. 6 CEDU, che si traduce in un obbligo per il legislatore nazionale di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia per influire sull'esito di una controversia o di determinate categorie di controversie. Viola poi il diritto del cittadino a poter riporre affidamento nella sicurezza giuridica, perché incide retroattivamente, sopprimendolo, su un diritto che era stato già acquisito al patrimonio del soggetto interessato. Infine, la disposizione pare in contrasto con gli artt. 101, 102, comma 2, 104, comma 1, Cost. perché un intervento legislativo che, come nella specie, riguardi un solo tipo di giudizi in corso ad una certa data si palesa privo del carattere di astrattezza proprio della formazione legislativa, ed assume carattere provvedimento generale, così invadendo un ambito che deve ritenersi riservato al potere giudiziario.

(4.3. – 4.12.) Ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale della nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro a termine

Sommario: **1.** Premesse. – **2.** La problematica dell'incompatibilità della norma con la direttiva comunitaria. – **3.** Prime ordinanze di rimessione alla Consulta e profili di illegittimità. – **3.1.** Contrasto con l'art. 3 Cost. – **3.2.** Contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. – **3.3.** Contrasto con l'art. 11, secondo periodo, Cost. – **3.4.** Contrasto con l'art. 24 Cost. – **3.5.** Contrasto con l'art. 111, comma 1, Cost. – **3.6.** La posizione del Tribunale di Roma.

1. La l. n. 133/2008, all'art. 21, comma 1-bis, introduce una nuova disciplina normativa del contratto a termine, in particolare per quanto riguarda l'aspetto sanzionatorio in caso di violazione di determinate norme di legge, da applicarsi esclusivamente ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge medesima, avvenuta il 22 agosto 2008 (per un approfondimento delle questioni qui considerate cfr. la nota di A. TAMPIERI, *La disciplina sanzionatoria del lavoro a termine: profili di contrasto giurisprudenziale sulla questione di legittimità costituzionale*, che precede in q. *Osservatorio*). Prima di tale riforma, ogni motivo di illegittimità del rapporto di lavoro a termine comportava, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza (confermato di recente da Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *FI*, dicembre 2008, n. 12) che «l'apposizione del termine è priva di effetto» e comportava, pur se in carenza di una espressa previsione legislativa, la sanzione della conversione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato con

effetto *ex tunc*, per nullità parziale *ex art.* 1419, comma 2, c.c. della clausola appositiva del termine, con la conseguente applicazione delle norme di diritto comune e, ove cessato il rapporto per scadenza del termine illegittimamente apposto, con il ripristino del rapporto di lavoro, oltre al risarcimento del danno, dal momento dell'offerta della prestazione lavorativa e costituzione in mora.

Più in dettaglio, tale articolo così dispone: «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

Tale modifica normativa va ad incidere non su tutte, ma soltanto su alcune cause di illegittimità del contratto a termine (ne sono infatti escluse le violazioni di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001), stabilendo le conseguenze, mediante rinvio ad una disposizione di legge in tema di licenziamento (relativa alla "tutela obbligatoria") e mediante previsione di una sanzione economica circoscritta. Dal tenore letterale, la norma non si applica alle sentenze passate in giudicato ed ai giudizi attivati dopo la sua entrata in vigore.

2. Sia la Corte d'Appello di Genova che i Tribunali di Trieste e di Ascoli Piceno (in epigrafe) hanno esaminato se potesse essere disapplicato l'art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008, per contrasto con l'ordinamento comunitario e precisamente con la clausola 8), punto 3) – c.d. "clausola di non regresso" – dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato di cui alla direttiva n. 99/70/CE e, secondo il solo collegio genovese, anche con le regole procedurali della legge comunitaria. Ma l'operazione di disapplicazione è stata esclusa dai giudici, anche se con motivazioni diverse.

La Corte genovese ed il Tribunale di Trieste, conformandosi all'interpretazione della Corte di Giustizia (22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*), hanno ritenuto che la disciplina delle conseguenze e del regime sanzionatorio (e in particolare l'obbligo generale di prevedere una eventuale conversione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato) derivanti dalla violazione delle disposizioni sul contratto a termine, non sarebbero contemplate nell'accordo quadro recepito dalla direttiva e non rientrerebbero nell'ambito degli obiettivi da richiedere agli Stati membri.

La clausola di non regresso può quindi essere invocata, secondo il collegio di Genova ed il Tribunale di Trieste, «solo nell'ambito di ciò che concerne la Direttiva, (interpretazione fatta propria anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza 25.2.08, n. 44)».

(Nella pronuncia n. 44/2008, appena citata, la Consulta, chiamata a pronunciarsi dal Tribunale di Rossano sulla legittimità, *ex art.* 76 Cost., del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva comunitaria, in relazione alla disciplina sul diritto di precedenza senza l'osservanza della clausola di non regresso, ha accolto l'eccezione di illegittimità costituzionale, ma lo ha fatto sotto diverso profilo rispetto alle motivazioni descritte dal giudice di Rossano, senza argomentare ed esprimersi direttamente in relazione alla influenza o rilevanza della clausola di non regresso).

Il Tribunale di Ascoli Piceno, invece, partendo dal presupposto che la direttiva indica i principi generali ed i requisiti minimi relativi ad ogni rapporto di lavoro a termine successivo, con l'obiettivo di proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego e di stabilire quindi un livello minimo intangibile di tutela, ritiene che una modifica peggiorativa delle tutele offerte ai lavoratori possa integrare effettivamente una violazione della direttiva. Nonostante ciò, il Tribunale, sulla scorta dell'orientamento costante della giurisprudenza comunitaria (C. Giust. 5 ottobre 2004, *Pfeiffer*; C. Giust. 22 novembre 2005, *Mangold*, cit.), esclude di poter disapplicare la norma interna per contrasto con quella comunitaria, stante l'inefficacia orizzontale della direttiva che, anche se *self-executing* (articolata

cioè in disposizioni dettagliate), vincola solo ed esclusivamente lo Stato a cui è rivolta e non può trovare applicazione nei giudizi tra privati.

3. Con pronta sollecitudine, diversi giudici di merito, sia di primo che di secondo grado, trovatisi a decidere in relazione a controversie a cui risultava applicabile l'art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008, che ha introdotto l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale di tale disposizione, sotto diversi profili ed hanno pronunciato con ordinanza la rimessione della questione alla Corte Costituzionale.

Si tratta, specificatamente, delle ordinanze pronunciate dalla sezione lavoro di: Corte d'Appello di Bari in data 18 settembre 2008; Corte d'Appello di Genova in data 26 settembre 2008; Tribunale di Roma in data 26 settembre 2008; Tribunale di Ascoli Piceno in data 30 settembre 2008 (n. 2 ordinanze); Corte d'Appello di Torino in data 2 ottobre 2008; Tribunale di Trieste in data 15 ottobre 2008; Corte d'Appello di Roma in data 21 ottobre 2008; Corte d'Appello di Milano in data 31 ottobre 2008 e Tribunale di Tivoli in data 3 ottobre 2008 (tutte in epigrafe).

I profili di illegittimità costituzionale individuati dai giudici di merito e su cui si dovrà pronunciare la Consulta, sono in buona parte i medesimi ed assonanti risultano nel complesso le motivazioni esplicitate nelle ordinanze di rimessione, anche se si denota qualche diversità nelle argomentazioni e nella individuazione delle specifiche violazioni censurate. In particolare, nelle ordinanze sopra citate, è stato riscontrato e sollevato da tutti gli organi giudicanti il contrasto tra l'art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008, e gli artt. 3 e 117, comma 1, Cost. (fatta eccezione per la Corte d'Appello di Torino, che non ha sollevato dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 117 Cost.).

Mentre le Corti d'Appello di Bari, Genova ed il Tribunale di Trieste hanno circoscritto i profili di illegittimità della norma rispetto ai soli artt. 3 e 117, comma 1, Cost., il Tribunale di Ascoli Piceno, le Corti d'Appello di Torino, Roma, Milano ed il Tribunale di Tivoli vi hanno aggiunto, rispettivamente, anche l'art. 11, secondo periodo, Cost. quanto al primo, l'art. 24, comma 1, Cost. quanto alle altre, con l'ulteriore richiamo anche all'art. 111, comma 1, Cost., quanto alla Corte romana; il Tribunale di Roma, invece, ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione da parte degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368/2001, degli artt. 76, 77 e 117, comma 1, Cost. e per violazione da parte dell'art. 21, comma 1-*bis*, l. n. 133/2008, degli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, 101, 102, comma 2, 104, comma 1, e 117, comma 1, Cost.

3.1. La norma, censurata sotto tale profilo in tutte le ordinanze di rimessione, violerebbe il principio di uguaglianza, di ragionevolezza e di affidamento sulla certezza giuridica, di cui all'art. 3 Cost.

Nelle argomentazioni delle varie ordinanze, il contrasto con il principio di uguaglianza deriverebbe dalla disparità di trattamento di situazioni identiche (lavoratori lesi dalla violazione degli artt. 1, 2 e 4 d.lgs. n. 368/2001), discriminate in funzione del fatto meramente processuale di pendenza del giudizio, sicché la sola categoria di soggetti che verrebbero incisi dalla norma sarebbe quella di coloro che hanno prontamente radicato un giudizio, che sia in corso alla data di entrata in vigore della norma (quindi numericamente individuabile e determinabile), con esclusione invece di coloro che si attiveranno in giudizio in un momento successivo. La norma andrebbe così ad incidere con efficacia retroattiva sulle aspettative ad una tutela piena (conversione del rapporto a tempo indeterminato, ripristino del medesimo e risarcimento) che sussisteva nel momento di attivazione della causa e che viene soppresso per effetto dell'entrata in vigore della norma e sostituito con un diritto più ristretto e affievolito, limitato ad un mero indennizzo economico, trattamento che però non viene esteso anche al contenzioso futuro, che ne rimarrebbe immune.

La Corte barese, che per prima ha sollevato la questione, precisa che: «Ad alimentare tale sospetto basti pensare che, ove mai altro lavoratore nelle stesse identiche condizioni

dell'odierna appellante [...] facesse valere le stesse ragioni di illegittimità con un giudizio introdotto *ex novo* in data odierna, e comunque dopo la data di entrata in vigore dell'art.4 *bis*, quel lavoratore avrebbe diritto alla riassunzione e non già all'indennità sopra richiamata non essendo a lui applicabile la norma transitoria. [...] Ne consegue che diverse persone, nella medesima situazione giuridica, si troverebbero a godere di una tutela dei propri diritti sensibilmente diversa (sicuramente meno intensa nel caso di coloro ai quali viene riconosciuto soltanto l'indennizzo) senza alcuna giustificazione se non quella di aver proposto la domanda giudiziale in tempi diversi pur nell'identità del quadro normativo generale applicabile alle rispettive fattispecie. [...] Sotto altro aspetto, la norma denunciata sembra in contrasto anche con il generale principio dell'affidamento legittimamente posto dal cittadino sulla certezza di sicurezza dell'ordinamento giuridico quale elemento essenziale dello Stato di diritto, principio più volte valorizzato dalla giurisprudenza costituzionale».

Parzialmente diversa risulta la prospettiva descritta dal Collegio genovese il quale, consapevole delle possibilità di rigetto da parte della Corte Costituzionale, nel caso in cui la violazione del principio di parità o uguaglianza venga meramente intesa come disparità di trattamento nel corso del tempo, esamina la tematica di illegittimità anche sotto tale aspetto e precisa: «Il Legislatore ha quindi ritenuto di disciplinare diversamente (nelle conseguenze) solo alcuni contratti a termine illegittimi ancorando la diversità delle conseguenze al fatto del tutto casuale che il lavoratore avesse o meno iniziato il giudizio. In questo caso non si tratta di un trattamento differenziato nel tempo [...]. Tanto più che il discrimine temporale non è neppure idoneo a realizzare pienamente il fine che la norma introdotta dovrebbe conseguire. Se infatti scopo della disposizione è quello di sottrarre alle aziende i costi che derivano dalla illegittimità dei contratti a termine, allora non si comprende il discrimine temporale che sottrae i soli contenziosi in essere e non tutto il potenziale contenzioso (cioè ad esempio tutti i contratti stipulati da una certa data). Il che penalizza proprio chi comportandosi lealmente non ha atteso anni ma ha iniziato da subito la causa, finendo col premiare invece coloro che hanno tardato ad iniziare il contenzioso (per magari lucrare le retribuzioni conseguenti alla messa in mora). Inoltre la differenziazione di regime non è finalizzata a realizzare interessi costituzionalmente rilevanti e non si fonda neppure sulle dimensioni dell'impresa».

La Corte genovese conclude quindi affermando che «In questo caso non si tratta di un trattamento differenziato nel tempo: lavoratori nella stessa situazione di fatto, che hanno cioè stipulato un contratto a tempo determinato con clausola del termine illegittima, senza giustificazione alcuna, se non quella di avere o meno iniziato la causa ad una certa data, vengono ad avere diversa tutela dei propri diritti, con evidente violazione del principio di ragionevolezza».

Il Tribunale di Roma, nel solco delle ordinanze precedenti, conferma che «il criterio di selezione delle fattispecie alle quali dovrebbe trovare applicazione la nuova e attenuata tutela appare francamente del tutto irragionevole, e produttivo di sperequazioni che appaiono prive di qualsiasi ragionevole giustificazione» ed aggiunge che la norma violerebbe l'art. 3 Cost. anche perché discriminerebbe i lavoratori a tempo determinato, a seconda che il loro contratto sia stato sottoscritto nella vigenza della l. n. 230/1962 o del d.lgs. n. 368/2001, essendo disciplinato – per espressa previsione normativa – il mero indennizzo economico e quindi escluso il diritto alla trasformazione ed eventuale ripristino del rapporto di lavoro solo per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001. Il Tribunale di Ascoli Piceno specifica altresì che «Trattasi, difatti, di disposizione retroattiva che interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela garantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto, e favorendo nel contempo il datore che ha dato luogo alla illegittimità. [...] Nella specie la norma in esame risulta

priva di giustificazione, ossia non ispirata da preminenti ed eccezionali ragioni di interesse generale».

Si segnalano anche le argomentazioni della Corte torinese in relazione alle irragionevoli disuguaglianze e disparità di trattamento introdotte dalla norma nell'individuazione dei propri destinatari, in spregio del disposto costituzionale: disuguaglianze tra coloro che hanno ottenuto una sentenza ormai passata in giudicato e coloro che hanno ancora una causa pendente, tra coloro che hanno depositato l'atto introduttivo del giudizio il giorno prima della pubblicazione della legge e coloro che lo depositano il giorno dopo la sua entrata in vigore, considerando anche l'ipotesi della mancata notifica del ricorso già depositato al fine di ottenere l'estinzione del processo e non ricadere nell'ambito di applicazione della norma, per poi depositare successivamente un nuovo ricorso, che risulterebbe immune dalle disposizioni della norma in questione.

Il Tribunale di Trieste aggiunge che il legislatore «[...] si è limitato ad incidere esclusivamente sul contenzioso pendente, con una disposizione che risulta testualmente confermativa della tesi interpretativa seguita dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 12985/08 [...] secondo cui [...] le conseguenze della violazione delle norme di cui agli artt. 1, 2, 4 D. Lgs. n.368/01 sono quelle della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato (unico rapporto cui è applicabile appunto la disciplina risarcitoria prevista per il licenziamento individuale)».

La Corte romana, pur riconoscendo che la Consulta (sentenza n. 234/2007, ordinanze n. 346/2006, n. 216/2005 e n. 121/2003) ha ritenuto legittimo che il legislatore possa applicare alla stessa categoria di soggetti trattamenti differenziati in momenti diversi nel tempo, senza che ciò violi l'art.3 della Carta costituzionale, ritiene che «[...] la legge in esame non rappresenta una rimeditazione complessiva degli effetti con riferimento alla generalità dei soggetti, canone di eguaglianza che deve permanere ove il tempo determini una modifica della disciplina, ma, piuttosto, contiene la previsione di una sorta di moratoria delle conseguenze generali rispetto ad un contenzioso temporalmente definito (cause pendenti alla data del 22 agosto 2008), ma certo non esaurito per il futuro».

La Corte d'Appello di Milano sostiene che la disparità di trattamento, oltre ad essere irragionevole, stante la causalità ed arbitrarietà del parametro con cui vengono individuati i destinatari della norma censurata, non sarebbe giustificata neppure dalla finalità di regolare una situazione di "assoluta eccezionalità", visto che la disposizione «incide non solo nel settore del servizio postale, ma in maniera del tutto indifferenziata su tutti i contratti e rapporti di lavoro di qualsiasi settore economico».

3.2. Nelle ordinanze di rimessione pronunciate dai giudici di primo e secondo grado (fatta eccezione per la Corte d'Appello di Torino) viene sollevata questione di legittimità costituzionale della norma anche per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU (come interpretato dalla Corte europea di Strasburgo, nella sentenza 29 marzo 2006, n. 1, *Scordino c. Italia*, ricorso n. 36813/97), che afferma i principi della preminenza del diritto e del giusto processo.

Secondo l'art. 117, comma 1, della Cost., la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali; ne deriva che il legislatore è tenuto a rispettare e a conformarsi alle norme comunitarie ed internazionali e, tra queste ultime, vi è la CEDU, resa esecutiva con l. n. 848/1955 e, secondo la prospettazione del Tribunale di Ascoli Piceno, la clausola di "non regresso" prevista nella direttiva comunitaria n. 99/70/CE, in tema di contratto a termine, di cui si è già accennato sopra (l'organo marchigiano qualifica detta clausola come parametro interposto di costituzionalità).

L'art. 6 della CEDU afferma il diritto ad un giusto ed equo processo davanti ad un Tribunale indipendente ed imparziale e vieta al potere legislativo di intromettersi nella ammi-

nistrazione della giustizia, per influire sulla risoluzione di una controversia o di una determinata categoria di controversie in corso, salvo che per imperiose esigenze di interesse generale.

Il Tribunale di Roma, richiamando la sentenza della Consulta n. 349/2007 e l'ordinanza di rimessione della Cass. 4 settembre 2008, n. 22260, secondo le quali la violazione dell'art. 6 CEDU implica violazione anche dell'art. 117, comma 1, Cost., ritiene che «una disposizione che vale solo per i giudizi in corso, non valendo neppure per l'avvenire, è per definizione una disposizione che ha il solo scopo di ottenere una determinata soluzione di una controversia in corso», senza che sia necessario che tale sia la finalità esclusiva della norma (come da ordinanza Cass. n. 22260/2008, cit.).

Il Tribunale di Trieste, citando anche la recente sentenza della Corte europea di Strasburgo (10 giugno 2008, *Bortesi e altri c. Italia*, ricorso n. 71399/01) che, pronunciata in tema di violazione dell'art. 6 CEDU, ha statuito che «[...] se in linea di principio non è vietato al potere legislativo regolamentare la materia civile con nuove disposizioni aventi effetto retroattivo i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo di cui all'art. 6 della Convenzione, si oppongono, salvo ragioni imperiose di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la conclusione giudiziaria della controversia [...]», conclude per la esclusione della sussistenza di un interesse generale e imperioso, tale da giustificare l'applicazione retroattiva della norma alle sole liti pendenti.

La Corte d'Appello di Roma, sottolineata l'importanza che assume l'interpretazione delle norme CEDU operata dalla Corte europea di Strasburgo (importanza sancita da C. Cost. n. 299/2005 e da C. Cost. n. 299/1998), considerato che un diritto garantito da norme costituzionali risulta «protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo» (C. Cost. n. 154/2004), ritiene che «[...] nel caso in esame il legislatore con una disposizione che non interpreta norme di legge esistenti ma muta il quadro normativo di riferimento, esclude quelli che nel diritto vivente sono i normali effetti della declaratoria di illegittimità del termine apposto al contratto e così impedisce al giudice di adottare la tutela prevista dall'ordinamento generale (tutela irragionevolmente temporaneamente sospesa). In tal modo la norma in esame determina una ingiustificata modificazione della tutela dei diritti azionati e incide, come si è evidenziato, solo e soltanto sui giudizi pendenti [...] realizzando una inammissibile intromissione del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla risoluzione di una specifica categoria di controversie». La Corte milanese, dal canto suo, ricorda che la Consulta (C. Cost. n. 348/2007 e C. Cost. n. 349/2007) ha espressamente statuito che la legislazione nazionale incompatibile con le disposizioni CEDU viola norme interposte rispetto all'art. 117, comma 1, Cost. e che si opera in tal caso un rinvio "mobile" alle norme convenzionali, che determina una "eterointegrazione" di tale parametro di costituzionalità.

Anche il Tribunale di Tivoli, richiamando le citate sentenze della Consulta, afferma che la norma non risponde a ragioni di interesse generale «dato il carattere assolutamente parziale dell'innovazione e la non applicabilità alle controversie incardinate dopo la sua entrata in vigore».

3.3. Nelle due ordinanze pronunciate dal Tribunale di Ascoli Piceno, la questione di legittimità costituzionale della norma viene sollevata anche per contrasto con l'art. 11, secondo periodo, Cost. (oltre all'art. 117, comma 1, Cost.) in riferimento alla clausola 8), punto 3), della direttiva n. 99/70/CE. In sostanza, il giudice marchigiano, prospettando che la direttiva comunitaria vincola lo Stato a cui è diretta (che deve darvi attuazione) e non può creare ed imporre obblighi a carico di soggetti diversi dallo Stato, con la conseguenza che non può trovare diretta applicazione, all'interno di giudizi cui non partecipa alcuno Stato

membro, riconosce tuttavia che ciò non impedisce all'organo giudicante di attivarsi per assicurare il rispetto del diritto sovranazionale, sollevando questione di legittimità della norma interna contrastante con le disposizioni della Cost. in tema di limitazione della sovranità (art. 11) e rispetto degli ordinamenti comunitario ed internazionale (art. 117, comma 1).

3.4. Le Corti d'Appello di Torino, Roma, Milano ed il Tribunale di Tivoli ritengono ulteriormente che la disposizione introdotta dal legislatore violerebbe l'art. 24, comma 1, Cost., secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Il Tribunale di Roma richiama in realtà la violazione dell'art. 24, comma 2, Cost., in relazione al diritto dei cittadini a fare affidamento nella sicurezza e certezza dell'ordinamento giuridico, che non può essere pregiudicato da norme retroattive.

La Corte torinese argomenta sul punto stabilendo che «[...] con una norma transitoria da tale genere il diritto all'azione viene leso nei confronti di coloro che sono stati più solleciti nell'esercitarlo, secondo un criterio contrario ad ogni ragionevolezza e con una punitiva intromissione legislativa nei giudizi pendenti» citando, a sostegno della sollevata questione di legittimità, una precedente pronuncia interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale (C. Cost. n. 283/2005), in materia di rapporto di lavoro subordinato a tempo parziale e relativo regime sanzionatorio, che dovrebbe comportare l'applicazione dei principi generali di cui all'art. 1419 c.c. anziché la mera tutela risarcitoria prevista per i licenziamenti nell'ambito della stabilità obbligatoria.

La Corte d'Appello di Roma sostiene che «l'intervento legislativo determini un'alterazione della condizione di parità nell'esercizio del diritto di difesa tra le parti in causa, condizione che, al contrario, deve essere sempre assicurata» e che la norma criticata ha di fatto ribaltato «la stessa ordinaria ed elementare logica del processo "equo" e improntato all'effettività della tutela giurisdizionale; giacché sarebbe logico, al contrario di quel che discende dalle previsioni del comma 1-bis dell'art. 21 della l. n. 133 del 2008, che nei "giudizi in corso" le certezze sulla difesa dei propri diritti tanto più siano acquisite e non passibili di essere rimesse in gioco da capo, quanto più il processo sia pervenuto in una fase avanzata e sfociato in pronunciamenti esecutivi, o perfino eseguiti».

E la Corte meneghina afferma che il legislatore, avendo introdotto un regime sanzionatorio di natura risarcitoria valevole solo per i giudizi in corso «ha dettato una disciplina che non si pone su di un piano astratto delle fonti normative [...] ma ha fatto sì che la legge assumesse contenuto meramente "provvedimentale", vincolando "il giudice ad assumere una determinata decisione in specifiche ed individuate controversie" e limitando poi il diritto del lavoratore ad una piena difesa in giudizio delle proprie ragioni, sancito dall'art. 24 Cost. [...]». Il principio della effettività della tutela giurisdizionale, continua la Corte, risulterebbe passibile di subire ancora violazioni nel caso di una possibile "ulteriore vigenza" della norma, come previsto dal comma 4 dell'art. 21, l. n. 133/2008, rimessa alla valutazione del Parlamento, in base alla verifica da compiersi, dopo 24 mesi dalla sua entrata in vigore, da parte del Ministero del lavoro, delle politiche sociali e della salute e delle organizzazioni sindacali delle parti. Viene quindi profilata l'ipotesi dell'eventuale proroga della vigenza della norma e dei relativi effetti.

Infine, il Tribunale di Tivoli considera violato l'art. 24 Cost., laddove la norma determina una differenziazione delle tutele in base al mero dato temporale dell'instaurazione del giudizio.

3.5. La Corte d'Appello di Roma individua, nell'ambito degli articoli della nostra Costituzione che risulterebbero violati, anche l'art. 111, comma 1 (in stretta correlazione con gli artt. 24 Cost. e 117, comma 1, Cost.) secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» e che riconosce il diritto ad avere regole giuste nel processo a tutela del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice.

3.6. Il Tribunale di Roma, diversamente dagli altri giudici di merito, ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione da parte degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368/2001 degli artt. 76, 77 e 117, comma 1, Cost. e per violazione da parte dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008, degli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, 101, 102, comma 2, 104, comma 1, e 117, comma 1, Cost. (del contrasto con gli artt. 3, 24 e 117 Cost. si è già trattato nei paragrafi che precedono)

Il giudice romano, considerata l'abrogazione dell'intera l. n. 230/1962, nonché dell'art. 23 della l. n. 56/1987, operate dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001, che ha dato attuazione alla l. delega n. 422/2000, relativa alla trasposizione della direttiva n. 99/70/CE, rileva che quest'ultima stabiliva due soli obiettivi: il rispetto del principio di non discriminazione e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo in successione di contratti o rapporti a termine. Quindi, richiamando la sentenza *Mangold*, ritiene che la direttiva non vietasse la possibilità di una modifica peggiorativa della tutela dei lavoratori a termine, a condizione che tale modifica non risultasse in alcun modo collegata con l'applicazione della direttiva (clausola di non regresso).

L'organo giudicante esclude che la direttiva ponesse dei vincoli in ordine alla tutela dei lavoratori sotto il profilo della necessità di presupposti o ragioni per l'apposizione del termine contrattuale e, in tal caso, il d.lgs. n. 368/2001, avendo abrogato la previgente normativa, avrebbe operato in assenza di delega, in violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

In ogni caso, anche ritenendo che la direttiva richiedesse che l'apposizione del termine dovesse essere ancorata a ragioni oggettive, il giudice argomenta che la disciplina nazionale previgente non richiedeva, sotto questo profilo specifico, alcun adeguamento dato che le causali indicate nella l. n. 230/1962 e leggi speciali successive, ora abrogate, facevano riferimento ad ipotesi basate e/o riconducibili a ragioni obiettive, attraverso previsioni specifiche e tassative. Ecco allora che il Tribunale individua nell'abrogazione della l. n. 230/1962 e dell'art. 23, l. n. 56/1987, operata dal d.lgs. n. 368/2001, un «arretramento del livello di tutela» precedentemente offerto dalla normativa italiana, in relazione ai presupposti per assumere con contratto a termine (sostituzione delle previsioni specifiche e tassative di cui alla l. n. 230/1962 con la clausola elastica e generica di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) e, conseguentemente, rileva che l'art. 1, comma 1, e l'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 si pongono in conflitto con la clausola di «non regresso» prevista dalla direttiva (ed anche con l'art. 117, comma 1, Cost.). In sostanza, scrive il Tribunale, ove dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368/2001, riacquisterebbe vigore la l. n. 230/1962, alla quale non risulta in ogni caso applicabile la l. n. 133/2008, relativa esclusivamente al d.lgs. n. 368/2001.

Riguardo invece alla questione di legittimità costituzionale sollevata per contrasto dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 con gli artt. 101, 102, comma 2, e 104, comma 1, Cost. (relativi alle funzioni giurisdizionali della magistratura), il Tribunale sostiene che «un intervento della legislazione che, come nella specie, riguardi esclusivamente un certo tipo di giudizi in corso ad una certa data si palesa privo del carattere di astrattezza proprio della normazione legislativa, ed assume carattere provvedimentale generale [...] con riguardo a giudizi in corso, così invadendo un ambito che deve ritenersi riservato al potere giudiziario» e richiama quelle pronunce della Consulta (C. Cost. n. 397/1994, C. Cost. n. 6/1994, C. Cost. n. 429/1993 ed altre) in cui viene qualificato illegittimo l'intervento legislativo finalizzato ad incidere «intenzionalmente» su concrete fattispecie *sub iudice*.

Non resta quindi che attendere la pronuncia della Consulta per sapere quale sarà il destino dell'art. 21, comma 1-bis, l. n. 133/2008 (ma anche degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368/2001).

Lorenza Biagini
Avvocato del Foro di Modena

5. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

5.1. Cass. pen. 7 aprile 2009, n. 15009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro - Obblighi di tutela del lavoratore minore inesperto - Responsabilità del formatore - Sussistenza - Violazione della normativa antinfortunistica - Decesso di minore apprendista - Conseguenze.

Il soggetto incaricato della formazione dell'apprendista, ponendosi come garante del datore di lavoro, ha un obbligo di tutela e di vigilanza finalizzato ad evitare che l'apprendista, durante il periodo di formazione, in virtù di scelte irrazionali e per comportamenti non particolarmente attenti, possa compromettere la propria integrità fisica. Non essendo contestato il ruolo di formatore del soggetto accusato, non può mettersi in discussione che siffatto compito gli imponeva di attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro. Nessuna efficacia causale può essere attribuita al comportamento del lavoratore infortunato che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre, in ogni caso, alla mancanza di cautele antinfortunistiche.

La responsabilità del formatore per l'infortunio occorso a lavoratore apprendista

Sommario: **1.** L'infortunio occorso a minore apprendista. – **2.** Le precedenti pronunce sulla responsabilità dell'impresa a tutela della salute e sicurezza degli apprendisti. – **3.** Sulla rilevanza della condotta del lavoratore nella definizione dei confini della responsabilità del formatore. – **4.** Brevi considerazioni conclusive.

1. Nella sentenza in esame la Corte di Cassazione torna ad affrontare il tema della responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio subito da un lavoratore, apprendista di 15 anni che, mentre era alla guida di un carrello elevatore, perdeva il controllo del mezzo e rimaneva schiacciato (per un primo commento alla sentenza vedi R. GUARINIELLO, *Infortunio mortale ad apprendista minore e responsabilità del formatore*, in *ISL*, 2009, 5, 298).

Nel caso in oggetto i giudici di primo grado, riscontrando delle carenze nel comportamento del dipendente-formatore dell'apprendista, avevano concluso nel senso di ascrivere a lui la responsabilità per l'infortunio occorso.

Anche i giudici di appello avevano confermato il giudizio di responsabilità a carico del formatore, facendo riferimento all'inadempimento degli obblighi di tutela *ex art. 2087 c.c.* nonché degli obblighi di vigilanza *ex art. 2049 c.c.*, obblighi che «il legislatore ha disposto al fine di evitare che il lavoratore apprendista, in virtù di scelte irrazionali o di comportamenti non particolarmente attenti, possa mettere a repentaglio la propria integrità psico-fisica».


La Corte di Cassazione, con la sentenza che qui si commenta, sostanzialmente conferma quanto stabilito nei due precedenti gradi di giudizio.

I giudici affermano, infatti, che lo stesso imputato non aveva mai messo in discussione il suo ruolo di soggetto formatore dell'apprendista. E, in assenza di prove circa la sussistenza di una diversa situazione di fatto, non poteva validamente mettersi in discussione che siffatto compito gli imponesse di attivarsi positivamente al fine di evitare situazioni di pericolo per l'apprendista.

Il punto centrale della sentenza appare quello in cui i giudici tornano ad occuparsi della questione dei “confini della responsabilità del datore di lavoro”, confini che diventano di

incerta determinazione nel caso di concorso nell'evento della imprudenza o negligenza da parte del lavoratore (vedi *infra* § 3).

La Corte stabilisce che, laddove sia accertata la violazione delle prescrizioni antinfortunistiche da parte del datore di lavoro o, come nel caso *de quo* del formatore, nessuna efficacia esimente può essere riconosciuta alla negligenza del lavoratore, poiché la disposizione contenuta nell'art. 2087 c.c. è diretta a prevenire, *anche* l'eventuale condotta colposa dello stesso lavoratore.

2. Sul tema della responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso all'apprendista, la giurisprudenza già da tempo ha sostenuto la maggiore intensità degli obblighi a carico del datore di lavoro, a causa della giovane età e della inesperienza dell'apprendista (si veda Cass. 12 gennaio 2002, n. 326, in  indice A-Z, voce *Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*).

Nella sentenza appena citata la Corte di Cassazione aveva stabilito che l'obbligo di tutela della sicurezza *ex art.* 2087 c.c. è particolarmente intenso nei confronti del lavoratore «di giovane età e professionalmente inesperto, che sia addetto ad una lavorazione di particolare pericolosità».

La sentenza del 2002, in verità affrontava anche un altro punto. La Corte di Cassazione, in quella sede, aveva stabilito, infatti, che l'abnormità del comportamento del lavoratore deve essere valutata in relazione all'inesperienza del lavoratore. Che, *a contrariis*, significherebbe dire che non va esente da responsabilità il datore di lavoro, qualora la condotta del lavoratore che ha concorso nella determinazione dell'evento sia ricollegabile «all'incolpevole inesperienza» dell'apprendista.

Il principio in questione può considerarsi ormai consolidato, essendo stato chiarito anche di recente, nella sentenza del 18 maggio 2007, n.11622 (su cui vedi il commento di L. DE MARCO, *La responsabilità del datore di lavoro per il danno subito da apprendista*, in *RIDL*, 2008, 1, 100 ss., ed anche di M. BERTONCINI, *L'art. 2087 e gli obblighi di informazione verso l'apprendista*, in *RCP*, 2007, 11, 2295).

Nella sentenza del 2007 si stabilisce che gravano sul datore di lavoro precisi obblighi di formazione dell'apprendista, tra cui in modo particolare primeggia la formazione sulla sicurezza sul lavoro.

Secondo la citata sentenza della Corte di Cassazione del 2007 gli obblighi in materia di sicurezza non si riferiscono soltanto al fatto di mettere a disposizione del lavoratore le attrezzature o i macchinari, ma attengono anche alla fase dinamica dell'adempimento dell'obbligo di sicurezza, e quindi, in modo particolare, alla informazione e all'addestramento pratico sulla sicurezza sul lavoro.

Ne deriva un'interpretazione estensiva della responsabilità del datore di lavoro, del resto ritenuta particolarmente auspicabile (in tal senso vedi M. BERTONCINI, *op. cit.*, secondo cui essa è appunto auspicabile «in tutte quelle situazioni in cui l'inesperienza del lavoratore può costituire fonte di maggior pericolo nella fase dinamica dello svolgimento della prestazione, rendendo necessario un più intenso impegno del datore di lavoro nella istruzione del dipendente, istruzione finalizzata non solo all'acquisizione della qualifica professionale, ma più in generale alla formazione di un lavoratore pienamente edotto e consapevole anche sugli aspetti della sicurezza del lavoro»).

La Corte di Cassazione ha precisato, nella medesima sentenza, che l'intensità dell'obbligo di sicurezza nei confronti degli apprendisti è tale che, tra le cautele che il datore di lavoro è tenuto ad adottare, non rientra solo l'osservanza puntuale dei precetti normativi relativi alle macchine impiegate o a specifiche lavorazioni, ma rientrano anche misure organizzative più specifiche dirette ad evitare che lavoratori *inesperti* come gli apprendisti siano coinvolti in lavorazioni pericolose.

3. La questione di più stretto diritto su cui verte la sentenza riguarda, però, come si diceva in apertura, i confini della responsabilità del datore o di chi riveste una posizione di garanzia, come il formatore.

In dottrina si ritiene, con orientamento ormai costante, che «nel complesso rapporto tra posizioni giuridiche attive e passive poste in capo al datore di lavoro in materia di sicurezza, la rilevanza pubblicistica del bene salute tutelato induca a limitare il grado di responsabilità imputabile ai lavoratori» (vedi già C. FALERI, *La responsabilità del datore per la tutela della sicurezza e del lavoro e concorso del prestatore nella determinazione dell'evento*, in *RIDL*, 1999, 2, 766).

L'ambito di responsabilità del datore di lavoro viene così esteso fino a comprendere l'obbligo di prevedere e impedire eventuali comportamenti colposi del lavoratore, riducendo la rilevanza giuridica degli stessi.

Ne deriva che, quando si accerti che il datore di lavoro abbia ommesso di adottare tutte le idonee misure protettive, o non vigili sul fatto che di queste misure venga fatto un corretto uso da parte del lavoratore (nel qual caso si configura la violazione di cui all'art. 40 c.p.), l'eventuale concorso di colpa del lavoratore non elimina la responsabilità del datore di lavoro, sul quale resta fermo l'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per eliminare il danno.

I giudici confermano quindi l'interpretazione estensiva dell'art. 2087 c.c., il quale sarebbe diretto a prevenire anche la condotta colposa del lavoratore, per la cui tutela la norma stessa è adottata.

Sulla rilevanza causale della condotta del lavoratore sulla dinamica dell'evento, va opportunamente precisato che in dottrina si ritiene che essa sia idonea a interrompere il nesso di causalità, e ad esonerare il datore di lavoro, quando sia dolosa, qualora sia frutto di "rischio elettivo", o esorbiti in maniera irrazionale dai limiti di essa, ovvero presenti i caratteri dell'abnormità e della assoluta imprevedibilità.

In base a costante giurisprudenza, infatti, l'interruzione del nesso causale tale da esimere il datore da responsabilità si realizza solo nel caso in cui la condotta del lavoratore presenti i caratteri dell'*eccezionalità* e dell'*abnormità*, o della *inopinabilità* rispetto al procedimento di lavoro (Cass. 21 dicembre 1995, n. 3483, in [📖](#) indice A-Z, voce *Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, ed anche Cass. 22 maggio 2008, n. 20586).

Analogamente, si ritiene che debba escludersi del tutto la responsabilità del datore di lavoro allorquando egli abbia osservato tutte le suddette cautele e l'infortunio si sia verificato per esclusiva imprudenza del lavoratore che abbia trasgredito le istruzioni ricevute o eseguito il lavoro in modo difforme dalle istruzioni ricevute.

Correttamente, quindi, ad avviso di chi scrive, il giudice ha stabilito che l'eventuale concorso del lavoratore non vale ad interrompere il nesso casuale, laddove si sia accertato che l'evento della morte dell'apprendista è da ricondurre *comunque* alla mancanza o insufficienza delle cautele da parte del datore o di chi riveste una posizione di garanzia, come il tutor/formatore dell'apprendista.

4. La sentenza appare di rilievo per due ragioni.

Innanzitutto perché si inserisce in un contesto normativo, richiamato nella stessa sentenza, che ha subito, di recente, dei profondi cambiamenti.

È evidente, infatti, che il d.lgs. n. 81/2008 (cosiddetto Testo Unico per la salute e sicurezza nei luoghi di lavoro) e la stessa l. delega n. 123/2007 abbiano modificato il regime di tutela della salute e sicurezza allargando le maglie della tutela dei lavoratori atipici (per un primo commento al testo del d.lgs. n. 81/2008 vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008), problema già del resto evidenziato da tempo (vedi M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Lavoro atipico: profili qualificatori e intensità dell'obbligo di sicurezza*, in *q. Rivista*, 1999, 1, 59). Tali interventi normativi hanno posto una certa enfasi sulla formazione del lavoratore sulla sicu-

rezza, attribuendo alle parti sociali il compito di valorizzare il processo formativo (invito che in alcuni settori sembra sia stato già accolto in maniera propositiva dalle parti, come dimostra il caso del settore edilizia).


Nessun cenno viene fatto nel nuovo decreto legislativo alla responsabilità del datore di lavoro che, quindi rimane affidata alla giurisprudenza.

Non si può non osservare però che, in un contesto generale in cui l'obbligo di tutela della sicurezza a carico del datore di lavoro appare sempre più dinamico, come sopra rilevato, la sentenza sembra incardinarsi perfettamente all'interno di un modello di responsabilità esteso, che non diventa certamente di responsabilità oggettiva, ma che chiama il giudice ad effettuare una valutazione "attenta e responsabile" del caso specifico.

Pare così trovare una convincente esplicitazione nella sentenza in oggetto, e qui veniamo quindi alla seconda ragione per cui la sentenza sembra di una certa importanza, quel principio, letto nella chiave della responsabilità dell'impresa, dell'obbligo di «valutazione del rischio in base all'età», di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, che sembrava, come formulato nel testo del d.lgs. n. 81/2008, rappresentare una mera dichiarazione di intenti.

Paola De Vita
Ricercatrice Adapt

5. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (*segue*)

5.2. Cass. pen., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 10).

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro - Delitti contro la persona - Incendio colposo - Violazione norme antinfortunistiche - Datore di lavoro - Grandi imprese - Delega di funzioni - Obblighi non delegabili.

In forza delle disposizioni specifiche previste dalla normativa antinfortunistica e da quella generale di cui all'art. 2087 c.c., il datore di lavoro è il "garante" dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale del lavoratore, con la conseguenza che, ove egli non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento lesivo gli viene addebitato in forza del principio che «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo». Il datore di lavoro non può utilmente trasferire tramite delega di funzioni l'obbligo di intervenire allorché sussista un rischio connesso all'attività lavorativa che si inquadri in scelte di carattere generale di politica aziendale ovvero in carenze strutturali, rispetto alle quali nessuna capacità d'intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato alla sicurezza.

I confini degli obblighi non delegabili nell'orizzonte interpretativo della Suprema Corte

Sommario: 1. Il caso. – 2. I profili causali. – 3. Gli obblighi delegabili e non delegabili. – 4. Approfondimento bibliografico.

1. La sentenza in rassegna rappresenta il punto di arrivo della vicenda giudiziaria originata dall'incendio sprigionatosi nel marzo del 2002 presso lo stabilimento ThyssenKrupp di Torino, presagio dei fatti accaduti nel dicembre 2007 presso la linea 5 del medesimo stabilimento che hanno causato la morte di sette operai.

L'imputato, Presidente del comitato esecutivo, nonché titolare delle deleghe in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, era condannato nei due gradi di merito per il delitto di cui

all'art. 449, comma 1, c.p., per aver colposamente cagionato l'incendio della zona laminatoio Sendzimir 62, avendo omesso di individuare le misure di prevenzione e protezione all'uopo necessarie e di segnalare la necessità di interventi costosi utili a fronteggiare l'imminente rischio di incendio.

La parte motivazionale della pronuncia si snoda lungo due direttrici argomentative principali, delineate dai motivi di censura adottati dal prevenuto contro le conclusioni della Corte distrettuale.

2. *In primis*, si scruta la prospettazione difensiva in forza della quale l'offesa sarebbe da imputare alla condotta colposa dei vigili del fuoco che assurgerebbe a causa causale ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p., trattandosi di causa sopravvenuta di per sé sufficiente a determinare l'evento. La Corte, in linea con quanto statuito dalla nota sentenza *Franzese* (Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Riv. Pen.*, 2003, n. 3, 274), esclude che, all'esito di un giudizio controfattuale probabilistico formulato alla luce del corredo probatorio compendiato nelle risultanze della perizia disposta dal giudicante, l'incendio si sarebbe estinto in mancanza delle manovre dei vigili del fuoco. Invero, osserva che la grave carenza dei presidi antincendio riferibile al reo debba individuarsi come *condicio sine qua non* (*rectius, conditio*, poiché l'estensore allude nella motivazione a un fatto genetico fondante l'evento e non a una sequenza regolare di avvenimenti evocata dal sostantivo *condicio*) del rapido propagarsi e della estesa diffusività delle fiamme. Pare inoltre opportuno chiarire che, stante l'art. 41, comma 3, c.p. (a mente del quale le cause preesistenti, simultanee o sopravvenute possono consistere nel fatto illecito altrui), anche nel caso in cui si fosse raggiunta la prova di una condotta imperita dei vigili del fuoco, per ciò solo non si sarebbe potuto affermare la sussistenza di una soluzione di continuità del nesso causale tra il contegno del reo e l'offesa, potendo semmai inquadrarsi il maldestro intervento dei vigili nell'ambito di una condizione concorrente alla produzione dell'evento. La dottrina dominante, infatti, concorda nel ritenere che per attribuire, sul piano oggettivo, un'offesa a un soggetto è sufficiente che il comportamento di questi, non importa se da solo o in sinergia con altri fattori, eventualmente rappresentati dal fatto illecito altrui, abbia costituito un presupposto dell'evento naturalistico (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, in L. CONTI (a cura di), *Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 16^a ed., 245; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Giuffrè, Milano, 3^a ed., 2004, 361) o giuridicamente significativo (A. PAGLIARO, *Principi, Il reato*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2007, 350).

3. Secondariamente, la Corte affronta la questione afferente l'ambito degli obblighi delegabili da parte dell'imputato. In particolare, secondo l'assunto difensivo, le violazioni che avevano occasionato l'incendio non potevano ascrivere al ricorrente, poiché si inquadravano nell'ambito di attività delegabili e, come tali, delegate, non essendo riferibili né all'elaborazione del documento di valutazione dei rischi né alla nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Il nodo problematico relativo alla trasferibilità dei doveri di prevenire eventi lesivi originariamente gravanti in capo all'imprenditore in quanto titolare dell'iniziativa economica cui l'ordinamento attribuisce poteri direttivi e gestionali necessari alla neutralizzazione delle relative fonti di rischio (G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*), assume connotati di particolare criticità nelle imprese di grandi dimensioni. In tali realtà aziendali, infatti, si profila un duplice ordine di rischi.

Per un verso, gli apicali (Presidente del consiglio di amministrazione, Amministratore delegato), in quanto titolari in via immediata e diretta degli obblighi giuridici di impedire il prodursi di offese derivanti dal complesso di disposizioni a tutela dell'incolumità fisica del lavoratore, potrebbero essere ritenuti responsabili di dette offese in forza di automatismi ascrittivi di responsabilità per posizione, in spregio all'art. 27, comma 1, Cost.

D'altro canto, il riconoscimento della possibilità di trasferire tramite un atto di autonomia privata i doveri e le connesse responsabilità penali si presta ad essere oggetto di abusi (si allude a quelle ipotesi in cui il delegato interpreta il ruolo della c.d. testa di legno o uomo di paglia, che, lungi dal rendere effettivi i controlli e gli adempimenti a tutela dei lavoratori, degrada a mero "parafulmine" giudiziario).

Facendo astrazione dall'evoluzione giurisprudenziale che ha tratteggiato i profili di validità della delega di funzioni e appuntando l'attenzione sulle realtà aziendali complesse, si rileva un indirizzo interpretativo ormai solido che, ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile, postula un puntuale accertamento della gerarchia delle responsabilità all'interno dell'apparato strutturale, così da verificare l'eventuale predisposizione di un adeguato organigramma dirigenziale ed esecutivo il cui corretto funzionamento esonera l'organo di vertice da responsabilità di livello intermedio e finale (tra le altre, cfr. Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 2003, n. 37470, *Boncompagni*). Questa soluzione pare recepire quell'insegnamento dottrinale, c.d. funzionalistico, a mente del quale l'individuazione del soggetto responsabile deve essere effettuata sulla base della funzione di fatto esercitata all'interno dell'ente collettivo (fra gli esponenti della linea di pensiero richiamata si segnala: A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Nardini, Firenze, 1984). Essa, inoltre, presenta un'indubbia conformità alla realtà organizzativa aziendale, atteso che nelle imprese di grandi dimensioni si assiste a una frantumazione orizzontale dei centri decisionali e responsabilitari, nell'ottica di un modello prevenzionistico partecipato che da sempre ispira la normativa in materia di salute e sicurezza.

Nel caso *de quo*, tuttavia, il cuore della questione s'incentra sui limiti delle attività delegabili.

L'introduzione di limiti legali al contenuto della delega si deve all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 242/1996, che inserendo il comma 4-ter nell'art. 1 del d.lgs. n. 626/1994 ha posto fine a un vivace dibattito interpretativo sviluppatosi intorno ai confini operativi di detto istituto. La *ratio* del divieto di delegare determinate attività riposa sull'intento di responsabilizzare il datore di lavoro rispetto agli obblighi fondamentali in tema di sicurezza, evitando così, soprattutto nei contesti aziendali organizzativamente molto complessi, una eccessiva parcellizzazione dei poteri/doveri in punto sicurezza, con il rischio di una possibile "evanescenza" dei profili soggettivi di responsabilità.

Nel caso di specie, infatti, la Suprema Corte, facendo eco a una recente pronuncia della sezione IV (Cass. pen., sez. IV, 29 marzo 2007, n. 12794, inedita), nega che, pur ricorrendo a una delega corretta ed efficace, il datore di lavoro vada esente da responsabilità penale laddove le carenze nella disciplina antinfortunistica attengano a scelte di carattere generale della politica aziendale ovvero a carenze strutturali, riguardo alle quali nessuna capacità d'intervento possa realisticamente attribuirsi al delegato della sicurezza. I giudici di legittimità, così opinando, paiono sposare quella opzione interpretativa (A. ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, 1992, vol. VI, 200 ss.) che, in linea di principio, attribuisce alla delega di funzioni un'efficacia costitutiva di responsabilità in capo al delegato, il quale diverrebbe titolare di una posizione di garanzia che si giustappone a quella del dante incarico (delegante) e non la surroga. In altri termini, il delegante risponderà sia delle violazioni del delegato derivanti dall'inosservanza del dovere di vigilanza sulle attività giuridicamente delegabili a questo, sia delle violazioni che siano propiziate da erronee scelte di carattere generale inerenti l'organizzazione dell'impresa o da carenze strutturali, rispetto alle quali è preclusa qualsivoglia capacità d'intervento del delegato.

Come osservato da alcuni studiosi, stando così le cose, potrà comunque trovare spazio la c.d. delega materiale o tecnica, in forza della quale un dirigente particolarmente qualificato e competente potrà essere deputato ad adempiere obblighi non delegabili; nondimeno, delle violazioni di questo, sarà chiamato a risponderne soltanto il datore di lavoro-

delegante, atteso che la condotta omessa non era delegabile per legge (P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2001, 70) e l'eventuale atto d'autonomia privata trasferente la stessa sarebbe stato comunque invalido per violazione di norme imperative.

A detta della Corte, la logica che percorre gli arresti ermeneutici e normativi dianzi riferiti è stata recepita e asseverata dal legislatore del 2008 che, nel d.lgs. n. 81, ha prescritto con l'art. 17 una serie di obblighi non delegabili in quanto espressivi di scelte aziendali di fondo che rifluiscono nei poteri/doveri del datore di lavoro. Segnatamente, si allude alla lett. *a*, attività di valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza al fine della redazione del documento previsto dall'art. 28; e alla lett. *b*, designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi (RSPP).

Nella vicenda in rassegna i profili di colpa rilevati nella condotta dell'imputato, *id est* mancata analisi del rischio incendio, violazione degli obblighi di individuare le misure di protezione, di predisporre il programma per definire i livelli di sicurezza, di fornire gli impianti e i dispositivi di protezione individuali, sono stati considerati aspetti propri di complessive scelte aziendali inerenti alla sicurezza delle lavorazioni e, pertanto, non utilmente trasferibili.

Nel caso *de quo*, l'evidente scostamento delle scelte dell'imputato da quell'atteggiamento doveroso che ci si attendeva da costui induce a condividere la conclusione cui è giunta la Suprema Corte. Nondimeno, non pare così persuasivo e pertinente il raccordo operato dai giudici di legittimità tra la vicenda portata alla loro attenzione e l'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008. Raffrontando gli isolati profili del fatto che affiorano dalla trama motivazionale e il dettato normativo dianzi richiamato, che scolpisce in due alinea gli obblighi non trasferibili, non sembra così evidente che l'imputato abbia provveduto a delegare siffatte attività. Piuttosto, si può muovere a costui una censura in termini di colpa, perché nell'esercitare quelle attività che gli competevano in qualità di Presidente del comitato esecutivo con deleghe in materia di sicurezza e igiene del lavoro non si è conformato alle prescrizioni derivanti dal *corpus* normativo in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. In particolare, ha adottato dei rilevatori di fumo in luogo di un sistema di intervento antincendio ad attivazione automatica e non ha compartimentato i locali sottostanti e circostanti le vasche di raccolta dell'olio di raffreddamento.

Concludendo, si auspica che questo primo accenno interpretativo dell'art. 17 del Testo Unico sicurezza non inauguri un filone giudiziale che, attraverso l'argomentazione delle scelte di politica aziendale, dilati eccessivamente la portata del messaggio normativo in tema di obblighi non delegabili. Il rischio, infatti, è quello di incentivare modelli di non corrispondenza a causa dei quali all'effettiva sussistenza (ricorrendo, ad esempio, una delega materiale) dei poteri per l'adempimento di obblighi giuridicamente non delegabili in capo a soggetto diverso dall'imprenditore-datore di lavoro non faccia da *pendant* alcuna quota di responsabilità penale (P. SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, cit., 72). Tale congettura, formulata prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, può considerarsi un suggerimento interpretativo dell'art. 17 TU sicurezza da tenere in debita linea di conto. L'Autore, infatti, paventa che detti modelli di non corrispondenza possano paradossalmente favorire situazioni nelle quali un datore di lavoro, incapace di adempiere personalmente agli obblighi non delegabili, divenga 'parafulmine' di responsabilità per l'azione dei dirigenti da lui dipendenti.

Le ombre di un modello di responsabilità oggettiva occulta si proiettano soprattutto negli ambiti aziendali di particolare complessità. Inoltre, considerando la natura prevalentemente contravvenzionale dei reati in materia di salute e sicurezza, non si potrebbe utilmente invocare l'istituto della cooperazione nel delitto colposo (art. 113 c.p.) per responsabilizzare soggetti che non siano originariamente legittimati alla commissione della par-

tiolare figura di illecito penale, poiché la rubricazione dell'articolo limita l'operatività dell'istituto alle sole ipotesi delittuali.

4. I profili causali. La teoria controfattuale, rivisitazione della teoria galileiana della eliminazione mentale, sebbene continui a incontrare il favore della giurisprudenza italiana (cfr., *ex multis*, Cass. 6 marzo 2009, n. 10331) è oggetto di stringenti critiche di ordine logico (cfr. M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico: il nesso causale tra condotta ed evento*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al Codice Penale*, Zanichelli, Bologna, 2007, vol. II, tomo I, cap. III, 169) e pratico-applicativo (cfr. J. KIM, *Supervenience, Determination and Reduction*, in *Journal of Philosophy*, 1985, 82, 616; D.K. LEWIS, *Postscript to Causation*, in *Philosophical Papers*, 1986, II, 172).

Le sequenze etimologiche culminanti nelle due trascrizioni *condicio* e *conditio*, che la giurisprudenza e la dottrina prevalenti adoperano sinonimicamente, sono consultabili nell'opera di G. LICCI, *Figure del diritto penale. Lineamenti di una introduzione al sistema punitivo italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, 227; per una completa disamina della questione causale in ambito penale e una soluzione interpretativa su base normativa della medesima, si segnala, del medesimo A., *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Jovene, Napoli, 1996.

Gli obblighi delegabili e non delegabili. La delega di funzioni è al centro di un'ampia letteratura, tra i tanti: E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Bologna, 2008, 59 ss.; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni l'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Giuffrè, Milano, 2008; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003, III; A. FIORELLA, *Il soggetto attivo nelle organizzazioni pluripersonali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXV, Cedam, Padova, 2001; A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit.; D. PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Digesto delle Discipline Penali*, 1992, vol. VI, 102 ss.; C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974.


Maria Giovannone

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – Adapt – Fondazione Marco Biagi

Yuri Russo

Avvocato del Foro di Cuneo
Dottorando di ricerca in Diritto Penale italiano e comparato
Università degli Studi di Torino

5. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (segue)

5.3. Cass. pen., sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38002 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 5).

Salute e sicurezza - Normativa antinfortunistica - Destinatari - Individuazione - Cantieri temporanei o mobili - Coordinatore per l'esecuzione dei lavori - Posizione di garanzia - Sussistenza - Contenuto.

In materia di infortuni sul lavoro, il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, nei cantieri temporanei o mobili, deve assicurare il collegamento fra impresa appaltatrice e committente al fine di realizzare la migliore organizzazione, e ha il compito di adeguare il piano di sicurezza in relazione all'evoluzione dei lavori, di vigilare sul rispetto del piano stesso e di so-

spendere, in caso di pericolo grave e imminente, le singole lavorazioni. Ne consegue che egli è responsabile delle conseguenze derivanti dalla violazione di tale posizione di garanzia.

Gli obblighi del coordinatore della sicurezza per la fase di esecuzione nei cantieri temporanei mobili

Sommario: **1.** La posizione di garanzia del coordinatore per l'esecuzione, nell'interpretazione della Suprema Corte. – **2.** Il significato della sostituzione del verbo "assicurare" (l'applicazione delle disposizioni contenute nel piano di sicurezza e coordinamento da parte delle imprese esecutrici) con il verbo "verificare", quale elemento vincolante per determinare la posizione di garanzia del coordinatore per l'esecuzione. – **3.** Conclusioni critiche circa l'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione sulla posizione di garanzia del coordinatore per la esecuzione.

1. La sentenza che qui si commenta è tornata ad occuparsi della materia della sicurezza del lavoro nei cantieri temporanei e mobili, ovvero dove si effettuano lavori edili o di ingegneria civile, affrontando, in particolare, la questione della responsabilità penale "antifortunistica" del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, sotto l'aspetto dell'onere probatorio. Pur muovendosi nel solco di indirizzi ormai ricorrenti in giurisprudenza, meglio ne precisa i contorni, contribuendo, in tal modo, a completare un quadro interpretativo che, *in subiecta materia*, com'è noto, *non può ritenersi mai definitivamente tranquillo*, non suscettibile, cioè, di ripensamenti, sovente sollecitati dalle peculiarità del caso di specie.

Il tema in questione, inoltre, offre interessanti spunti di approfondimento, anche in conseguenza dei rinnovati stimoli che possono discendere dall'entrata in vigore del TU sulla sicurezza del lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), in particolare per quel che riguarda il Capo I del Titolo III, nel quale confluisce, non senza modifiche, il d.lgs. n. 494/1996 (ma non per quel che riguarda gli obblighi del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione che sono rimasti pressoché inalterati).

Il caso sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione concerne l'infortunio mortale occorso in un cantiere edile ad un lavoratore autonomo, nello specifico un marmista, incaricato dall'impresa appaltatrice di pavimentare i rampanti di una scala (alla quale erano state rimosse le protezioni per avviare la posa in opera del marmo) e scivolato al suolo durante il trasporto di una lastra di marmo.

Il giudice di prime cure dichiarava responsabili, in concorso tra loro, del reato di cui all'art. 589, commi 1 e 2, c.p., il legale rappresentante della impresa affidataria, il committente-responsabile dei lavori ed, infine, il coordinatore unico per la sicurezza condannando rispettivamente il primo e il secondo alla pena detentiva di 8 mesi di reclusione previa concessione delle attenuanti generiche ritenute prevalenti sull'aggravante contestata con beneficio della sospensione della pena subordinata al pagamento della provvisoria, mentre l'ultimo alla pena di 1 anno di reclusione oltre che al risarcimento dei danni subiti dalle parti civili.

Proposto ricorso alla Corte di Appello sia da parte degli imputati che dal P.M. e dalle parti civili, la stessa assolveva dal reato il committente-responsabile dei lavori con la formula «perché il fatto non costituisce reato» mentre riduceva la pena inflitta al coordinatore e al legale rappresentante concedendo ad entrambi il beneficio della sospensione della pena.

Le convinzioni cui perveniva la Corte circa la colpevolezza del coordinatore per la sicurezza coincidevano con quelle del giudice di prime cure. Si sottolineava che il coordinatore per la sicurezza non aveva esercitato gli obblighi previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 494/1996 (oggi art. 92, d.lgs. n. 81/2008) ed in particolare oltre a non segnalare le inos-

servanze riscontrate al committente, non aveva effettuato le verifiche in ordine all'osservanza e applicazione delle prescrizioni contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento e, segnatamente, in presenza di pericolo grave e imminente, non aveva ordinato la sospensione dei lavori all'esito dell'ultimo controllo. Il coordinatore per la sicurezza faceva successivamente ricorso alla Corte di Cassazione chiedendo l'annullamento della condanna, sostenendo a propria difesa che in base ad una corretta interpretazione dell'art. 5, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 494/1996, come modificato dal d.lgs. n. 528/1999, incombe sul coordinatore l'obbligo di verificare l'applicazione da parte delle imprese esecutrici, delle disposizioni loro pertinenti contenute nel piano di sicurezza e giammai, quindi, di assicurare le stesse, che è compito precipuo delle imprese.

Inoltre, proseguiva il ricorrente, «il coordinatore per la sicurezza non sarebbe più colui al quale si può esigere una funzione di quotidiano e costante presidio del cantiere e, di conseguenza, addebitare *la culpa in vigilando* per qualsiasi violazione che è invece da riferire ai datori di lavoro, dirigenti, preposti» ma «spetterebbe un'attività di coordinamento dei diversi soggetti (ove presenti) in cantiere per rendere attuali e coerenti le prescrizioni pianificate in sede di progettazione» pertanto non poteva imputarsi «l'omessa vigilanza nel cantiere in questione».

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso affermando che correttamente il giudice di merito ha individuato gli estremi della responsabilità del coordinatore «nella duplice violazione della mancata verifica circa la sussistenza delle misure minime di sicurezza inerenti lo specifico lavoro di posa in opera delle lastre di marmo sulla scala in questione, e della mancata, immediata, sospensione dei lavori per assicurare l'adempimento delle previsioni del piano di sicurezza, con riferimento a quanto imposto dal d.lgs. n. 494 del 1996, art. 5, comma 1, lett. a) e f), come modificato dal d.lgs. n. 528 del 1999».

Inoltre, conferma le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Appello sull'assunto che, in caso di infortunio occorso al lavoratore consenziente ad operare in situazione di pericolo, non è esonerato il datore di lavoro dall'obbligo di osservare le norme antinfortunistiche, atteso che queste ultime sono dirette a prevenire anche il comportamento imprudente, negligente o dovuto ad imperizia dello stesso lavoratore, il quale non può disporre altresì del proprio diritto alla salute. Questa pronuncia è perfettamente allineata all'orientamento consolidato e particolarmente rigoroso della giurisprudenza penale (Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 2008, n. 12348; nello stesso senso Cass. pen., sez. IV, 4 luglio 2007, n. 25502), basato sull'assunto che la normativa di sicurezza, in quanto rivolta prioritariamente alla tutela dell'incolumità fisica del lavoratore, deve essere in grado di prevedere anche eventuali imprudenze e negligenze del dipendente medesimo. Ne deriva, che la condotta negligente o inosservante delle prescrizioni antinfortunistiche non è in grado di interrompere il nesso di causalità *ex artt.* 40, comma 2, 41 e 42 c.p., tra evento e danno, escludendo la responsabilità datoriale per l'infortunio occorso al lavoratore.

L'altro aspetto decisivo della sentenza ruota, tuttavia, intorno all'individuazione degli obblighi facenti capo all'area funzionale del coordinamento dei lavori nella fase esecutiva di realizzazione dell'opera edile. Il coordinatore per l'esecuzione svolge «una duplice azione di verifica sulle imprese esecutrici e sui lavoratori autonomi, al fine di controllare l'applicazione, da parte loro, delle disposizioni loro pertinenti contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento, nonché la corretta applicazione delle relative procedure di lavoro. Si tratta, in estrema sintesi, di controllare la corretta corrispondenza tra ciò che è scritto nel piano di sicurezza e di coordinamento e ciò che, in concreto, fanno o si accingono a fare le imprese esecutrici e i lavoratori autonomi, con riguardo ai fattori di rischio aggiuntivi ed interferenziali» (P. SOPRANI, *La sicurezza nei cantieri*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2001).

2. Nonostante sia stato rimarcato che la sostituzione, operata dal d.lgs. n. 528/1999, dell'originario verbo "assicurare" con il verbo "verificare", escluderebbe l'imposizione in

capo al coordinatore per l'esecuzione di un obbligo di risultato, quale doveva desumersi da un'interpretazione rigorosa della vecchia formulazione, prevedendosi, al contrario, solo un obbligo di accertamento, di controllo dell'applicazione, da parte dei lavoratori autonomi e delle imprese esecutrici del piano di sicurezza e coordinamento e delle procedure di lavoro (F. BACCHINI, *Il contratto d'appalto e il contratto d'opera in azienda e in cantiere. La sicurezza sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 184-186; per un'interpretazione riduttiva della sostituzione del termine "assicurare" con "modificare", nel senso che anche prima della novella il termine "assicurare" non poteva essere letto nell'accezione di "mettere in sicurezza", ovvero "proteggere da un danno", bensì nel senso di "controllare un risultato", si veda A. ODDO, R. PETRINGA NICOLOSI, *La nuova legislazione per la sicurezza nei cantieri*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 167-168; per un inquadramento generale sul significato da attribuire al verbo "verificare", si veda T. VETTOR, *Sicurezza nei cantieri*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2000, n. 3, inserto, XI), con il conseguente ridimensionamento della responsabilità penale dello stesso, conseguenza del rispetto del principio del carattere personale della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, della Carta Costituzionale (da cui l'affermazione della configurabilità in capo al coordinatore di un'obbligazione di mezzi sull'assunto che questi può, senz'altro, adottare i provvedimenti di cui all'art. 5, lett. f, consistenti nella segnalazione delle eventuali inadempienze, sia al committente che agli organi di vigilanza, ma non può certamente rispondere penalmente per fatti addebitabili ad altri soggetti), l'aspetto decisivo della pronuncia di legittimità è, in ogni caso, legato alla concreta applicazione del principio di diritto affermato nella sentenza della Cassazione penale 26 maggio 2004, n. 24010, secondo cui il coordinatore della sicurezza è penalmente responsabile degli «eventi conseguenti alla violazione della sua posizione di garanzia della sicurezza e della salute».

Illuminante è l'iter argomentativo del giudice di legittimità, che, nel respingere le doglianze del ricorrente, richiama la sentenza n. 2934 della sez. III della Suprema Corte del 12 ottobre del 2004, la quale, dopo aver precisato che la differenza tra i compiti imposti al coordinatore (verificare l'applicazione da parte delle imprese) e il mancato adempimento di cui alla contestazione (non aveva assicurato l'applicazione di quanto previsto nel piano di sicurezza) concretizzavano una variazione puramente terminologica, in quanto il significato dell'addebito risultava chiarissimo e coincideva con il dato normativo, ha affermato che il mancato assolvimento da parte del coordinatore del compito primario su di lui incombente, di garantire la sicurezza del cantiere, aveva determinato le violazioni riscontrate a carico della ditta esecutrice (dal momento che l'espletamento delle opportune azioni di coordinamento avrebbero, per l'appunto, assicurato l'applicazione delle previsioni del piano di sicurezza).

Benché la semplice lettura comparata delle espressioni usate dai due testi normativi (d.lgs. n. 494/1996 nell'originaria formulazione ed in quella a seguito della modifica introdotta dal d.lgs. n. 528/1999) sembri confermare l'esattezza della tesi della maggiore ampiezza prima e minore poi, dell'area della responsabilità gravante sul coordinatore, è chiaro l'intento della Suprema Corte di sminuire il senso della sostituzione del verbo "verificare" all'originario "assicurare", in quanto il fulcro della sentenza si basa, comunque, sulla posizione di garanzia antinfortunistica del coordinatore.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, il legislatore ha inteso, in ogni caso, rafforzare la tutela dei lavoratori rispetto ai rischi cui possano essere esposti nello svolgimento dell'opera, prevedendo in capo al coordinatore una posizione di garanzia in virtù della quale, sia pure con modalità diverse rispetto a datori di lavoro, dirigenti e preposti, deve prendersi cura della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori, garantendo, in ultima istanza ed in caso di inadempienza dei predetti soggetti, l'osservanza delle condizioni di sicurezza previste dalla legge.

Impostata in questi termini la dimensione della posizione di garanzia, non si può escludere l'eventualità di un coinvolgimento del coordinatore per l'esecuzione in situazioni penalmente rilevanti connesse ad infortuni sul lavoro a scaturigine puramente operativa e relativi ad adempimenti propri dell'impresa esecutrice e tutto ciò, nonostante il suo obbligo sia, in primo luogo, quello di verificare e segnalare il mancato rispetto della pianificazione di sicurezza.

Non vi è dubbio infatti che, considerando da un lato il potere/dovere del coordinatore di verifica, di segnalazione e di sospensione dei lavori in caso di pericolo grave ed imminente previsti dall'art. 5, lett. *a*, *e* ed *f*, del d.lgs. 494/1996 e, dall'altro, la circostanza che il persistere dell'inosservanza, in attesa che il committente o il responsabile dei lavori assumano le opportune risoluzioni, possa determinare, comunque, un evento lesivo dell'integrità fisica dei lavoratori, il coordinatore per l'esecuzione potrebbe (spesso surrettiziamente, se non si considerasse che tale situazione si dovrebbe verificare solo in caso di pericolo grave ed imminente dallo stesso coordinatore direttamente riscontrato) essere sempre chiamato a rispondere per non aver disposto, allo scopo di correggere la situazione di pericolosità, la sospensione immediata dell'attività lavorativa.

Nell'ottica di cui sopra, il fondamento della sentenza può essere, quindi, sintetizzato nella convinzione della Suprema Corte che l'attività di coordinamento per l'esecuzione sia fondamentalmente diretta, ad assicurare, a garantire, in via diretta, l'attuazione dell'obbligo antinfortunistico anche nell'ambito dell'attività di verifica e segnalazione.

3. Tuttavia, «tale organico, coerente ed inequivocabile orientamento interpretativo giurisprudenziale» (D. CEGLIE, *Cantieri temporanei e mobili: obblighi, procedure e responsabilità*, in M. RUSCIANO, G. NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, vol. VIII, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Utet, Torino, 2007, 571) propugnato dalla Suprema Corte non convince affatto (si veda in tal senso L. PONIZ, *Il sistema di coordinamento nei cantieri*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2008, n. 7, 389).

La pretesa "assicurazione", ovvero la "garanzia", da parte del coordinatore per la esecuzione dei lavori, circa l'applicazione delle disposizioni della pianificazione di sicurezza e delle procedure di lavoro in essa contenute da parte delle imprese esecutrici e dei lavoratori autonomi è, infatti, un obiettivo non raggiungibile se non ammettendo la sua ingerenza nella sfera giuridica del datore di lavoro dell'impresa esecutrice o del lavoratore autonomo (S. MARGIOTTA, *Decreto cantieri-bis*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, 2000, n. 5, inserto, IX). È per questa ragione, quindi, che il coordinatore per l'esecuzione pur dovendo adottare i provvedimenti previsti dall'art. 5 del d.lgs. n. 494/1996, consistenti, in particolare, nella segnalazione delle eventuali inadempienze sia al committente che agli organi di vigilanza, non potrà mai rispondere per fatti di reato ascritti ad altri e da altri commessi. In quest'ottica, si deve, quindi, specificare ulteriormente che l'azione di verifica del coordinatore per l'esecuzione, che si compone oggi dei momenti del coordinamento e del controllo, diversamente dall'azione di assicurare l'applicazione delle disposizioni dei piani e delle procedure di lavoro, non pare implicare una diretta valenza operativa e di intervento.

In questa direzione si muove, infatti, anche la Relazione di accompagnamento al testo del d.lgs. n. 528/1999, la quale fa intendere come in nessun caso il coordinatore avrebbe potuto garantire il risultato di condotte altrui (imprese esecutrici e lavoratori autonomi), ma solo e più limitatamente, verificarne la corrispondenza rispetto alle prescrizioni loro pertinenti, contenute nel piano di sicurezza e di coordinamento.

Interpretando diversamente la formulazione degli obblighi di cui all'art. 5, del d.lgs. n. 494/1996, infatti, il rischio risulta quello di favorire uno stravolgimento delle funzioni del coordinatore per l'esecuzione, trasformandolo in un controllore aggiunto e non in un gestore di processo per la tutela della salute e della sicurezza.

Pertanto, proprio al fine di scongiurare le conseguenze negative alle quali giunge la Corte di Cassazione in capo al coordinatore per l'esecuzione, si è suggerito di interpretare l'attività di verifica considerandola come «un'attività da espletare all'interno dell'azione di coordinamento delle fasi di lavoro prima e durante l'esecuzione dei lavori. In altre parole, il coordinatore per l'esecuzione dovrà organizzare la propria attività in modo tale da coordinare le attività di cantiere, ad esempio mediante riunioni periodiche per il coordinamento, sopralluoghi in cantiere in particolari momenti di sviluppo dei lavori per la verifica della corretta attuazione di quanto pianificato e programmato nel piano» (T. VETTOR, *op. cit.*, XI-XII).

L'obbligo di verifica, pur adempiuto attraverso opportune azioni di coordinamento e controllo, non può, in ogni caso, come avveniva in passato sotto l'imperio dell'obbligo di assicurare «l'applicazione delle disposizioni contenute nei piani di cui agli artt. 12 e 13 e delle relative procedure di lavoro», essere interpretato nel senso che il coordinatore per l'esecuzione dei lavori debba presenziare costantemente all'attività lavorativa nel cantiere; questo, non più, certamente, al fine di assicurare l'applicazione dei piani, ma neppure al più limitato fine di vigilare sull'applicazione del piano di sicurezza e di coordinamento nonché delle procedure di lavoro e del piano operativo di sicurezza, né, tantomeno, al fine di vigilare sul rispetto delle misure antinfortunistiche nei confronti dei lavoratori, il quale resta, non potendo essere diversamente, obbligo imprescindibile del datore di lavoro, del dirigente e del preposto dell'impresa appaltatrice.

Prova di tale ricostruzione parrebbe essere il testo novellato della lett. *f* dello stesso art. 5, d.lgs. n. 494/1996, secondo il quale l'obbligo del coordinatore di sospendere in caso di pericolo grave e imminente le singole lavorazioni, fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate, risulta subordinato alla circostanza che tale pericolo sia stato dal coordinatore direttamente riscontrato, la qual cosa fa presumere che la presenza continua del coordinatore in cantiere non sia obbligatoria e, conseguentemente, non possa essere su questo adempimento che si definisce la posizione di garanzia del coordinatore per l'esecuzione.


Ciò che la Suprema Corte sembra ignorare è, quindi, in ultima analisi, tipicamente la *ratio legis* sottesa al sistema di coordinamento della sicurezza imperniato attorno alla figura dei coordinatori, il quale nasce dall'evidente presupposto rappresentato dalla pluralità di imprese operanti nel cantiere e non dal rischio specifico proprio dell'attività lavorativa oggetto di ogni singola impresa.

È proprio in relazione a tale pluralità di imprese che nasce il rischio interferenziale, il quale, costituendo un rischio nuovo e diverso rispetto a quello proprio di ciascuna impresa esecutrice, di contenuto evidentemente organizzativo, è attribuito dal legislatore all'azione di prevenzione ed alla relativa responsabilità dei coordinatori (L. PONIZ, *op. cit.*, 389).

Francesco Bacchini

*Professore incaricato di Diritto del lavoro e Diritto del lavoro avanzato
Università degli Studi di Milano-Bicocca*

6. Sospensione del rapporto di lavoro

6.1. C. Cost. 30 gennaio 2009 n. 19 (in  *Boll. Adapt.*, 2009, n. 7).

Sospensione del rapporto di lavoro - Congedi - Congedo straordinario retribuito *ex art.* 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 - Titolari del beneficio - Mancata inclusione del figlio

convivente tra i soggetti beneficiari - Illegittimità costituzionale parziale per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. - Sussistenza.

L'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001, che prevede il congedo straordinario inizialmente introdotto per l'assistenza e la cura del figlio portatore di handicap in situazione di gravità, è parzialmente illegittimo per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non include il figlio convivente nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario per la cura del genitore affetto da handicap in situazione di gravità e sempre che non vi siano altri soggetti in condizione di adempiere ai doveri di cura.

Anche i figli conviventi sono titolari del congedo straordinario per assistere il genitore portatore di handicap grave

Sommario: 1. Quadro normativo. – 2. La questione di costituzionalità. – 3. L'impatto della decisione. – 4. Riferimenti bibliografici essenziali.

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte Costituzionale interviene sull'art. 42, comma 5, d.lgs. n. 151/2001 e dichiara la norma parzialmente incostituzionale nella parte in cui non prevede che anche il figlio convivente abbia diritto al congedo straordinario dalla stessa prevista ai fini della cura e assistenza del genitore affetto da grave disabilità.

La norma è stata oggetto negli anni di interventi additivi della Corte Costituzionale che ne hanno progressivamente ridisegnato l'ambito di applicazione estendendo il diritto in esame originariamente introdotto dal legislatore come misura a tutela della maternità e paternità in un diritto calibrato piuttosto sul nucleo familiare.

Il congedo in questione è stato originariamente introdotto per consentire alla lavoratrice madre e al lavoratore padre di una persona affetta da handicap grave la possibilità di richiedere un periodo di congedo dal lavoro per poter adempiere ai doveri di cura e assistenza. Presupposto del beneficio è l'esistenza di un *handicap grave ex art. 3, comma 3, l. n. 104/1992*: la sussistenza, certificata secondo la procedura individuata dalla stessa legge, di una *minorazione, singola o plurima, che abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione*. Al verificarsi di tale presupposto il lavoratore affetto da disabilità grave, ovvero i familiari che si occupano della assistenza della persona disabile, hanno diritto a istituti ed agevolazioni elencati dall'art. 42 del d.lgs. n. 151/2001. Il lavoratore disabile maggiorenne può usufruire di permessi retribuiti pari a tre giorni mensili oppure, in alternativa, a due ore di permesso giornaliero fino a un massimo di 18 ore mensili. Lo stesso diritto spetta alla madre lavoratrice, o – in alternativa – al lavoratore padre, sempre che si occupino della cura del disabile in maniera continuativa ed esclusiva. Madre e padre lavoratori, entro i primi tre anni di vita del bambino disabile, hanno diritto a prolungare il congedo parentale ovvero a godere di due ore di permesso giornaliero. Il lavoratore maggiorenne affetto da disabilità, ovvero il genitore o familiare che assiste con continuità un parente o un affine entro il terzo grado, ha diritto all'assegnazione della sede di lavoro più vicina al proprio domicilio e non può essere trasferito senza il proprio consenso. Accanto a queste tutele si colloca il congedo straordinario in esame che attribuisce al lavoratore il diritto di chiedere al datore di lavoro un periodo di congedo non superiore ai due anni da godere in maniera continuativa o frazionata. In questa circostanza il lavoratore ha anche diritto a percepire una indennità corrispondente all'ultima retribuzione con contribuzione figurativa.

2. Come sopra anticipato, la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 42 è stata oggetto di ripetuti interventi ad opera della Corte Costituzionale che ne ha ampliato i confini e, conseguentemente, l'operatività. In particolare, la Consulta ha ritenuto che il congedo doves-

se essere un istituto mirato ad assicurare continuità nelle cure e nell'assistenza alla persona disabile da parte dell'intero nucleo familiare e non solo da parte dei genitori. La Corte Costituzionale ha evidenziato la stretta correlazione tra la previsione normativa in esame e le finalità della l. n. 104/1992: la tutela della salute psico-fisica della persona disabile e la promozione della sua integrazione all'interno del nucleo familiare; sulla base di tale ragionamento la Corte ha progressivamente esteso il beneficio in esame anche ad altri soggetti rispetto ai soli genitori. Con la sentenza 16 giugno 2005, n. 233, è stato riconosciuto il diritto al congedo straordinario retribuito ai fratelli e alle sorelle del disabile in caso di scomparsa dei genitori o in ipotesi di impossibilità degli stessi – divenuti a loro volta inabili – di prendersi cura del figlio. Successivamente, con la sentenza 8 maggio 2007, n. 158 si è esteso il beneficio al coniuge convivente del disabile.

La sentenza in commento risolve la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Tivoli in ordine alla violazione, da parte della norma citata, degli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui non include, tra i soggetti beneficiari del diritto il figlio del genitore disabile in assenza di altri famigliari in condizione di prendersene cura.

Il giudizio principale era stato promosso da un dipendente di un Istituto statale di istruzione superiore, il quale, per poter assistere il genitore disabile, aveva chiesto alla amministrazione di appartenenza di poter fruire del congedo straordinario. L'amministrazione aveva rifiutato sulla base della mancata considerazione tra i beneficiari del diritto individuati dalla norma il figlio del genitore disabile. Il Tribunale di Tivoli aveva ritenuto che tale provvedimento fosse in contrasto non solo con i principi costituzionali precedentemente citati, ma con la stessa *ratio legis* della norma in esame, così come enunciato dalla stessa Corte Costituzionale nelle pronunce, sopra richiamate, del 2005 e del 2007.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che con le modifiche apportate dalle sentenze n. 233/2005 e n. 158/2007, si è venuta a creare una disparità di trattamento all'interno del nucleo familiare. Tra le persone tenute ai medesimi obblighi di assistenza morale e materiale nei confronti del disabile, il figlio convivente del disabile è collocato in posizione peggiore con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. L'esclusione del figlio del disabile dal novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo, inoltre, viola gli artt. 2 e 32 Cost., ove impedisce il rispetto dei doveri inderogabili di solidarietà all'interno del nucleo familiare e la conseguente effettiva integrazione della persona affetta da disabilità e lede la garanzia del diritto alla salute escludendo la praticabilità delle misure idonee a creare la necessaria continuità nell'assistenza al soggetto tutelato, indipendentemente dall'età della persona che può svolgere i compiti di cura.

La Corte Costituzionale ha ritenuto fondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Tivoli e ne ha accolto integralmente le motivazioni.


3. La pronuncia della Corte Costituzionale non è stata scevra di effetti pratici ed ha reso indispensabile l'intervento dell'Ente previdenziale per individuare l'ordine di priorità tra i soggetti legittimati a fruire dell'istituto. Con la circ. n. 41/2009 l'Inps ha esaminato analiticamente le ipotesi che possono derivare dal nuovo disposto dell'art. 42, comma 5, in esame, e ha stabilito che può ricorrere al congedo straordinario, in via prioritaria, il coniuge del portatore di handicap grave. In mancanza o nel caso in cui questi non presti attività lavorativa o sia lavoratore autonomo, o ancora se rinunci a godere del beneficio, il diritto al congedo spetta ai genitori naturali o adottivi e affidatari del soggetto disabile. Nel caso in cui entrambi i genitori siano deceduti o totalmente inabili, saranno i fratelli o le sorelle – alternativamente – conviventi con il soggetto portatore di handicap grave, a poter ricorrere all'istituto in esame.

L'ultimo caso che la circolare esamina è quello in cui nessuna delle condizioni sopra riportate si verifichi e sia il figlio convivente con la persona in situazione di disabilità grave a richiedere di usufruire del congedo. In questi casi, precisa l'Inps, affinché questi ne abbia diritto, occorre che il genitore portatore di disabilità grave non abbia altri figli o

non conviva con alcuno di essi. Laddove abbia altri figli conviventi, è necessario che tali figli (diversi dal richiedente il congedo) non prestino attività lavorativa o siano lavoratori autonomi, o che abbiano espressamente rinunciato a godere del congedo in esame nel medesimo periodo.


4. Sulla disciplina dei congedi, si veda R. DEL PUNTA, R. GOTTARDI (a cura di), *I nuovi congedi. Commento alla L. 8-3-2000 n. 53 aggiornato con il T.U. per la tutela della maternità e paternità*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2001, con particolare riferimento al capitolo di L. LAZZERONI, *Nuove misure di tutela dei disabili*, 95-128. Si veda altresì L. CALAFÀ, *I congedi per i familiari disabili in EA, Congedi e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 99-102. Per una ricostruzione storica delle modifiche normative e delle sentenze della Corte Costituzionale relativamente all'istituto del congedo straordinario ex art. 42, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001, si veda E. RAIMONDI, *Tutela del disabile e congedi straordinari retribuiti: un'importante decisione della Corte Costituzionale*, in *RIDL*, 2007, n. 2, 776. Sui profili di raccordo tutela delle persone affette da disabilità e misure di assistenza e di cura cfr. C. Giust. 17 luglio 2008, in causa C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law e Steve Law*, in *q. Rivista*, 2008, n. 3, 849, con nota di D. VENTURI, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap ed estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*.

7. Welfare

7.1. Cass. 15 aprile 2009, n. 8919 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 21).

Previdenza - Indennità di integrazione salariale - Computo mensilità aggiuntive - Tredicesima - Rispetto massimale.

Con riferimento alla disciplina di cui all'art. unico l. n. 427/1980, sia nel suo testo originario che in quello parzialmente modificato dall'art. 1, d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 451/1994, le mensilità aggiuntive e in particolare la tredicesima mensilità sono computabili nella retribuzione costituente base di calcolo degli importi della integrazione salariale, nell'ambito dei limiti massimi dell'importo mensile della integrazione fissati dal citato articolo unico e successive modificazioni, ed è conseguentemente esclusa una diversa e ulteriore incidenza delle mensilità aggiuntive sul trattamento di integrazione salariale. Ne consegue l'irrelevanza della questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. e all'art. 6, § 1, CEDU, della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, nel testo di cui alla l. n. 326/2003 di conversione.

7.2. Cass. 6 aprile 2009, n. 8205 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

Previdenza - Indennità di integrazione salariale - Computo mensilità aggiuntive - Tredicesima - Rispetto massimale.

Alla stregua della norma interpretativa di cui all'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003 convertito in l. n. 326/2003, l'indennità di Cigs spetta per sole 12 mensilità, tuttavia ciascuna di esse è comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive, purché il totale non superi i massimali prefissati.

(7.1. – 7.2.) Il computo delle mensilità aggiuntive nella base di calcolo per i trattamenti di integrazione salariale

Sommario: 1. I termini del problema. – 2. La posizione della Cassazione. – 3. I risvolti di legittimità costituzionale.

1. Una questione che da sempre anima dottrina e giurisprudenza è quella relativa alla esatta individuazione delle voci che concorrono a formare la base di calcolo della indennità di Cig e di Cigs. Importanti e significative sono le conseguenze pratiche che derivano per il lavoratore, variando in base alla conclusione scelta l'ammontare finale dei trattamenti stessi.

In estrema sintesi, l'importo dell'integrazione salariale – sia che si tratti di Cig, sia che si tratti di Cigs – è oggi pari all'80% della retribuzione complessiva che sarebbe spettata al lavoratore per le ore di lavoro non prestate, fino ad un massimo di 40 ore settimanali (cfr. art. 2, l. n. 164/1975). Tali indennità sono assoggettate a ritenute fiscali e a ritenute previdenziali, sia pure nella misura ridotta prevista per gli apprendisti (cfr. art. 26, l. n. 41/1986).

Per calcolare l'ammontare della prestazione si deve tener conto di tutti gli elementi essenziali della retribuzione, quali paga base per gli operai e stipendio base per gli impiegati e i quadri, indennità di contingenza, aumenti periodici di anzianità, aumenti contrattuali, nonché di quegli eventuali elementi accessori che effettivamente siano corrisposti nella retribuzione fissa del singolo lavoratore, quali maggiorazioni di turno, indennità di mensa, indennità di trasferta, ecc.

Come si vedrà meglio in seguito, la legge fissa un tetto massimo per gli importi dei trattamenti di integrazione salariale – oltre che per mobilità, disoccupazione e assegno per attività socialmente utili – il quale viene ogni anno rivalutato in base alle variazioni dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati (per gli importi massimi dei trattamenti di integrazione salariale relativi al 2009 si veda la circ. Inps n. 11/2009; per il 2008 si veda invece la circ. Inps n. 14/2008).

Le recentissime sentenze riportate in epigrafe si concentrano, nello specifico, sulla legittimità o meno del computo delle mensilità aggiuntive, ed in particolare della tredicesima mensilità, nella retribuzione di riferimento per individuare la concreta entità della indennità di Cigs. Per completezza si richiamano anche le sentenze della Cass. 15 aprile 2009, n. 8918, e Cass. 23 marzo 2009, n. 6962, entrambe in *Banca Dati DeJure*, 2009, testualmente identiche alla prima sentenza riportata in epigrafe. Tra i precedenti conformi invece, si ricordano Cass. 25 novembre 2008, n. 28114, e Cass. 22 maggio 2000, n. 6665, entrambe in *Banca Dati DeJure*. Quest'ultima pronuncia, primo precedente in termini rintracciato, precisa che nei casi di trattamento straordinario di cassa integrazione guadagni, nel calcolo dell'integrazione salariale spettante ai lavoratori sospesi dal lavoro, ex articolo unico, l. n. 427/1980, vanno computati anche quegli emolumenti che, pur facendo parte della retribuzione complessiva, non corrispondono a specifici periodi lavorati, quali le tredicesime mensilità annuali, tanto più se si osserva che il credito avente ad oggetto l'integrazione ha natura previdenziale o anche di garanzia del salario, sicché la interpretazione della suddetta disposizione non può discostarsi dai dettati degli artt. 36 e 38 Cost. Le conclusioni che le sentenze in epigrafe raggiungono in tema di Cigs sono egualmente valide per l'indennità di Cig, soggetta alle medesime regole di calcolo.

Entrambe le pronunce, depositate l'una a pochi giorni di distanza dall'altra, affermano la necessità di considerare le mensilità aggiuntive nella retribuzione complessiva che costituisce base di calcolo del trattamento, nel rispetto tuttavia degli specifici massimali fissati dalla legge. Ciò significa che l'elemento "tredicesima mensilità" può e deve essere computato se e solo quando l'80% della somma degli altri elementi tipici della retribuzione

non conduca già al raggiungimento del relativo tetto massimo fissato dalla legge. In altre parole, se in astratto le mensilità aggiuntive devono essere computate quali elementi della retribuzione globale, in concreto ciò potrà avvenire solo se e nella misura in cui l'indennità di integrazione salariale, calcolata sulla somma degli altri elementi della retribuzione del singolo lavoratore, non abbia già determinato il raggiungimento del limite legale.

Consegue da un lato che il lavoratore potrà legittimamente lamentare il mancato computo della tredicesima o della quattordicesima solo se l'indennità di Cigs – o di Cig – percepita sia inferiore al suddetto limite massimo, e dall'altro che l'eventuale integrazione non potrà comunque innalzare l'importo del trattamento al di sopra del tetto di legge.

2. La Suprema Corte, nei giudizi segnalati, segue sostanzialmente uno stesso percorso argomentativo, fondato principalmente sulla ricostruzione del quadro normativo e sulla interpretazione letterale e sistematica delle disposizioni richiamate, con l'unica differenza che la sentenza del 15 aprile è più estesa, analitica, ed attenta anche agli eventuali profili di legittimità costituzionale, mentre quella del 6 aprile risulta sintetica, immediata ed incisiva.

La pronuncia riportata nel primo box si apre con una precisa e dettagliata ricostruzione storica delle norme che si sono succedute in materia di misura dell'indennità di integrazione salariale, che è utile ripercorrere, almeno nei passi salienti, per comprendere le conclusioni anticipate nel precedente punto 1.

La prima fonte normativa dell'istituto in esame è rintracciata nel d.lgs. lgt. n. 788/1945, che all'art. 1 prevede che la suddetta indennità sia ragguagliata ad una certa percentuale della «retribuzione globale che sarebbe spettata per le ore non lavorate». Retribuzione globale richiamata come riferimento pure nella successiva normativa intervenuta in tema di Cigs, ossia nell'art. 2, l. n. 1115/1968, e nell'art. 2, l. n. 164/1975 (sul tema si veda S. FERRARIO, *Sul principio di omnicomprensività della retribuzione*, nota a Cass. 19 agosto 2004, n. 16261, in *q. Rivista*, 2005, n. 2, 501).

Altro momento di fondamentale importanza, si ha con l'emanazione dell'art. unico, l. n. 427/1980, che, riferendosi tanto ad operai quanto ad impiegati, determina la misura dell'integrazione nell'80% «della retribuzione che sarebbe spettata per le ore di lavoro non prestate», chiarendo poi che l'importo deve essere calcolato «tenendo conto dell'orario di ciascuna settimana indipendentemente dal periodo di paga». La medesima norma fissa originariamente in 600.000 lire l'ammontare massimo del trattamento, da rapportare alle ore di integrazione autorizzate (si ricorda che la prima norma ad introdurre un importo massimo fisso per l'indennità di integrazione salariale è stata l'art. 13, d.l. n. 624/1979, mai convertito in legge i cui effetti, tuttavia, in caso di provvedimenti già adottati, furono confermati dall'art. 4, l. n. 33/1980).

La disposizione del 1980 ora descritta è stata successivamente sostituita dall'art. 1, d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 451/1994. Questa disposizione, riferimento oggi ancora attuale e fondamentale per il tema in discussione, oltre a modificare l'importo dell'integrazione massima fissata su base mensile e ad aggiornare le modalità della sua rivalutazione, prevede per la prima volta non uno, ma due limiti massimi. Il primo generale, il secondo, più elevato, applicabile invece a quei lavoratori la cui retribuzione sia superiore ad una precisa soglia.

La Corte trae proprio dalla norma appena citata un importante elemento letterale a favore della teoria che reputa legittimo computare le mensilità aggiuntive nella retribuzione globale utilizzata quale base di calcolo per il trattamento di Cigs o di Cig, seppur nel rispetto dei limiti legali. In particolare, riporta testualmente quella parte dell'art. unico, l. n. 427/1980, così come sostituito dall'art. 1, d.l. n. 299/1994, convertito con modificazioni dalla l. n. 451/1994, che recita: «quando la retribuzione di riferimento per il calcolo

dell'integrazione medesima, comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive, è superiore a lire...».

Ad ulteriore e definitiva conferma della tesi promossa, riporta poi pure il testo dell'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003, norma di interpretazione autentica, in virtù della quale l'art. unico, comma 2, l. n. 427/1980 e successive modifiche, «si interpreta nel senso che, nel corso di un anno solare, il trattamento di integrazione salariale compete, nei limiti dei massimali ivi previsti, per un massimo di dodici mensilità, comprensive dei ratei di mensilità aggiuntive».

La Corte non commenta in alcun modo le disposizioni che elenca e richiama, enfatizzando così al massimo la portata letterale delle stesse, ritenuta evidentemente così limpida, immediata ed univoca, da rendere del tutto superflue ulteriori precisazioni ermeneutico/interpretative.

Infine, per completare e chiudere l'iter argomentativo che supporta il principio formulato in chiusura della sentenza, richiama una precedente pronuncia della Cassazione stessa, la n. 7870/2004 (cfr. Cass. 24 aprile 2004, n. 7870, in *Gius.*, 2004, 3441).

In tale giudizio la Corte, dando per acquisito il fatto che le mensilità aggiuntive siano legittimamente da computare nella retribuzione globale che è base di calcolo per il trattamento di integrazione salariale, evidenzia una diversa sfumatura della questione relativa al raggiungimento del tetto massimo di legge *ex art.* 1, d.l. n. 299/1994, convertito in l. n. 451/1994. In particolare, chiarisce che «la concreta incidenza nella determinazione della integrazione salariale della tredicesima mensilità può essere – in tutto o in parte – preclusa dal raggiungimento del massimale mensile di legge per effetto delle altre voci della retribuzione».

Tale precisazione, in apparenza ripetitiva rispetto a quanto già detto, permette invece di comprendere in concreto come debba avvenire il computo delle mensilità aggiuntive. Queste infatti non sono da considerare elementi distinti dalla retribuzione mensile, indivisibili ed unitari, ma devono invece essere frazionati così da incidere sul valore di ogni singola mensilità retributiva.

In chiusura della pronuncia in esame, la Suprema Corte afferma allora che «[...] le mensilità aggiuntive e in particolare la tredicesima mensilità sono computabili nella retribuzione costituente base di calcolo degli importi della integrazione salariale, nell'ambito dei limiti massimi dell'importo mensile della integrazione fissati dal citato articolo unico e successive modificazioni, ed è conseguentemente esclusa una diversa e ulteriore incidenza delle mensilità aggiuntive sul trattamento di integrazione salariale [...]».

La seconda sentenza richiamata, sintetica ed asciutta rispetto a quella appena descritta, formula con parole differenti la medesima conclusione. In particolare, una volta ricostruita per tratti essenziali l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, riprende quasi testualmente l'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, convertito in l. n. 326/2003, affermando che l'indennità di Cigs – ma il discorso è ugualmente valido per l'indennità di Cig, nel rispetto degli specifici limiti temporali – «spetta al lavoratore per sole dodici mensilità, ciascuna di queste tuttavia comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive maturati nel periodo di trattamento, purché il totale non superi i massimali prefissati» (si ricorda, in estrema sintesi, che per calcolare la quota oraria dell'integrazione Inps della mensilità aggiuntiva si divide l'importo della tredicesima e/o della quattordicesima per 2000 per l'anno intero, 2000/12 in caso di periodi inferiori all'anno).

3. La Suprema Corte, con un atteggiamento lungimirante e preventivo, affronta nella parte finale della prima pronuncia in epigrafe un ulteriore nodo problematico che trae origine dalla posizione recentemente assunta dalla Corte Costituzionale in merito all'incidenza nell'ordinamento italiano delle norme della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la l. n. 848/1955 (di seguito semplicemente CEDU).

In particolare, richiama due giudizi di legittimità costituzionale emessi della Consulta nell'ottobre 2007 (cfr. C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, in *GU*, 31 ottobre 2007, n. 42, e C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *GU*, 31 ottobre 2007, n. 42).

In tali sentenze la Corte afferma che, alla luce dell'art. 117 Cost., il quale prevede oggi testualmente che «la potestà legislativa dello Stato è esercitata [...] nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», si devono considerare le norme CEDU come norme integratrici, aventi piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in ogni Stato membro fin dal momento della loro emanazione (questo principio era già stato affermato in C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, in *GU*, 2 gennaio 1974, n. 2, e in C. Cost. 8 giugno 1984, n. 170, in *GU*, 20 giugno 1984, n. 169, le quali tuttavia rintracciavano il fondamento primo di tale efficacia diretta nell'art. 11 Cost.).

L'unico vincolo risiede nell'interpretazione che delle norme CEDU stesse fornisce la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sede a Strasburgo.

La Cassazione riporta poi l'orientamento della Corte di Strasburgo in base al quale il principio di preminenza del diritto e la nozione di giusto processo *ex art.* 6 CEDU conducono ad escludere che in materia civile si possano emanare norme con effetti retroattivi incidenti su processi già in corso. In particolare, la Corte di Giustizia sostiene che il principio della parità delle parti davanti al giudice, corollario della nozione di giusto processo, vieta al legislatore di intervenire nella risoluzione di una singola causa, o di una determinata categoria di controversie.

L'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, utilizzato dalla Cassazione per dirimere la questione di cui si dibatte, è norma di interpretazione autentica con effetti retroattivi, emanata dopo l'avvio della specifica vicenda processuale giunta in Cassazione.

La Corte, evidenziata così la possibile questione di legittimità costituzionale, esamina puntualmente quale sarebbe l'incidenza sul giudizio medesimo di un'eventuale e conseguente dichiarazione di illegittimità dell'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, per contrasto con l'art. 6 CEDU in combinato con l'art. 117, comma 1, Cost.

Per farlo, risponde al quesito iniziale utilizzando il quadro normativo di riferimento, senza tuttavia considerare la norma di interpretazione autentica.

Una volta richiamati l'articolo unico, l. n. 427/1980, e l'art. 1, d.l. n. 299/1994, secondo la Corte già chiari nel qualificare le mensilità aggiuntive quali elementi da computare nella retribuzione globale del lavoratore, base di calcolo per i trattamenti di integrazione salariale, svolge una triplice serie di riflessioni.

Sottolinea innanzitutto che le disposizioni in materia di integrazione salariale, e più in generale di prestazioni previdenziali, hanno sempre fatto riferimento ad una nozione di retribuzione onnicomprensiva. Osserva poi che, fissando l'articolo unico della l. n. 80 un tetto massimo per il trattamento di integrazione salariale, in assenza di una diversa e specifica disposizione, non è possibile pensare che l'Inps calcoli e corrisponda separatamente al lavoratore un *quantum* relativo alle mensilità aggiuntive, che comunque rientrano nel concetto normale di "retribuzione". Infine, chiarisce come sia logico che una prestazione corrisposta per compensare il pregiudizio patito dal lavoratore a causa della temporanea sospensione del rapporto di lavoro, sia da riferire unitariamente a tutto il trattamento retributivo mancato, e non ad una sola parte di questo.

La Corte conclude allora affermando che, anche in assenza della norma interpretativa del 2003, sarebbe giunta comunque alla medesima conclusione, desumibile in maniera altrettanto chiara dagli elementi testuali e sistematici delle norme, nonché dal quadro logico e pratico di riferimento. Ad ulteriore avvallo richiama poi la sentenza di Cass. 22 maggio 2000, n. 6665 (in *Banca Dati DeJure*) che già nel 2000, e dunque *ante* d.l. n. 269/2003, sanciva l'incidenza della mensilità aggiuntiva nella retribuzione oraria da prendere a base di calcolo dell'indennità stessa.

Da quanto detto consegue che, un'eventuale declaratoria di illegittimità dell'art. 44, comma 6, d.l. n. 269/2003, nella parte in cui produce effetti retroattivi, non determinerebbe nessuna conseguenza sul giudizio reso dalla Cassazione, dato che questo sarebbe stato comunque identico, anche in assenza della norma ipoteticamente cassata (si richiama il percorso argomentativo seguito da Cass., sez. un., 30 novembre 2006, n. 25505, che ritiene priva di rilevanza la questione di legittimità costituzionale, prospettata sotto il profilo del possibile contrasto con il parametro di cui all'art. 111 Cost., di una norma di interpretazione autentica in materia fiscale, emanata con un decreto legge poi convertito, dato che il collegio avrebbe comunque recepito la soluzione adottata dalla norma di interpretazione autentica, anche in mancanza della stessa).

*Enrica Carminati
Collaboratrice Enpals*

7. Welfare (segue)

7.3. Trib. Milano decreto 10 febbraio 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 16).

Welfare - Cassa integrazione guadagni intervento ordinario - Revoca unilaterale della CIGO da parte del datore di lavoro - Annullamento accordo bilaterale a tempo determinato di apertura della procedura - Esclusione - Disdetta unilaterale del datore di lavoro - Esclusione - Irrilevanza della crisi aziendale - Sussistenza.

Per accertare la natura bilaterale di un accordo sindacale, sono rilevanti, ex art. 1362 c.c., sia il tenore letterale del documento prodotto, sia l'analisi di quelle che possono essere le intenzioni comuni delle parti desumibili dal documento stesso. Gli accordi sindacali bilaterali di durata limitata, non possono essere disdetta da una sola parte, ma ogni modifica richiede la volontà comune delle parti. Se l'accordo sindacale bilaterale riguarda l'apertura di una procedura di CIGO, la revoca unilaterale della CIGO da parte del datore di lavoro non può determinare automaticamente l'effetto di annullare l'accordo. Tale risoluzione unilaterale non può trovare ragione neanche nell'aggravarsi dello stato di crisi aziendale.

7.4. Trib. Milano decreto 10 febbraio 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 16).

Condotta antisindacale - Stipulazione di un accordo bilaterale di avviamento della CIGO - Revoca unilaterale della procedura - Avviamento contestuale di una procedura di licenziamento collettivo - Affidamento delle OO.SS. in merito al mancato ricorso al licenziamento - Lesione degli interessi collettivi - Antisindacalità della condotta - Sussistenza.

Inoltre, sempre nella suddetta ipotesi, il datore che, oltre a revocare unilateralmente la CIGO, avvia una procedura di licenziamento collettivo, lede l'affidamento che l'accordo ha generato nei lavoratori e nei sindacati, relativo al fatto che per il periodo di CIGO non si sarebbe dato atto alla risoluzione dei rapporti. Consegue che tale comportamento datoriale integra una condotta antisindacale in quanto oggettivamente idoneo a ledere gli interessi collettivi di cui sono portatrici le OO.SS.

(7.3. – 7.4.) Vincolatività degli impegni aziendali nel ricorso alla Cassa integrazione ordinaria e condotta antisindacale

Sommario: 1. Ricorso alla CIGO e consultazione sindacale. – 2. La vincolatività degli impegni aziendali. – 3. L'autonomia contrattuale e la prassi giudiziaria. – 4. Annotazioni conclusive.

1. Le procedure di consultazione sindacale preliminari all'attivazione delle integrazioni salariali ordinarie, disciplinate dall'art. 5 della l. n. 164/1975, prevedono l'esecuzione di confronti informativi da eseguirsi con modalità e tempi finalizzati sia a consentire il monitoraggio delle motivazioni addotte dall'impresa, sia delle implicazioni per il personale coinvolto. In particolare quando il ricorso è giustificato, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera *b*, da «situazioni temporanee di mercato» la parte datoriale, intenzionata ad attivare la sospensione o riduzione d'orario, deve comunicare preventivamente ai sensi dell'art. 5, comma 4, alle rappresentanze sindacali aziendali, oltreché alle organizzazioni sindacali di categoria più rappresentative in ambito provinciale, «le cause di sospensione o di riduzione dell'orario di lavoro, l'entità e la durata prevedibile, il numero dei lavoratori interessati». L'esame congiunto che ciascuna delle parti può successivamente richiedere, per approfondire i contenuti della comunicazione, ha una durata massima di 25 giorni, ridotti a 10 per le aziende fino a 50 dipendenti. La mancata esecuzione del confronto può determinare un comportamento antisindacale, reprimibile con le procedure di cui all'art. 28 della l. n. 300/1970, nonché un difetto procedurale che, in taluni casi, potrebbe inficiare l'applicazione dell'ammortizzatore e comportare l'onere aziendale di corrispondere il normale trattamento retributivo per i periodi di mancata prestazione.

Nonostante la pluriennale vigenza della regolamentazione legislativa delle procedure di informazione, sopra riepilogata, l'elaborazione giurisprudenziale sino ad ora prodottasi ha approfondito poche connotazioni operative, tra le quali ad esempio – come sancito da Cass. 7 marzo 1990, n. 1772; Cass. 15 ottobre 1990, n. 10073, e Cass. 8 giugno 1998, n. 5629 – la vincolatività dell'impegno aziendale, assunto in occasione della consultazione sindacale, al rientro temporaneo in servizio dei lavoratori in applicazione di un criterio di rotazione o definitivamente al termine del ricorso. La Suprema Corte ha infatti specificato che, nell'ipotesi di violazione del diritto individuale alla ripresa immediata dell'attività lavorativa, formalmente pattuito all'esito del confronto sindacale succitato, sorge *ex art. 1223 c.c.* l'obbligo di risarcimento integrale dei danni subiti dai lavoratori, commisurato alle retribuzioni perse. Si tratta tuttavia di eccezioni alla generale assenza di precisazioni interpretative riferite alle implicazioni riscontrabili nell'esecuzione dei confronti avviati in applicazione dell'art. 5 della l. n. 164/1975.

Tale mancanza ha però stimolato l'affermazione di prassi procedurali che hanno supplito parzialmente al difetto di indicazioni sufficientemente dettagliate. Ne è conseguito il possibile condizionamento endogeno dei confronti ossia l'insorgenza – per mutuo consenso dei soggetti istituzionali, sindacali e datoriali coinvolti – di un sistema autoreferenziale potenzialmente in grado di imporre particolari approcci, tra i quali ad esempio sono sovente riscontrabili:

- a) l'irrelevanza del decorso completo del periodo di 25 o 10 giorni di consultazione, previsto dalla citata normativa, per l'esecuzione del confronto informativo richiesto dalle RSU/RSA, quale condizione di procedibilità delle sospensioni o riduzioni di orario, purché l'esame possa considerarsi esaurito e le comunicazioni aziendali siano avvenute con tempi e modalità che consentano di escludere la sussistenza di comportamenti antisindacali;
- b) la focalizzazione della discussione sulla disamina delle ragioni aziendali di ricorso all'istituto, sulle conseguenze economiche e normative per il personale coinvolto, sulle prospettive di risoluzione delle problematiche produttive aziendali;

c) la verbalizzazione dei contenuti della discussione in una nota congiunta successivamente allegata al modulo igi15 di richiesta all'Inps di concessione dell'integrazione salariale ordinaria.

Le prassi possono altresì condizionare aspetti gestionali, ossia i termini temporali e quantitativi del ricorso, la disponibilità aziendale ad anticipare i trattamenti di integrazione salariale prima dell'autorizzazione formale al conguaglio disposta dalla commissione provinciale prevista dall'art. 8 della l. n. 164/1975, la possibilità di integrare i trattamenti indennitari corrisposti dall'Inps con erogazioni a carico azienda, la rotazione del personale coinvolto, la maturazione dei ratei di retribuzione indiretta e differita per ammortizzare l'impatto economico della procedura. Infine si consideri che, al termine della discussione, le disponibilità aziendali possono essere formalizzate in documenti attestanti l'esito del confronto, acquisendo talora anche la natura di obblighi contrattuali.

La dinamica succitata può quindi assumere aspetti contraddittori, in quanto a fronte di un'ampia libertà di forma prevista dalla normativa legale, caratterizzata da tempistiche non perentorie, dalla quasi totale assenza di gravami economici e finanziari per il datore di lavoro procedente alla sospensione o riduzione di orario, dalla facoltà sia di prolungare il ricorso all'istituto, purché entro i termini di durata previsti dalla legge, sia di richiamare in servizio il personale interessato, qualora si concretizzi una ripresa produttiva anticipata, i comportamenti eventualmente imposti dalle prassi e dai confronti sindacali possono determinare irrigidimenti e vincoli, condizionando l'intervento e sottoponendolo a gravami economici e normativi. La giustiziabilità di tali impegni rappresenta peraltro un ambito di indagine non agevolmente praticabile, in quanto la regolamentazione in esame difetta di norme che disciplinino esplicitamente le conseguenze di possibili inadempimenti.

2. Il caso vagliato dal Tribunale di Milano afferisce proprio la problematica suddetta, in quanto riguarda la pretesa antisindacalità del mancato rispetto datoriale di alcune affermazioni espresse in occasione di una consultazione svolta in applicazione dell'art. 5 della l. n. 164/1975, aventi ad oggetto la data di scadenza del ricorso all'integrazione salariale ordinaria. L'intervento della CIGO infatti era stato anticipatamente revocato per consentire l'attivazione di una procedura di riduzione di personale, ai sensi degli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991. L'impresa, a fronte della contestazione della revoca, ne ha sostenuto la legittimità motivandolo con la sopravvenuta ed inaspettata variazione delle condizioni di contesto, che aveva precluso il concretizzarsi delle iniziali previsioni di ripresa produttiva illustrate alle OOS/RSU. Le comunicazioni informative si erano infatti basate su previsioni iniziali, poi contraddette dalla variazione della situazione economica e produttiva, dovuta all'aggravamento improvviso della crisi settoriale. Ne era conseguita la perdita delle condizioni legittimanti il ricorso alle integrazioni salariali: le aspettative di ripresa produttiva rappresentano infatti il requisito indispensabile per l'accesso all'ammortizzatore sociale. I contenuti della consultazione erano quindi divenuti, a parere dell'azienda, incongrui sia rispetto alle caratteristiche dell'istituto, il cui utilizzo è definito dalla l. n. 164/1975 sul presupposto della temporaneità del ricorso e del successivo recupero produttivo, sia rispetto agli argomenti esaminati, essendo stati propriamente discussi aspetti relativi alla gestione di una momentanea crisi di mercato e non di una riduzione degli ordinativi non ovviabile nel breve-medio periodo.

Ciò nonostante, il Tribunale ha proceduto alla valutazione della fattispecie limitandosi ad applicare le categorie civilistiche generali riferite all'interpretazione dei contratti, nonché gli orientamenti della Corte di Cassazione sulla non disdettabilità unilaterale delle obbligazioni a tempo determinato, prescindendo sia dalle modalità sia dalle finalità della condotta datoriale. In particolare è stato ravvisato, in sede istruttoria, un incontro di volontà delle parti atto a concretizzare un accordo gestionale, formalizzato nel documento asseverativo dell'esperita consultazione, riportante un'analisi congiunta delle modalità di utiliz-

zo della Cassa Integrazione Ordinaria. Le analisi condotte dall'organo giudicante hanno quindi consentito di desumere la sussistenza di un'obbligazione solo dai comportamenti agiti e da alcune espressioni riportate nel verbale di esperita consultazione, prescindendo da accertamenti testimoniali, derivandone l'affermazione della vigenza di un accordo introduttivo di un periodo di integrazione sottoscritto «per evitare mali peggiori – non avendo altrimenti altre ragioni le OOSS per aderire a una tale soluzione – come ad esempio, avrebbe potuto essere la risoluzione di rapporti di lavoro». Inoltre è stata derubricata dal Tribunale a «mera affermazione aziendale» la considerazione che una flessione di ordini fino al 78,95% possa impedire il concretizzarsi di una ripresa. La valutazione della procedibilità dei licenziamenti/legittimità della CIGO per evitarli/improcedibilità della revoca della cassa per rilevanza del calo di ordinativi, è inoltre il risultato di un processo cognitivo che sembra condizionato *ab origine* dal differente apprezzamento delle ragioni addotte dai partecipanti al confronto. In assenza di qualsivoglia approfondimento, testimoniale o documentale, risultano infatti avvalorate le considerazioni sindacali sul rischio di licenziamento, seppure non espresse nel dibattito e riportate nel dispositivo del provvedimento esclusivamente come ipotesi, mentre appaiono sminuite le precisazioni aziendali sugli effetti del calo degli ordinativi, ancorché effettivamente espresse e supportate da dati espliciti.

Prescindendo dall'analisi tecnico-giuridica delle dinamiche processuali succitate, è opportuno considerare come sostanzialmente, nella fattispecie in esame, il ricorso alla CIGO sia stato ritenuto dal Tribunale di Milano non uno strumento di gestione della crisi temporanea di mercato affrontata dalla società, bensì l'alternativa ad una procedura di licenziamento collettivo altrimenti esperibile. È una connotazione non corrispondente ai contenuti dell'art. 5 della l. n. 164/1975, desunta dal Tribunale in base ad alcuni elementi indiziari e ritenuta obbligatoria ai sensi della normativa civilistica generale afferente le obbligazioni. La proposta datoriale, di utilizzo dell'istituto legislativo propriamente deputato alla gestione degli esuberi collettivi, è quindi risultata inficiata dal mantenimento forzoso di una procedura di integrazione salariale espressamente riferita dal legislatore a fattispecie del tutto differenti, sul presupposto da parte dell'organo giudicante che le parti «avrebbero garantito che non si sarebbe dato corso a procedimenti di recesso per tredici settimane». Tale circostanza, se realmente occorsa, avrebbe dovuto logicamente comportare non il mantenimento ma la revocabilità del provvedimento amministrativo di concessione della CIGO per assenza del presupposto legittimante, ossia la temporaneità della crisi di mercato.

L'approccio distorsivo sopra esposto ha comportato pertanto la declinazione della consultazione sindacale – regolamentata dalle norme legislative sul ricorso alla CIGO con finalità sostanzialmente solo accertative delle conseguenze, attuali e future, a carico del personale coinvolto – in un'occasione di coartazione irrigidente delle modalità applicative di un istituto di per sé elastico. A fronte infatti della facoltà, riconosciuta dalla normativa, di ridurre od ampliare il numero dei lavoratori coinvolti e la durata dei trattamenti di CIGO in corso di applicazione, la formalizzazione del confronto con le OO.SS. ha determinato per il Tribunale un vincolo contrattuale legittimo ed inderogabile unilateralmente, seppure contrastante sia con le finalità della l. n. 164/1975, sia con il contenuto delle discussioni già avviate formalizzato nel verbale d'incontro *ex art. 5*, sia con la sopravvenuta variazione della situazione di mercato. È evidente che qualora tale approccio interpretativo fosse acquisito a sistema, indipendentemente dalla sua liceità si determinerebbero di fatto un'alterazione delle finalità dell'istituto ed una compressione del ruolo della negoziazione sindacale, ridotta a mera occasione per l'apposizione contrattuale di vincoli procedurali. Di converso la parte datoriale sarebbe probabilmente indotta a ridurre il confronto ad una semplice fase informativa verbale, rifiutando l'assunzione di impegni e la formaliz-

zazione degli stessi, atteso che la disposizione di legge non impone il raggiungimento di un accordo sindacale né la redazione di un documento.

3. Si consideri che:

a) l'evoluzione legislativa che contraddistingue il processo di riforma del mercato del lavoro, avviato dalla l. n. 196/1997 ed approfondito in ultimo dal d.lgs. n. 276/2003 e dai successivi interventi attuativi, ha progressivamente valorizzato i compiti della contrattazione collettiva, affidando ai confronti sindacali di ogni livello l'integrazione del dettato normativo in relazione a molteplici istituti. L'approccio rinvenibile nei provvedimenti di legge e nelle decretazioni più recenti è contraddistinto dalla frequente adozione di regolamentazioni di carattere sussidiario, ossia operative solo in assenza di contrattazione, sicché l'esaltazione delle nuove forme di flessibilità e delle relative compensazioni, economiche e normative, risulta delegata alla negoziazione tra le parti sociali, condotta indifferentemente a livello nazionale od aziendale. Solo alcuni interventi di ridefinizione delle norme sui contratti a tempo determinato sembrano avere segnato nel 2008 una parziale inversione di tendenza, attribuendo facoltà dispositive prioritariamente alla contrattazione nazionale. Ad esempio l'art. 1, comma 40, della l. n. 247/2007, inserendo l'art. 4-*bis* nel d.lgs. n. 368/2001, ha attribuito alle «organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» la facoltà di definire, con avvisi comuni, la durata dei contratti eccedenti il termine massimo ordinario di durata complessiva dei rapporti instaurabili tra i medesimi soggetti, pari a 36 mesi. In attuazione del rinvio, la contrattazione svoltasi a livello interconfederale, con avviso comune del 10 aprile 2008, ha poi vincolato i successivi confronti sindacali categoriali, nazionali o di livello inferiore – purché sottoscritti da organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale – al rispetto di un termine minimo di 8 mesi, derivandone quindi l'applicazione di un principio di gerarchia. Tuttavia il complesso dei provvedimenti legislativi che compongono l'iter riformatore, nella parte riguardante le tipologie contrattuali attivabili, nuove o innovate, ha espresso da vari anni il principio della parificazione dell'efficacia delle negoziazioni di primo e secondo livello, di fatto favorendo una contrattazione diffusa ed articolata e sottraendo le dinamiche endoaziendali al rischio di irrigidimenti esterni;

b) analogamente la contrattazione nazionale più recente non ha prodotto impostazioni preclusive delle declinazioni esperibili a livello aziendale, in taluni casi – si consideri l'art. 18 del Ccnl 10 maggio 2006 per l'industria Chimica – consentendo espressamente, anche in relazione a temi economici, la disapplicazione di vincoli generali definiti dai confronti sindacali di primo livello, se ritenuti congiuntamente insostenibili in una specifica unità produttiva dalle rappresentanze sindacali e dagli operatori d'impresa. Inoltre pur conservandosi, anche nelle linee guida per la riforma della contrattazione, concordate tra Governo e parti sociali il 22 gennaio 2009, l'affidamento ai Ccnl di compiti regolamentari generali tra i quali l'identificazione delle materie delegate ai livelli inferiori, è evidente la sopravvenuta condivisione in ambito interconfederale del fondamentale principio della valorizzazione della contrattazione decentrata, affidataria del compito di promuovere l'effettività delle negoziazioni adattando le clausole dei Ccnl alle specificità dei contesti in cui sono applicate, al fine di «governare, direttamente nel territorio o in azienda, situazioni di crisi o per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale».

A fronte di una linea generale di indirizzo in tal senso, nella produzione legislativa e contrattuale correlata al processo di riforma del mercato del lavoro, che esalta la flessibilità delle regolamentazioni, la prassi giudiziaria sembra tuttavia assumere sovente approcci difformi, sostenendo interpretazioni irrigidenti.

Si consideri a titolo esemplificativo la pervicace affermazione dell'eccezionalità del ricorso ai rapporti di lavoro a tempo determinato anche in riferimento all'attuale quadro normativo, recentemente rinvenibile nel pronunciamento della Cass. 17 dicembre 2008,

n. 29470. L'asserzione contrasta con la circ. Min. lav. n. 42/2002 e con la modifica dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, operato dalla l. n. 247/2007, essendo stato oramai riconosciuto che sebbene il contratto di lavoro subordinato «è stipulato di regola a tempo indeterminato» non sussiste più la presunzione di illegittimità, salvo eccezioni, dei rapporti a termine risalente all'art. 1, comma 1, della l. n. 230/1960, atteso che le esigenze giustificatrici sono «riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro». La deregolamentazione è rinvenibile anche nella contrattazione collettiva riferita all'istituto, che a seguito della riforma legislativa ha sistematicamente proceduto a ridurre i vincoli applicativi previgenti, apponendo limitazioni sostanzialmente non preclusive dell'elasticità di applicazione correlata a questa tipologia contrattuale; il dato è rinvenibile nella maggior parte dei rinnovi contrattuali più recenti, nelle parti riferite ai rapporti di lavoro *non standard*, confrontati con le discipline pregresse. Ciò nonostante, in sede di contenzioso legale continuano talora ad imporsi formule interpretative irrigidenti. In tal senso è peraltro evidente una discrasia rispetto ad altri approcci rilevabili da vari anni negli orientamenti della Suprema Corte, che hanno affermato la facoltà sindacale di operare interventi anche derogatori rispetto a diritti collettivi pregressi od aspettative dei lavoratori. Si consideri infatti che è stata sostenuta, a decorrere da Cass. 2 giugno 1995, n. 6190, la possibilità di introdurre modifiche peggiorative dei contratti collettivi previgenti da parte di negoziazioni successive, anche di livello inferiore ed anche contenendo – come sostenuto *in primis* da Cass. 5 luglio 1990, n. 7050 – i diritti non già entrati nel patrimonio individuale, in quanto non riferiti a prestazioni rese nei tempi e nei modi necessari per consentirne la maturazione.

Sebbene l'autonomia dell'interpretazione giudiziaria, nel definire in ambito processuale le controversie assoggettate a vaglio di merito o di legittimità, rappresenti una connotazione imprescindibile del vigente assetto ordinamentale, non solo per quanto attiene le tematiche giuslavoristiche, è evidente che il disallineamento tra gli orientamenti generali rinvenibili nell'evoluzione legislativa e contrattuale ed i pronunciamenti della magistratura del lavoro potrebbe introdurre un elemento di instabilità. L'incertezza degli operatori d'impresa, nel definire criteri gestionali conformi a un quadro regolamentare sempre più articolato e complesso, risulterebbe infatti accresciuta dal rischio di sottovalutazione di aspetti che possono assumere rilievo fondante in sede giudiziaria.

Il provvedimento del Tribunale di Milano in commento sembra inserirsi proprio nel processo di irrigidimento giudiziario degli spazi di flessibilità consentiti dalla normativa legislativa, promuovendo un approccio interpretativo peraltro ingiustificato anche in riferimento al tradizionale principio del *favor prestatoris*, che informa da decenni la giurisprudenza del lavoro riconoscendo nei dipendenti la parte debole del rapporto, meritevole di tutela in tutte le fattispecie per le quali rilevino dubbi interpretativi. Si consideri infatti che:

a) qualora si ritenesse sussistente, nelle procedure di cui all'art. 5 della l. n. 164/1975, l'attribuzione legislativa alle associazioni sindacali di categoria ed alle RSU, indipendentemente dal grado di effettiva rappresentatività delle medesime presso una particolare unità produttiva, di diritti di negoziazione vincolanti e prodromici al ricorso agli ammortizzatori sociali, si determinerebbe il riconoscimento ad organismi sovraziendali, non ai lavoratori, di facoltà dispositive e poteri di veto, esercitabili autonomamente. Ne conseguirebbe un rafforzamento del ruolo sindacale tale da prevalere sia sulle competenze gestionali del datore di lavoro sia – almeno potenzialmente – sugli interessi individuali dei lavoratori coinvolti, che potrebbe quindi anche imporre condizioni non di favore per uno o più lavoratori;

b) analogamente qualora, pur riconoscendo la sussistenza di una normativa sul ricorso alla CIGO che attribuisce alle associazioni sindacali di categoria ed alle RSU solo diritti di informazione e consultazione, l'approccio giudiziario sulla base di considerazioni ge-

nerali conferisse ai contenuti dei confronti l'effetto civilistico delle obbligazioni, come avvenuto nel caso di specie, si produrrebbe una inversione dei poteri delle parti contrattuali, anch'essa non allineata al principio di tutela succitato trattandosi di una declinazione afferente il rapporto tra datore di lavoro e rappresentanza collettiva, non tra datore di lavoro e singolo dipendente-parte debole del contratto di lavoro.

4. Il completamento del processo di riforma del mercato del lavoro, in corso di esecuzione, è basato sulla revisione del sistema degli ammortizzatori sociali, risalenti a normative emanate in contesti sostanzialmente difforni dall'attuale ed oramai inadeguati alla gestione di crisi di lungo periodo come quella affermata nel biennio 2008-2009. Stanno progressivamente emergendo, come è noto, linee di indirizzo complementari ossia:

- a) il sostegno ai trattamenti individuali di disoccupazione;
- b) il rafforzamento delle politiche attive del lavoro;
- c) il decentramento/allargamento/prolungamento degli ammortizzatori collettivi ordinari e straordinari.

In particolare per quanto attiene gli aspetti procedurali degli interventi *sub c)* sembra affermarsi, negli approcci più recenti, una progressiva semplificazione gestionale, peraltro inevitabile per consentire la fruizione delle integrazioni ad imprese di piccole-medie dimensioni e l'estensione al terziario ed all'artigianato di pratiche originariamente riferite, in misura prevalente od esclusiva, ai comparti industriali. In tal senso è paradigmatica la modulazione dei trattamenti in deroga, gestiti in ambito territoriale o regionale con accordi che hanno consentito l'accesso a formule di sostegno collettivo al reddito – trattamenti di integrazione salariale o di mobilità – a categorie di personale non assoggettate alle discipline previgenti.

Le impostazioni adottate nei principali ambiti territoriali interessati sono contraddistinte da procedure di autorizzazione non irrigidenti, eseguite in tempi tendenzialmente rapidi da organismi amministrativi (come le agenzie regionali e gli assessorati provinciali al lavoro) prossimi alle imprese interessate. Ne conseguono notevoli agevolazioni nello svolgimento delle pratiche, atteso che la raccolta delle informazioni ed il disbrigo degli adempimenti operativi risultano favoriti ad esempio dalla maggiore accessibilità degli uffici amministrativi preposti alla concessione dell'ammortizzatore. Inoltre la praticabilità degli interventi in base al criterio del non assoggettamento alla disciplina ministeriale esclude le analisi tecnico-giuridiche ed economiche che afferiscono invece le CIGS nazionali, necessariamente corrispondenti a criteri definiti da specifiche decretazioni. A titolo esemplificativo si consideri che, ai sensi dell'accordo Regione Lombardia-parti sociali lombarde del 7 luglio 2008, transitoriamente efficace per l'anno 2009 sino a nuova regolamentazione, le imprese artigiane e commerciali che, per ragioni di comparto o dimensionali, non possono partecipare ai trattamenti di integrazione straordinaria di cui alla l. n. 223/1991, nonché le imprese industriali vertenti in analoga condizione per sopravvenuto esaurimento della durata massima dei trattamenti o per difetto di causali, possono fruire della CIGS regionale in deroga indipendentemente dalla sussistenza di particolari ragioni giustificatrici predeterminate. È infatti sufficiente la sottoscrizione di una specifica intesa sindacale ad integrazione dell'istanza presentata all'organo deliberante la concessione dell'ammortizzatore. Si tratta peraltro di un criterio procedurale predefinito, che condiziona *ab origine* le valutazioni aziendali sull'eventuale ricorso ai trattamenti in deroga nonché la decisione di attivare i confronti sindacali. Le considerazioni declinate in tali intese sono quindi accordi vincolanti, asseverati in sede di esame congiunto presso le amministrazioni competenti, regionali o provinciali, ai quali le parti hanno scientemente attribuito il carattere di obbligazione, condizionando spontaneamente i propri comportamenti ed esponendosi, nell'ipotesi di inadempienza alle clausole contrattate, all'intervento di sistemi sanzionatori prevedibili. Anche rispetto a tale evoluzione normativa è evidente l'incongruità di approcci giudiziari che, come nel caso vagliato dal Tribunale di

Milano, irrigidiscono di fatto procedure definite dalle regolamentazioni come puramente informative/consultive, producendo conseguenze non valutate/valutabili dai soggetti partecipanti ai confronti in quanto condizionate a posteriori dalle discrezionalità interpretative dell'organo giudicante in merito al grado di cogenza degli impegni aziendali.

Le osservazioni sopra esposte afferiscono, come anticipato, non il contenuto giuridico delle valutazioni originanti il pronunciamento in esame, ma il rapporto tra gli effetti di orientamenti interpretativi conferenti vincolatività ai confronti eseguiti in applicazione dell'art. 5 della l. n. 164/1975 e l'evoluzione normativa e contrattuale più recente riguardante gli ammortizzatori sociali, ancorché straordinari o in deroga. L'evidente difformità degli approcci, illustrata nelle precedenti annotazioni, rappresenta una discrasia potenzialmente in grado, se estesa, di penalizzare complessivamente il sistema delle integrazioni al reddito, in contrasto con gli interventi estensivi attualmente in fase di implementazione.

Stefano Malandrini
Confindustria Bergamo

OSSERVATORIO DI LEGISLAZIONE PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Enti bilaterali

- comparto professioni (1.1.)

Istruzione e formazione

- il quadro della formazione continua in Italia (2.1.)

Lavoro in cooperativa

- cooperative di produzione e lavoro e crisi aziendale (3.1.)

Lavoro pubblico

- ruolo della contrattazione collettiva (4.1. – 4.4.)

Mercato del lavoro

- Regione Veneto: regolazione del mercato del lavoro (5.1.)

Mobbing

- inquadramento giuridico del fenomeno (6.1.)

Pari opportunità

- differenziale retributivo di genere (7.1.)

Produttività del lavoro

- detassazione dei premi di risultato (8.1.)


Salute e sicurezza sul lavoro

- stress lavoro correlato e sindrome di burn-out (9.1.)

Servizi ispettivi e attività di vigilanza

- orientamenti operativi (10.1.)


Nota per la lettura dell'Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva ()*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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 *Adapt* – Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati in materia di lavoro e relazioni industriali e 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. Enti bilaterali

1.1. Statuto dell'Ente Bilaterale Nazionale del Settore delle Professioni (E.BI.PRO.), 27 gennaio 2009 (in  *Boll. Adapt.*, 2009, n. 7).

Il nuovo ente bilaterale del comparto professioni

Sommario: **1.** Enti bilaterali in Italia: quadro normativo di riferimento. – **2.** In particolare: E.BI.PRO. e il comparto delle professioni. – **3.** Considerazioni conclusive. – **4.** Bibliografia essenziale.

1. In Italia, la riforma del mercato del lavoro – introdotta con la l. n. 30/2003 e con il d.lgs. di attuazione n. 276/2003 – ha ridisegnato il ruolo svolto dagli enti bilaterali. L'art. 2, comma 1, lett. *h*, del d.lgs. n. 276/2003 definisce gli enti bilaterali come organismi «costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative». La definizione impone un requisito costitutivo, in quanto legittimate a dar vita ad enti bilaterali sono esclusivamente le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. La stessa definizione, tuttavia, fa poi esclusivamente riferimento alle funzioni che sono attribuite all'ente bilaterale «quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso: la promozione di una occupazione regolare e di qualità; l'intermediazione nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro; la programmazione di attività formative e la determinazione di modalità di attuazione della formazione professionale in azienda; la promozione di buone pratiche contro la discriminazione e per la inclusione dei soggetti più svantaggiati; la gestione mutualistica di fondi per la formazione e l'integrazione del reddito; la certificazione dei contratti di lavoro e di regolarità o congruità contributiva; lo sviluppo di azioni inerenti la salute e la sicurezza sul lavoro; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento». La norma non indica gli elementi strutturali che l'ente bilaterale dovrebbe assumere, la presenza di eventuali organi dirigenziali e amministrativi né, tantomeno, prevede disposizioni che disciplinano il finanziamento dell'ente. Questi aspetti sono invece affidati dal legislatore alle parti sociali stante la necessità, da un lato di garantire l'imprescindibile osservanza dei principi costituzionali in materia di libertà sindacale e, dall'altro di proseguire il percorso che assegna al sindacato un ruolo non più antagonistico ma partecipativo delle politiche del lavoro e delle relazioni industriali.

Negli anni immediatamente successivi al 2003, vi sono stati comparti, quali ad esempio l'artigianato, il turismo e l'edilizia, che hanno sperimentato non solo la costituzione di enti bilaterali nazionali di settore, ma anche di enti bilaterali regionali. Questi ultimi, grazie ad una minuziosa indagine delle realtà lavorative ubicate sul territorio, hanno svolto un ruolo importante, nel rispetto di quanto previsto dalla contrattazione collettiva e della legislazione nazionale, nella gestione e promozione delle politiche di sostegno al reddito a favore dei lavoratori interessati da sospensioni dell'attività ovvero da riduzioni dell'orario di lavoro dovute a crisi congiunturali.

In particolare, nel comparto delle professioni, a seguito del riconoscimento governativo (nel 2001) sulla natura di parte sociale della relativa confederazione datoriale, l'ente bilaterale ha innanzitutto acquisito a pieno titolo la rappresentanza del mondo libero professionale nell'ambito di tutte le attività di concertazione con il Governo, con il Parlamento e con le altre istituzioni.

Si è così pervenuti alla stipulazione, il 3 maggio 2006, del primo contratto collettivo nazionale per tutte le attività professionali.

Il citato Ccnl ha dato vita – prevedendone espressamente la costituzione – a un sistema concertativo di organismi bilaterali, volti a gestire la formazione continua dei lavoratori e dei datori di lavoro, i trattamenti assistenziali e previdenziali e l'erogazione dei trattamenti pensionistici supplementari dei dipendenti degli studi professionali (Fondoprofessioni, Cadiprof, Fondo pensione previprof).

Solo in data 27 gennaio 2009, è stato inoltre costituito, in ottemperanza alle prescrizioni di cui agli artt. 5, 6, 7 e 7-bis del menzionato Ccnl e all'esito di trattative intervenute fra le parti sociali (organizzazioni sindacali dei datori di lavoro, rappresentate da Confprofessioni, Confedertecnica e Cipa, e organizzazioni dei lavoratori degli studi professionali, rappresentate da Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e Uiltucs-Uil) l'ente bilaterale nazionale di settore.

2. L'art. 1 dello Statuto di E.BI.PRO. (in epigrafe) definisce in primo luogo lo *status* giuridico dell'ente nazionale di settore e lo qualifica come persona giuridica privata e come associazione non riconosciuta che non persegue fini di lucro, ai sensi dell'art. 36 c.c.

L'art. 5 individua il sistema di servizi plurifunzionali che l'ente bilaterale fornisce ai propri iscritti. In particolare, con riferimento alla gestione mutualistica di prestazioni integrative di *welfare*, E.BI.PRO. propone forme di sostegno al reddito in caso di disoccupazione temporanea e forme supplementari nel campo della previdenza ed assistenza sanitaria. Accanto alla gestione mutualistica, E.BI.PRO. promuove la formazione professionale di tipo formale, che si concretizza in percorsi di studio di qualificazione per lavoratori e, di conseguenza, offre ai datori di lavoro la possibilità di utilizzare lavoratori appositamente formati per il rispettivo settore di appartenenza, ma non trascura né la formazione di tipo non formale, attraverso la partecipazione a corsi, a seminari o a convegni ai quali non sono riconosciuti crediti formativi, né la formazione di tipo informale, attraverso lo scambio di ricerche ed iniziative tra gli appartenenti ad un medesimo campo e ad altri campi professionali.

La valorizzazione dell'attività formativa si pone l'obiettivo di approdare ad una formazione continua che si estrinseca in un apprendimento qualitativo ed intenso lungo tutta la vita lavorativa e che può diventare una risorsa importante per lo sviluppo futuro degli studi professionali.

Questo ultimo aspetto della formazione consente di mettere in luce il punto di maggior forza dell'ente bilaterale che si realizza, attraverso l'incentivazione e la promozione di studi e ricerche nel settore delle professioni, nella determinazione con un certo anticipo dei fabbisogni formativi e occupazionali degli studi e nel monitoraggio costante delle dinamiche del mercato del lavoro nel comparto delle professioni. Ed ancora, l'ente bilaterale, nella prospettiva di fidelizzazione del prestatore di lavoro, promuove servizi sociali aggiuntivi, determinati dalla contrattazione fra le parti – quali l'assistenza sanitaria integrativa o la corresponsione di quote economiche o di borse di studio – a favore di quei lavoratori che, in costanza di rapporto di lavoro, partecipano a corsi di formazione specifici della macroarea professionale di appartenenza.

I soci fondatori dell'ente nazionale sono costituiti dalle parti sociali sopra individuate, mentre gli iscritti all'ente sono direttamente i datori di lavoro e i lavoratori ai quali si applica il Ccnl dei dipendenti degli studi professionali.

L'art. 5, lett. o, del citato Ccnl individua, nell'ottica di una costante ottimizzazione delle risorse interne dell'ente nazionale, la possibilità di promuovere la costituzione di enti bilaterali regionali, in totale accordo con le parti costituenti, anche se all'ente bilaterale nazionale rimane affidato, in ogni caso, il compito di sovrintendere l'attività dell'ente regionale.

Il Testo Unico Contrattuale per i dipendenti degli studi e delle attività professionali del 3 maggio 2006 è stato modificato in data 29 luglio 2008, mediante la stipulazione tra le medesime parti sociali di un nuovo contratto con decorrenza e durata dal 1° maggio 2008 al 30 settembre 2010.

Anche il nuovo accordo appare orientato alla valorizzazione delle funzioni dell'ente bilaterale nazionale.

Già nelle premesse, viene infatti espressa la decisa volontà delle parti sociali, nella prospettiva di migliorare le relazioni industriali, di dare «pratica attuazione al completamento del sistema bilaterale nonché al rafforzamento degli strumenti paritetici/bilaterali già operativi e finalizzati a fornire servizi sul versante delle politiche sociali, su quelle della formazione, con l'obiettivo di contribuire sia allo sviluppo delle professionalità che alla stabilità di impiego degli addetti al settore».

In quest'ottica, una delle novità meritevoli di rilievo si riferisce all'ampliamento della sfera di applicazione del Ccnl (c.d. efficacia soggettiva di un contratto di lavoro), non più circoscritta ai soli professionisti e al personale dipendente degli studi, ma estesa anche agli «altri datori di lavoro che svolgono attività e servizi strumentali e/o funzionali collegati» ai primi professionisti.

È quindi fondamentale individuare le attività professionali alle quali si applica il predetto Ccnl, articolate in quattro macro aree.

Da un lato vi sono l'area professionale economico-amministrativa che include consulenti del lavoro, dottori commercialisti, ragionieri commercialisti, esperti contabili e revisori contabili e l'area professionale giuridica che comprende avvocati e notai. Dall'altro si collocano l'area professionale tecnica in cui vengono annoverati ingegneri, architetti, geometri, periti industriali, geologi, agronomi e forestali, periti agrari e l'area professionale medico-sanitaria e odontoiatrica che si riferisce a medici, medici specialisti, medici dentisti, odontoiatri, medici veterinari e psicologi.

Ciò chiarito, va evidenziato che, in forza del menzionato ampliamento dell'efficacia soggettiva introdotto dal nuovo Ccnl, a ciascuna delle aree professionali sopra individuate devono essere affiancate quelle categorie di professionisti che svolgono attività strumentali e funzionali all'area professionale stessa, tra le quali si segnalano, in via esemplificativa, i tributaristi, i consulenti assicurativi e finanziari con riferimento alla prima ed alla seconda macroarea, gli informatici per la terza ed infine i podologi ed i musicoterapisti per l'ultima macro area.

Una ulteriore modifica riconducibile all'accordo del 2008, interessante per la materia in oggetto, in quanto assicura l'operatività non solo dell'ente bilaterale nazionale di settore, ma, ove costituito, dell'ente bilaterale regionale, si rinviene dal confronto tra l'art. 7 nel nuovo Ccnl e il medesimo articolo contenuto nel Ccnl del 2006.

La nuova formulazione, con riferimento al finanziamento degli enti, prevede un aumento della quota contrattuale a 4 euro mensili per 12 mensilità (di cui 2 euro a carico dei lavoratori e 2 euro a carico dei datori di lavoro), a fronte dei 3 euro mensili precedentemente stabiliti; tale versamento è inoltre posto a carico di tutti i lavoratori subordinati, ivi compresi quelli assunti con contratto a tempo parziale.


Il contributo è comprensivo anche della quota di finanziamento spettante alla commissione paritetica nazionale e al gruppo di lavoro per le pari opportunità, strumenti attraverso i quali si realizzano gli impegni e gli obiettivi indicati nella premessa del nuovo Ccnl con riguardo all'opportunità di definire un modello contrattuale di comparto delle professioni idoneo a migliorare le relazioni sindacali ed a sviluppare e a rafforzare gli strumenti bilaterali.

In particolare, alla commissione paritetica nazionale compete l'esame di tutte le controversie collettive aventi per oggetto la corretta, integrale ed autentica interpretazione del


Ccnl. Le parti che hanno presentato l'istanza hanno l'obbligo di conformarsi alle deliberazioni assunte dalla commissione.

Il gruppo di lavoro per le pari opportunità, nell'ottica di favorire l'occupazione femminile e di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra uomini e donne nel lavoro, ha invece il compito di presentare progetti al riguardo e di seguire il percorso di ammissione e di attuazione degli stessi. In quest'ultimo ambito, ai sensi della l. n. 125/1991, richiamata all'art. 4 del Ccnl degli studi professionali, è istituito presso la sede del Ministero del lavoro e delle politiche sociali il comitato nazionale di parità, che fissa annualmente il "programma obiettivo" nel quale sono indicati i progetti di azioni positive promosse, nonché i soggetti ammessi ed i criteri di valutazione. Il gruppo di lavoro per le pari opportunità e la commissione paritetica nazionale sono inoltre tenuti a redigere, alla scadenza del contratto, un rapporto conclusivo sul lavoro svolto.

3. Fra gli strumenti con i quali il sindacato italiano concorre alla gestione di alcuni importanti segmenti del *welfare* nazionale, la bilateralità assume un ruolo importante. Nelle intenzioni espresse dalle parti che hanno negoziato la costituzione dell'ente bilaterale del settore delle professioni, una considerazione è la seguente: sia il Ccnl del 2006, sia il nuovo Ccnl del 2008 condividono la finalità delle parti sociali di favorire sia una comunicazione più collaborativa tra le stesse sia di garantire l'effettività di alcune tutele di origine legale e contrattuale. Effettivamente, ad E.BI.PRO. sono affidati numerosi e prestigiosi compiti che, grazie alla realizzazione di indagini, rilevazioni, stime e proiezioni mirano a creare non solo un rafforzamento del sistema del settore delle professioni ma anche, e soprattutto, aumentano le sinergie necessarie per la tutela degli addetti al settore. E.BI.PRO., grazie alla creazione di enti di settore regionali, mira infatti ad accreditarsi come interlocutore diretto con le singole regioni che prevedono per la bilateralità, riconosciuta quale parte sociale del comparto professionale, interventi e benefici economici per il sostegno all'innovazione tecnologica ed alla certificazione di qualità negli studi.

4. Per un'ampia illustrazione della nozione e della funzione dell'ente bilaterale si rinvia a F. PASQUINI, *Il ruolo degli organismi bilaterali nel decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n.30: problemi e prospettive*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi nel mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Giuffrè, Milano, 2004. Nello stesso volume, per un confronto con altri settori dove l'esperienza della bilateralità è radicata, cfr. G. De LUCIA, S. CIUFFINI, *Il sistema degli enti bilaterali nell'artigianato: una esperienza italiana al servizio del dialogo sociale europeo* e A.M. NUCARA, *Gli enti bilaterali nel turismo dopo la riforma Biagi*. Sul ruolo della formazione negli studi professionali cfr. F. CONSOLI, *L'apprendimento negli studi professionali*, in Collana formazione e ricerche Fondoprofessioni, 2008. Per le ultime modifiche intervenute nella contrattazione collettiva del settore delle attività professionali, si rinvia al *Verbale di accordo per il rinnovo del Ccnl degli studi professionali*, 29 luglio 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 32).

2. Istruzione e formazione

2.1. ISFOL, *Rapporto 2008 sulla formazione continua*, novembre 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

Il quadro della formazione continua in Italia

Sommario: **1.** Quadro normativo di riferimento. – **2.** Imprese e lavoratori: l'approccio alla formazione continua. – **3.** Politiche e strumenti di sostegno alle iniziative formative. – **4.** Il ruolo della contrattazione collettiva. – **5.** La formazione continua all'estero: le sollecitazioni del caso francese.

1. L'art. 66 della l. n. 144/1999 in materia di investimenti e incentivi all'occupazione al comma 3 prevede che «Entro il 30 novembre di ciascun anno, i Ministri del lavoro e della previdenza sociale e della pubblica istruzione verificano, secondo le rispettive competenze, le attività di formazione e istruzione professionale svolte dalle regioni e dagli altri soggetti pubblici e trasmettono al Parlamento una relazione dettagliata [...]».

Alla luce di tale disposizione normativa, l'Isfol nel 2008 ha elaborato il Rapporto sulla formazione continua (in epigrafe) ed ha ricostruito, in maniera articolata ed esaustiva, il sistema formativo nazionale dei lavoratori.

Il Rapporto è diviso in quattro parti. Nella prima vi è un approfondimento sui “Fenomeni” della formazione continua ed è illustrata la posizione delle imprese e dei lavoratori nei confronti della formazione, tramite la ricostruzione delle *Politiche e degli Strumenti di sostegno alle iniziative formative*.

Nella seconda parte sono illustrate le attività finanziate dai fondi paritetici e sono riportati i risultati delle politiche di sostegno gestite dalle Regioni e dalle Province. A riguardo, i dati del monitoraggio delineano la permanenza, in particolare nel Mezzogiorno, di alcune difficoltà legate alla disponibilità di dati sufficientemente aggiornati.

La terza parte del documento in esame fornisce lo stato dell'arte della contrattazione collettiva in materia di formazione, rispetto alla quale, nell'attuale contesto, si assiste al rafforzamento della bilateralità, auspicato e promosso anche dall'Accordo tripartito tra Ministero del lavoro, Regioni e parti sociali nell'aprile 2007, il quale prevede la promozione di un «sistema di formazione continua progressivamente ordinato, non concorrenziale ma integrato» e richiede ai soggetti pubblici e privati di convergere verso il comune obiettivo di innalzamento delle competenze delle persone e delle organizzazioni.

La quarta parte del Rapporto si caratterizza per la settorialità del suo contenuto: illustra infatti il sistema di formazione attuato a favore di alcune categorie di lavoratori (interinali, del pubblico impiego, agricoltori, lavoratori italiani residenti all'estero). Nell'ultima sezione si approfondisce il caso della Francia che, attualmente, sta intervenendo con una legislazione avente l'obiettivo di rielaborare i cardini del proprio sistema di sostegno alla formazione continua.

2. A livello europeo, l'Unione definisce il capitale umano elemento chiave per lo sviluppo e la promozione di manodopera qualificata, formata ed adattabile e per tale ragione pone il suo sviluppo come prioritario. La prima parte del rapporto, tramite l'illustrazione dei risultati di analisi condotte dalle principali fonti statistiche ricostruisce tale scenario, mettendo in luce, da una parte, come si distribuisce il fenomeno fra i vari Paesi e, dall'altra, come si posiziona l'Italia rispetto ai valori medi europei, mettendo in evidenza i relativi *gap* ed individuando le principali caratteristiche assunte dal fenomeno. A tal fine sono stati utilizzati i dati CVTS3 (*Continuing Vocational Training Survey*) di Eurostat,

che consentono di avere una panoramica completa, a livello europeo (28 Paesi), dei sistemi imprenditoriali, unitamente a fonti di tipo nazionale (fra cui l'indagine Isfol-INDACO e Unioncamere-Excelsior).

Il rapporto sottolinea che, al fine di valutare la sistematicità dell'utilizzo dello strumento formativo da parte delle imprese, è necessario analizzare la dimensione quantitativa e le modalità attraverso le quali esso si esplica: i corsi di formazione interni ed esterni, il *training on the job*, la rotazione delle mansioni, i circoli di qualità o gruppi di autoformazione, le attività di *e-learning*, i *workshops*, i convegni e i seminari.

Le variabili che incidono sull'impegno delle imprese in formazione possono essere raggruppate in tre ambiti: 1) i sistemi di regolazione; 2) la contrattazione tra le parti economiche e sociali; 3) i comportamenti dei lavoratori e le scelte effettuate dalle imprese.

L'analisi di queste variabili ha permesso di riunire i Paesi europei in quattro grandi gruppi. I primi due sono costituiti dai Paesi del Centro e Nord-Europa, che presentano tassi elevati sia di imprese formatrici sia di partecipazione, oppure che hanno un elevato tasso di incidenza, ma un tasso di partecipazione prossimo alla media europea (pari al 33%); il terzo gruppo è costituito da Paesi dell'Europa mediterranea, con tassi di poco inferiori alla media in entrambi gli indicatori, ed in cui rientra anche l'Italia, ma con il valore di incidenza più basso degli altri Stati; nel quarto gruppo rientrano i Paesi neocomunitari appartenenti all'area balcanica e, in parte, all'area baltica, con valori inferiori alla media in entrambi gli indicatori.

In particolare i ritardi ed i gap dell'Italia rispetto ai valori medi e ai *benchmark* europei sono imputabili soprattutto al comportamento delle piccole e medie imprese. I risultati dell'indagine CVTS3 mostrano come il principale elemento di criticità delle imprese italiane sia costituito dalla loro bassa propensione ad offrire formazione al proprio personale: infatti, mentre la media europea delle imprese che hanno svolto attività di formazione continua nel 2005 è pari al 60%, la media italiana raggiunge appena il 32%, collocando il nostro Stato al terzultimo posto in Europa.

Per verificare tali dati, l'Isfol ha realizzato un'analisi di *benchmark* sui 28 Paesi europei, sulla base di quattro *key indicators* standardizzati: incidenza, partecipazione, all'intensità e costo orario della formazione, dai quali emerge una situazione meno sfavorevole dell'Italia (la partecipazione in Italia è del 29% dei dipendenti contro la media europea del 33%; la durata dei corsi nel nostro Paese è pari a 26 ore contro le 27 ore europee; il costo che si registra è leggermente superiore rispetto ai valori medi europei).

Il tema dei costi della formazione è considerato cruciale e quindi ha richiesto uno specifico approfondimento. Si sono presi in considerazione 4 indicatori: 1) costi in percentuale del lavoro; 2) costi per occupato; 3) costi per partecipante; 4) costi per ora di formazione.

Il rapporto che si determina fra l'azione delle politiche formative e la capacità di investimento privato ha stimolato un'analisi della domanda potenziale di formazione presente nelle imprese italiane. A tal fine, sono state prese in considerazione le adesioni delle imprese ai fondi interprofessionali per la formazione continua, per valutare la capacità di stimolo della domanda posseduta da tali strumenti di sostegno. In particolare, è stata esplorata la relazione esistente tra l'adesione ai fondi da parte delle imprese e la loro propensione a svolgere attività di formazione continua: esiste un ampio margine fra la domanda espressa di formazione continua e la quota di adesione di imprese ai fondi, stimabile in circa 20 punti percentuali. Ciò conferma la difficoltà nel mondo produttivo italiano di dare stabilità a prassi formative, capaci di organizzare una risposta adeguata alle esigenze di apprendimento permanente.

3. I dati forniti rilevano che nell'attività di monitoraggio è stato preso in considerazione anche l'impatto che hanno avuto alcuni strumenti ed alcune politiche atte a sostenere le iniziative formative. Nella seconda sezione, invece, sono analizzate le azioni più signifi-

cative ed incisive: i fondi paritetici interprofessionali, politiche e strumenti di sostegno comunitari e nazionali alla formazione continua, formazione nel Fondo sociale europeo.

Di particolare interesse sono i fondi paritetici interprofessionali, a cui aderiscono circa il 40% delle imprese private italiane e il 59% dei lavoratori. Caratteristica principale dei fondi italiani è quella di non avere un carattere settoriale come accade in Francia, Olanda o Belgio e che, pur potendo identificare peculiarità distintive in termini settoriali, si collocano trasversalmente, comportando la sostanziale impraticabilità di una specializzazione su determinate tipologie professionali, su determinate tematiche formative e su linee specifiche di fabbisogno. I fondi paritetici sono finanziati attraverso il trasferimento di una parte del contributo obbligatorio contro la disoccupazione involontaria versato da tutte le imprese private all'Inps, che a sua volta trasferisce tali risorse al fondo indicato. È importante evidenziare che tali fondi finanziano piani formativi con il concorso delle risorse proprie delle imprese beneficiarie dei contributi, la cui percentuale di incidenza può variare molto tra un piano formativo e l'altro, in dipendenza delle strategie seguite da ciascun fondo, della collocazione settoriale e della dimensione di impresa.

Le condizioni della coesistenza di diversi strumenti di sostegno alle iniziative di formazione continua e le strategie di integrazione (programmatica e operativa) per la costruzione di un sistema compatibile, complementare e coerente, sono da molto tempo al centro dell'attenzione ed il ritardo accumulato dall'Italia sul fronte della diversificazione degli strumenti si riflette anche sulle strategie di integrazione.

4. Nel 2008, il confronto tra le parti sociali si è concentrato sulla riforma del sistema contrattuale vigente con l'obiettivo di adottarne uno unico per tutti i settori, pur mantenendo i livelli di contrattazione nazionale e decentrato, razionalizzando il primo e potenziando il secondo. La proposta, in particolare, si pone l'obiettivo di valorizzare l'esperienza della formazione continua e dei fondi paritetici interprofessionali, sostenendo la necessità di potenziare la capacità di contrattazione decentrata su alcuni temi specifici, tra i quali la formazione permanente e la formazione su salute e sicurezza.

Il 2008 è stato caratterizzato anche dal rinnovo di un numero rilevante di contratti collettivi nazionali, l'esame dei quali evidenzia come la spinta alla promozione della formazione continua si sia concentrata su alcuni aspetti, quali il potenziamento della bilateralità contrattuale e l'introduzione o ampliamento di uno specifico monte ore di cui i lavoratori possono fruire per la partecipazione ad attività di formazione continua. Altri aspetti importanti riguardano l'inserimento di criteri di valutazione delle competenze e delle conoscenze dei lavoratori per le progressioni di carriera e la conseguente introduzione della leva formativa come strumento di sviluppo delle competenze necessarie all'avanzamento professionale, il rafforzamento dei sistemi di prevenzione e di sicurezza e la previsione di interventi di formazione rivolti agli stranieri.

Il Rapporto prosegue con l'inquadramento di alcune categorie (dipendenti delle PA, lavoratori interinali, italiani all'estero, lavoratori agricoli) di prestatori di lavoro, individuandone le peculiarità nei sistemi di formazione.

Con riferimento ai sistemi formativi per i dipendenti della PA (investimento rimasto al di sotto dell'1% della massa salariale, indicato come obiettivo nel 2001) sono analizzate le attività svolte, il livello di partecipazione, le tematiche oggetto della formazione, le modalità di erogazione adottate, l'impatto della formazione sull'innovazione organizzativa. Per quel che riguarda la formazione dei lavoratori interinali, il fondo che si occupa del finanziamento è il Forma.Temp (che nel 2007 ha registrato un incremento del 16% rispetto al 2006), il quale prevede 4 tipologie di formazione. La prima, formazione *di base*, finalizzata a fornire conoscenze di carattere generale collegate al mondo del lavoro, e una seconda, *professionale*, concepita per la creazione o specializzazione di conoscenze/capacità utili all'inserimento nel mondo del lavoro (che con il 55% del totale dei programmi del 2007 è quella prevalentemente attuata). Le altre due sono la formazione *on the job*,

che ha lo scopo di raccordare la professionalità del lavoratore alle esigenze specifiche di un'azienda; ed, infine, la formazione *continua* (nel 2007 è stata attuata in modesta quota, 3%) che mira all'adeguamento delle qualificazioni con l'evoluzione delle professioni e dei contenuti delle mansioni e al miglioramento delle competenze.

5. Nel contesto degli interventi finalizzati a migliorare gli strumenti di formazione attuati in Paesi stranieri, trova spazio l'indagine sul caso francese. In Francia il dibattito sulla formazione si concentra, attualmente sulla valutazione degli effetti della riforma realizzata del 2004, la l. n. 391 (c.d. Legge Fillon) relativa alla formazione professionale per tutto l'arco della vita ed al dialogo sociale.


Con la nuova normativa si stabilisce che l'accesso dei lavoratori alle iniziative formative deve essere realizzato esclusivamente su iniziativa del datore di lavoro, nell'ambito del *Plan de formation* che può essere autonomamente programmato ed elaborato dalla impresa oppure può avvalersi dell'assistenza e del sostegno di specifici organismi autorizzati dallo Stato. Il Piano può essere avviato anche su iniziativa autonoma del lavoratore, nel quadro del congedo di formazione, nonché su iniziativa del dipendente in accordo con il datore di lavoro, attraverso l'esercizio del *diritto individuale di formazione* o attraverso contratti o periodi di professionalizzazione.

Gli effetti della riforma non sono stati incisivi tanto che il Governo francese ha annunciato, alla fine del 2007, la volontà di procedere ad una nuova riforma.

In base al codice del lavoro francese, qualsiasi impresa, indipendentemente dalla dimensione, deve contribuire allo sviluppo della formazione continua partecipando al finanziamento di interventi formativi diretti ai lavoratori, con percentuale minima dell'1,6% della massa salariale. Punto cardine della riforma è il rinvio alla contrattazione di settore, per la definizione delle modalità di utilizzo dell'obbligo di contribuzione finanziaria; la contrattazione dovrà anche definire gli obiettivi e le priorità della formazione dei lavoratori, sia nell'ambito del DIF sia nel quadro del piano di formazione.

Nonostante la volontà innovatrice, la riforma del 2004 non ha annullato le debolezze del sistema preesistente ed inoltre ha comportato l'emersione di nuove difficoltà. Tutto ciò ha indotto il Governo francese ad annunciare una riforma complessiva del sistema, ritenendo necessario procedere ad un percorso di chiarificazione degli obiettivi e delle priorità che devono ispirare il modello della formazione professionale nel suo complesso, tenendo in debito conto le responsabilità in capo ai soggetti coinvolti. Il Ministro dell'economia, della industria e del lavoro, all'inizio del 2008, ha affidato ad un gruppo di lavoro (costituito da rappresentanti dei Consigli regionali, delle organizzazioni sindacali e datoriali, oltre che dalle amministrazioni dello Stato coinvolte) lo studio di possibili percorsi utili della riforma. Sulla base delle indicazioni emerse dal lavoro realizzato, il Governo, ha predisposto un documento di orientamento specificando gli assi fondanti della prospettata riforma sulla base dei quali intraprendere la concertazione con le parti sociali. L'invito ad avviare la negoziazione (la cui conclusione tra l'altro è attesa per la fine del 2008) è stato lanciato su quattro punti principali. Il primo mira a rafforzare il collegamento tra formazione ed occupazione, attraverso la creazione di un dispositivo coordinato tra gli attori della formazione e finanziato congiuntamente dagli stessi per la salvaguardia dei percorsi e delle transizioni professionali; il secondo è orientato alla costruzione di un sistema più equo permettendo di ridurre le disparità d'accesso alla formazione; il terzo mira a rendere il sistema della formazione professionale più efficace attraverso un migliore coordinamento dell'azione degli attori coinvolti su scala regionale, un ampliamento della qualità dell'offerta formativa e una riforma della rete di OPCA nella direzione di un loro riassetto dimensionale ed organizzativo; infine il quarto, volto a rendere l'individuo protagonista del proprio percorso professionale, riformando la gestione del CIF attraverso una razionalizzazione della rete di raccolta e gestione dei fondi dedicati e innovando le possibilità di trasferibilità del DIF.

3. Lavoro in cooperativa

3.1. Interpello 6 febbraio 2009, n. 7 (UNCI, Unione Nazionale Cooperative Italiane) (in 
Boll. Adapt, 2009, n. 5).

Cooperative di produzione e lavoro e crisi aziendale

Sommario: **1.** Il quesito. – **2.** Il quadro di riferimento. – **3.** La risposta del Ministero. – **4.** Considerazioni finali. – **5.** Indicazioni bibliografiche essenziali.

1. La Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro risponde con il provvedimento in epigrafe all'interpello dell'Unione Nazionale Cooperative Italiane (UNCI) in materia di differimento temporale degli incrementi contrattuali dovuti ai soci lavoratori delle cooperative per ferie, permessi, ROL, ex festività, 13^a e 14^a mensilità e tfr in presenza di uno stato di crisi aziendale (in epigrafe). L'UNCI chiede se detti incrementi contrattuali possano essere differiti, rispetto alle modalità temporali indicate nel contratto collettivo, in presenza di una situazione di crisi aziendale, a seguito di una decisione dell'assemblea dei soci della cooperativa. Con l'interpello l'UNCI chiede inoltre se, in tale contesto, il concetto di "crisi aziendale" definito nella l. n. 142/2001, possa essere ricondotto alla disciplina di cui alla l. n. 223/1991 ed eventualmente quali differenze si riscontrino tra le due normative, quali siano i necessari presupposti per una corretta procedura di dichiarazione dello stato di crisi nelle cooperative e quali siano i provvedimenti che possono essere adottati in materia dal personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro (Dpl).

2. La materia affrontata nel quesito è relativa alla particolare forma di adempimento del contratto sociale, che nelle cooperative di produzione e lavoro è rappresentata dalla prestazione mutualistica e regolamentata dalle disposizioni della l. n. 142/2001, con la quale è stata stabilita definitivamente una disciplina organica dell'istituto dopo un lungo confronto, in dottrina e in giurisprudenza, fra posizioni diverse e, a volte, contrastanti, in merito alle caratteristiche ed alla natura del rapporto tra cooperativa e soci lavoratori. Fra le novità introdotte dalla riforma di cui alla l. n. 142/2001 un rilievo centrale è attribuito all'art. 3, comma 1, in cui si dispone che, nei confronti dei soci che esercitano l'opzione per il lavoro subordinato, deve essere garantito un trattamento proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato «e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore (Ccnl) o della categoria affine». Nella stessa legge il successivo art. 6, comma 1, stabilisce che l'assemblea delle società cooperative deve definire, attraverso un regolamento interno, la tipologia dei rapporti che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori. La disposizione lascia assoluta autonomia decisionale al singolo sodalizio in merito alla tipologia dei rapporti da instaurare con i soci, ma, in caso di opzione per il lavoro subordinato, i livelli retributivi minimi devono essere individuati con riferimento al contratto di categoria applicabile. I successivi punti d) ed e) dello stesso comma 1 conferiscono un peculiare potere all'assemblea dei soci a cui il regolamento può attribuire la facoltà di deliberare un piano di crisi aziendale nell'ambito del quale possono essere previste riduzioni temporanee sia dei ristorni che dei trattamenti economici integrativi dei soci lavoratori con contestuale divieto di distribuzioni di utili; lo stesso piano può anche prevedere la richiesta di forme di apporto da parte dei soci in proporzione alle loro capacità finanziarie. Il successivo comma 2 dello stesso articolo chiarisce che il regolamento può contenere disposizioni derogatorie *in pejus*, rispetto al trattamento economico minimo contrattualmente dovuto,

esclusivamente in questi casi. La portata innovativa di questo potere assembleare rispetto al quadro precedente è di più agevole comprensione alla luce del principio anche recentemente ribadito dalla Corte di Cassazione, relativamente al sistema previgente alla citata l. n. 142/2001, secondo cui: «il trasferimento nelle casse della società, a copertura dei debiti accumulati in precedenza, di somme di pertinenza dei soci, nonché dei compensi dovuti per il lavoro straordinario non può che essere realizzato con atto negoziale, trattandosi della cessione di diritti soggettivi perfetti, purché gli stessi siano già maturati; la cessione negoziale dei crediti dei soci costituisce il presupposto logico-giuridico della successiva delibera assembleare che, preso atto di tale volontà negoziale, porta quei crediti come posta attiva per chiudere il bilancio in pareggio» (Cass. 7 marzo 2005, n. 4822). Questa impostazione si contrappone alla rinuncia collettiva e in via anticipata, decisa assemblearmente, del regime attuale, quella individuale e negoziata, oltretutto successiva alla maturazione, del regime precedente.

3. Nella risposta all'interpello, il Ministero, dopo aver evidenziato che l'applicabilità di alcuni istituti discende da leggi specifiche (elencando il riconoscimento del periodo di ferie nell'anno di riferimento, del tfr e della 13° mensilità), richiama la l. n. 142/2001 per osservare che, accanto al principio generale dell'inderogabilità *in pejus* del trattamento economico minimo di cui al Ccnl, la stessa ha previsto, altresì, alcune eccezioni, tra cui proprio quelle conseguenti alla deliberazione da parte dell'assemblea dei soci del "piano di crisi aziendale". Questo è il punto cardine del ragionamento del Ministero secondo cui assume centralità tale deliberazione che può essere adottata solo se prevista dal regolamento della cooperativa con carattere di eccezionalità e in funzione di una oggettiva e riconoscibile situazione di crisi (sul punto richiamandosi alle identiche considerazioni contenute nella parte finale della circ. Min. lav. 18 marzo 2004, n. 10). Tale situazione deve essere dichiarata da una decisione assembleare che espliciti l'effettività dello stato di crisi aziendale che comporta gli interventi straordinari consentiti dalla legge, la loro temporaneità, nonché la connessione causale tra lo stato di crisi aziendale e l'applicabilità ai soci lavoratori degli interventi in esame.

Le modalità di approvazione della delibera del piano di crisi aziendale hanno particolare rilievo. Quest'ultima, infatti, deve essere adottata all'interno di un processo dialettico trasparente, svolto nel rispetto delle regole democratiche e tale da garantire la leale e corretta informazione preventiva a tutti i soci lavoratori in merito ai suoi effetti retributivi. Solo a seguito di questo imprescindibile passaggio procedurale assembleare di esplicitazione della crisi aziendale, secondo il Ministero, si realizzano i presupposti che consentono di scendere al di sotto del trattamento minimo di cui all'art. 3, comma 1 citato, permettendo di corrispondere ai soci lavoratori anche retribuzioni inferiori rispetto a quelle minime previste della contrattazione collettiva, pur in un quadro di compatibilità rispetto «alle disponibilità e capacità finanziarie del socio lavoratore stesso» dato che «l'entità dei sacrifici economici deve essere rapportata nel "quantum" alla capacità economica dei singoli soci lavoratori».

Secondo il Ministero, inoltre, la particolarità del piano di crisi aziendale descritto, interno ad una compagine societaria interessata al raggiungimento del fine mutualistico e rappresentato dal proseguimento dell'attività aziendale a favore di tutti i soci, ne esclude la compatibilità con la disciplina della l. n. 223/1991, che regola le modalità e gli strumenti per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale di una crisi aziendale attraverso l'uso di una serie di istituti previdenziali ed assistenziali e di procedure formalizzate. Infatti, è diversa la considerazione da fare in caso di dichiarazione dello stato di crisi di cui alla l. n. 223/1991 che può riguardare anche le società cooperative di lavoro che ne abbiano i requisiti, qualora si faccia ricorso agli ammortizzatori sociali o ai licenziamenti collettivi, a fronte dei quali devono essere rispettate le procedure *ex art.* 4 e 24 della l. n. 223/1991.

Infine, viene chiarito che anche nei confronti delle società cooperative il personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro esercita le proprie competenze in materia di lavoro e legislazione sociale ai sensi degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 124/2004 come nei confronti della generalità dei datori di lavoro.


4. Il Ministero sottolineando il ruolo centrale che il legislatore del 2001 ha assegnato alle istanze partecipative della compagine sociale nelle scelte imprenditoriali, giustifica la rinuncia consapevole e partecipata, espressa in assemblea, dai soci lavoratori, anche ad una parte dei propri trattamenti economici minimi in funzione di una scelta di sostegno alla propria società in momentanea difficoltà. Il Dicastero, alla luce di tali considerazioni, nella risposta al quesito, sembra superare la stessa portata dell'interpello proposto, ritenendo ammissibile la retribuzione dei soci lavoratori in misura inferiore rispetto a quelle minime previste dai Ccnl. Resta invece irrisolto, il problema di quale sia la disciplina contributiva a cui assoggettare le nuove retribuzioni risultanti dalla riduzione dei trattamenti retributivi minimi. Non viene chiarito se la riduzione operi anche riguardo all'imponibile previdenziale o se, come già sostenuto da commentatori, la retribuzione imponibile non possa comunque scendere al di sotto del minimale contributivo, in questo caso con la necessità di ulteriore specificazione poi, sull'applicazione del minimale "legale", ai sensi dell'art. 7, comma 1, l. n. 638/1983, o di quello "contrattuale" di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 389/1989. Proprio questo è, probabilmente, il punto che il quesito sollevava nel chiedere quali provvedimenti potessero essere adottati dal personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro a fronte di riduzioni delle retribuzioni al di sotto del minimo contrattuale come nel caso prospettato. Sembra verosimile che l'UNCI volesse conoscere a quale trattamento contributivo dovessero essere sottoposte le retribuzioni inferiori al minimo deliberate dall'assemblea. L'unico contributo dottrinario che ha affrontato finora l'argomento esclude che le modalità di definizione dell'apporto economico richiesto al socio passino attraverso la percezione del trattamento economico complessivo "ordinario" ex art. 3, l. n. 142/2001, con conseguente assoggettamento contributivo e fiscale sull'imponibile intero e la successiva riattribuzione, alla cooperativa, di quella parte della retribuzione che l'assemblea ha deliberato dover essere restituita alla cooperativa in ragione della capacità contributiva del singolo. Al tempo stesso la citata dottrina non rileva che tale soluzione possa risolvere l'ulteriore problema dell'acquisizione di tale apporto nel capitale della cooperativa che, se non conferito a "fondo perduto", ben potrebbe essere collocato nel capitale sociale o nel prestito da soci e, quindi, restituito al socio lavoratore nel momento in cui la società riesca ad uscire dallo stato di crisi mantenendo intatte le poste di bilancio.


5. In merito all'art. 3 della l. n. 142/2001, si veda per una valutazione positiva, di questa parte della novella, rispetto alla situazione precedente, M. BIAGI, M. MOBIGLIA, *La nuova disciplina applicabile al socio lavoratore di cooperativa*, in *GLav*, 2001, n. 45, 12 ss. Per una ricostruzione dettagliata delle differenti posizioni della dottrina, sulla genesi della l. n. 142/2001 e sui differenti pareri espressi su di essa, si veda P. TULLINI, *Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa*, in *q. Rivista*, 2005, n. 3, 711, e più recentemente, con considerazioni sul suo possibile coordinamento con le norme di diritto commerciale di cui alla successiva riforma del diritto societario contenuta nel d.lgs. n. 6/2003, L. IMBERTI, *La disciplina del socio lavoratore tra vera e falsa cooperazione*, in *RGL*, 2008, n. 3, 387-460, e in Working Paper C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", 2007, n. 61. Infine, per alcune prime considerazioni sull'interpello in esame e sulla disciplina contributiva a cui assoggettare le nuove retribuzioni risultanti dalla riduzione dei trattamenti

retributivi minimi F. NATALINI, *Cooperative: stato di crisi e conseguenze per i lavoratori*, in *GLay*, 2009, n. 8, 30, e R. SCHIAVONE, *Stato di crisi e possibilità di differire la fruizione degli incrementi contrattuali*, in *DPL*, 2009, n. 18, 1087 ss.

Gabriele Civolani, Luciano Schiavo
Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – Adapt – Fondazione Marco Biagi

4. Lavoro pubblico

4.1. Legge delega 4 marzo 2009, n. 15 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 17).

4.2. Schema di decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 14).

(4.1. – 4.2.) Risultati economici dell'azione pubblica e contrattazione collettiva. Un nesso necessario e possibile

Sommario: 1. Protocollo del 1993 e lavoro pubblico: il punto di caduta. – 2. Il conflitto tra il livello centrale e quello decentrato. – 3. Misurare i risultati economici aggregati del lavoro pubblico. – 4. Costo ed efficienza del lavoro pubblico. – 5. Conclusioni: un nesso virtuoso tra risultati economici dell'azione pubblica e contrattazione collettiva.

1. Le profonde differenze tra dipendenti pubblici e privati nella crescita delle retribuzioni dal 2001 ad oggi illustrano in modo eloquente quanto il settore pubblico sia caratterizzato da specificità strutturali e istituzionali che ne allontanano il lavoro e la contrattazione dal settore privato. Tali specificità hanno reso problematica e poco razionale l'applicazione al pubblico impiego del Protocollo del luglio 1993 (per un approfondimento non possibile in questa sede rinvio a A. GOLINO, P. MINICUCCI, L. TRONTI, *Le retribuzioni dei dipendenti pubblici. Tendenze e confronti con il settore privato*, in *Economia & lavoro*, 2008, n. 2, 167-200; L. TRONTI, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: i risultati e una questione di principio*, in *AranNewsletter*, 2008, n. 3, 9-15; MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE, *Le retribuzioni dei dipendenti pubblici. Andamenti dal 1992 al 2007 e confronti con il privato*, con la consulenza tecnica di Aran, Banca d'Italia, Istat, Ragioneria generale dello Stato, 30 settembre 2008 in www.funzionepubblica.it; MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE, *Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione. Anno 2007*, Roma, 2008, voll. I e II, in www.funzionepubblica.it). In estrema sintesi, e astraendo dalle specificità dell'iter negoziale e dai cronici ritardi (più che quadrupli) nei tempi di rinnovo, l'elemento fondamentale di divergenza è dato dall'assai maggiore diffusione della contrattazione decentrata (circa il 100% dei dipendenti nel pubblico contro meno del 30% nel privato), cui fa riscontro un'assai maggiore difficoltà di identificare e remunerare i miglioramenti produttivi del lavoro agevolmente misurabili e trasparenti all'opinione pubblica.

Il Protocollo del 1993, infatti, dispone che la contrattazione di secondo livello, aziendale o territoriale, stabilisce la misura dei premi di risultato, ovvero di erogazioni retributive «strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità ed altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano», nonché ai «risultati legati all'andamento e-

conomico dell'impresa» (Protocollo del 23 luglio 1993, 2, 3). In questo modo, per i dipendenti delle imprese, la crescita delle retribuzioni reali oltre la salvaguardia del potere d'acquisto (regolata attraverso i contratti nazionali) è strettamente vincolata ai risultati economici dell'impresa. Si tratta, evidentemente, di una regola “non-keynesiana”, nel senso che mette fine all'ipotesi di poter trattare a livello macroeconomico il salario come “variabile indipendente”; e, all'opposto, prevede che i lavoratori condividano (nei limiti della “rigidità verso il basso” del potere d'acquisto delle retribuzioni di base) la responsabilità nell'equilibrio microeconomico dell'impresa.

Ma il fallimento del tentativo di applicare questa stessa disciplina al settore pubblico si scontra evidentemente con il fatto che, all'opposto, le amministrazioni pubbliche, non dispongono (se non in misura minima) di entrate derivanti dal giudizio *diretto* degli utenti sulla qualità dei servizi resi (che possano, quindi, accostarsi “all'andamento economico dell'impresa”); da ciò consegue che, al di là di ogni buona intenzione del legislatore e degli amministratori, i “premi di risultato” dei dipendenti pubblici sfuggono, nei fatti, al vincolo stringente e inappellabile della valutazione *in solido* del mercato.

Questa situazione potrà migliorare, anche sensibilmente, con il completamento dell'ordinamento federalista della Repubblica dal lato fiscale, che aprirà anche ai cittadini italiani la possibilità di esprimere un miglior controllo “dal basso” sull'efficienza delle amministrazioni locali e, quindi, di “votare” anche “con i piedi” (secondo la vivida metafora americana), trasferendo la propria residenza in territori caratterizzati da un miglior rapporto tra pressione fiscale e servizi resi. Tuttavia fino ad oggi, e probabilmente ancora per un lungo periodo, il compito di correggere i problemi di offerta delle amministrazioni meno efficienti spingendole a un effettivo e continuo miglioramento ricade, indubbiamente, sull'Esecutivo in quanto responsabile di ultima istanza del contratto tra cittadini e dipendenti pubblici.

Per questo motivo, le risorse da destinare alla contrattazione integrativa sono state sin qui decise in larga misura a livello centrale. E la decisione è stata assunta in ragione dell'equilibrio tra compatibilità finanziarie e forza di pressione dei dipendenti pubblici o desiderio di consenso dell'Esecutivo stesso, piuttosto che in seguito a miglioramenti organizzativi e/o produttivi effettivamente conseguiti e documentati in modo trasparente, ovvero al giudizio favorevole di cittadini e imprese, o anche solo a un esplicito giudizio di soddisfazione per la qualità del lavoro pubblico esternato in modo trasparente da parte del Governo (sul deficit di razionalità nella gestione della contrattazione e sulla necessità di una nuova riforma procedurale e istituzionale, che ristabilisca una precisa linea di demarcazione della contrattazione salariale nel settore pubblico rispetto a quella nel privato in ragione delle specificità strutturali del primo, si veda la raccolta di C. DELL'ARINGA, G. DELLA ROCCA, *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007).

2. Per quanto fondato sia il rilievo di Carlo Dell'Aringa, per il quale la storia recente vede emergere il tentativo delle amministrazioni locali (e non solo) di accrescere con ogni mezzo i Fondi Unici di Amministrazione – che finanziano la contrattazione decentrata – interpretando surrettiziamente questa voce di bilancio come una sorta di “profitto dell'amministrazione”, contro i ripetuti sforzi del Tesoro di riprendere il controllo su questi fondi, con esiti alterni del conflitto (C. DELL'ARINGA, *Contrattazione collettiva e costo del lavoro*, in C. DELL'ARINGA, G. DELLA ROCCA, *op. cit.*), una larga parte delle risorse per l'aumento delle retribuzioni reali resta ancora decisa centralmente, dalla legge finanziaria o dalla contrattazione nazionale.

La piena attuazione del federalismo fiscale rafforzerà certamente le spinte al decentramento contrattuale e all'autonoma determinazione dei fondi per la contrattazione locale (lo schema di disegno di legge delega sull'attuazione dell'art. 119 Cost. recentemente approvato dal Governo prevede la possibilità di sviluppare gradualmente anche forme di

“federalismo contrattuale”, con l’obiettivo di assicurare la «tendenziale corrispondenza tra autonomia impositiva e autonomia di gestione delle proprie risorse umane e strumentali da parte del settore pubblico, anche in relazione ai profili contrattuali di rispettiva competenza», art. 2, comma 2, lett. *aa*), pur se nel rispetto del vincolo del patto di stabilità interno. Tuttavia, anche una volta compiuta la trasformazione federale dello Stato, il problema della mai esatta corrispondenza tra imposte e servizi, seppure su scala minore, resterà comunque presente e continuerà dunque a proporsi il problema correlato delle modalità e dei criteri con cui coloro che raccoglieranno le imposte (a livello centrale o decentrato) dovranno definire le risorse da destinare alla contrattazione decentrata.

È pur vero che il Governo intende muoversi non solo nella direzione del decentramento contrattuale, ma anche della rilevazione sistematica della “soddisfazione dei clienti” delle singole amministrazioni. Si tratta certamente di una giusta direzione di marcia, ribadita anche dal disegno di legge delega sulla riforma del pubblico impiego approvato in commissione al Senato (A.S. n. 847/2008, articolo 3). Va però ricordato che, anche quando gli utenti dei servizi pubblici potranno esprimere la loro valutazione sulla performance delle singole amministrazioni, a differenza dei consumatori di beni e servizi vendibili, continueranno a non essere loro a stabilirne l’adeguatezza dei costi, dato che non saranno loro a doverli sostenere direttamente attraverso il pagamento di prezzi di mercato.

Si tratta di una specificità costitutiva e ineliminabile. L’azione pubblica nasce, infatti, dall’esigenza di conciliare i bisogni collettivi con quelli individuali – un compito di carattere “paternalistico” (secondo il significato che a questo termine attribuisce la scienza delle finanze), che non può che svolgersi a livello politico, di decisore collettivo. È per soddisfare i bisogni collettivi che l’operatore pubblico raccoglie presso i singoli (cittadini o imprese), attraverso il fisco, le risorse che poi utilizzerà per produrre i beni pubblici; risorse che diversamente i singoli tenderebbero a spendere per soddisfare bisogni individuali. Poiché non può darsi un legame economico diretto tra i “clienti” delle singole amministrazioni e il loro bilancio (anche se progressi in questa direzione possono e debbono essere fatti, si vedano i riferimenti all’apertura al mercato delle amministrazioni, ovviamente limitatamente alle attività non istituzionali, contenuti in MINISTRO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L’INNOVAZIONE, *Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione – Piano Industriale*, Roma, in www.funzionepubblica.it/ministro/pdf_home/Piano_industriale_PA.pdf, 2008, c.d. *Piano industriale*), la responsabilità di formulare un giudizio decisivo sui risultati del lavoro pubblico non può che ricadere in ultima istanza sul decisore politico, il quale deve poi risponderne agli elettori.

Il livello più o meno elevato di soddisfazione dei “clienti” delle diverse amministrazioni (cittadini e imprese) è però un elemento assolutamente indispensabile per spingere al miglioramento continuo la qualità del lavoro pubblico, come anche per offrire una indicazione forte alle scelte strategiche del decisore politico.

3. In base ai richiamati principi di equilibrio microeconomico del Protocollo del 1993, il settore pubblico presenta dunque una fondamentale asimmetria rispetto a quello privato: un’asimmetria che ne rende l’applicazione problematica, opaca e controversa. Le singole amministrazioni, poiché per loro stessa natura non producono beni di mercato, tipicamente *non ottengono in via diretta* risorse aggiuntive grazie a miglioramenti produttivi o di gradimento degli utenti; dunque, la contrattazione decentrata deve comunque attingere a risorse reperite attraverso i meccanismi di decisione politica che determinano livelli e modalità dell’imposizione fiscale (a livello locale come a livello centrale). La riforma federalista dello Stato e la raccolta sistematica di indicatori di soddisfazione degli utenti potranno in parte ovviare a questa asimmetria; tuttavia, i meccanismi di programmazione della finanza pubblica, a livello locale come a livello centrale, continueranno a richiedere che organi di governo, cittadini e imprese dispongano di elementi di valutazione aggrega-

ti e oggettivi sugli effettivi risultati economici del lavoro pubblico, in base ai quali orientare le proprie scelte.

La misurazione *diretta* della produttività del lavoro pubblico in termini aggregati è, però, estremamente difficile se non impossibile data la grande varietà delle attività (spesso immateriali) svolte dalle pubbliche amministrazioni e per l'assenza di un sistema di prezzi con cui ponderare i diversi beni e servizi prodotti sino a ottenere un indicatore aggregato (per questo motivo, per convenzione statistica il valore aggiunto del settore pubblico viene generalmente stimato sulla base delle spese per il personale, con un'ipotesi implicita di proporzionalità tra il costo e la produttività del lavoro che vanifica ogni possibilità di effettiva misurazione di quest'ultima). Non si vuole qui negare valore agli ormai numerosi e fruttuosi esperimenti di misurazione dell'efficienza e dell'efficacia di singole amministrazioni o attività (si vedano, ad esempio, gli interventi recentemente ospitati dalla rivista *Economic Trends* e, in particolare, l'esperienza dell'UK CENTRE FOR THE MEASUREMENT OF GOVERNMENT ACTIVITY, *Improvements in the methodology for measuring Government output*, in *Economic Trends*, 2005, n. 622, 35-45, e, per l'Italia, le esperienze dell'Istat presentate in D. COLLESI, *Volume Measures and Productivity Analysis for the Nonmarket Sector: the Italian Experience*, Paper presentato al 15th Meeting of the Voorburg Group on Services Statistics, Madrid, settembre 2000, la rassegna di F. BALASSONE, M. FRANCESE, R. GIORDANO, *Efficienza nei servizi pubblici: una rassegna della letteratura*, in AA.VV., *L'efficienza nei servizi pubblici*, Banca d'Italia, Roma, 2003, e i lavori che compongono il volume della Banca d'Italia in cui essa compare), ma è opportuno ribadire che, in assenza di criteri esogeni, "politici", di assegnazione delle priorità e dell'ordinamento cardinale del valore dei servizi oggetto di misurazione, le difficoltà crescono sino a diventare insormontabili quando si tratta di aggregare i risultati ottenuti nella valutazione di una singola amministrazione con quelli ottenuti per le altre.

Per stabilire un collegamento forte tra risultati delle amministrazioni e finanziamento della contrattazione decentrata è invece possibile costruire indicatori statistici aggregati di riferimento che individuino, *in termini indiretti*, i miglioramenti di produttività o qualità del lavoro pubblico attraverso il miglioramento dei suoi risultati. Anche se la mancanza di un sistema di prezzi che consenta di aggregare in un unico indicatore i diversi prodotti e servizi assicurati dalle pubbliche amministrazioni (*output*) rende impossibile la produzione di misure attendibili della produttività del lavoro pubblico, è però possibile costruire e sintetizzare indicatori di *outcome*, che mettono in relazione i risultati desiderabili o economicamente virtuosi del Paese (o del territorio) con la quantità di lavoro pubblico che ne ha favorito il conseguimento e, al tempo stesso, può essere considerata, sulla loro base, sostenibile (come vedremo più avanti, non si tratta, dunque, solo di indicatori di risultato in senso stretto, ma anche di indicatori di sostenibilità o di equità, che ampliano gli elementi di giudizio utili ad una corretta definizione della politica retributiva delle pubbliche amministrazioni).

In particolare, la politica salariale del pubblico impiego può essere resa più agevole e razionale con l'ausilio di un riferimento affidabile e fondato, costituito da un indicatore *aggregato e indiretto*, capace di segnalare l'andamento dell'*efficacia economica* del lavoro pubblico, anche in riferimento all'andamento del *benessere dei cittadini*, e di dare al contempo indicazioni sulla *sostenibilità finanziaria* e sull'*equità rispetto al lavoro privato* della remunerazione dei dipendenti pubblici, nonché di offrire, se rapportato al costo del lavoro, un'indicazione dell'*efficienza* del lavoro pubblico.

Al fine di disporre di un indicatore sintetico con queste caratteristiche si è pertanto costruito un indicatore composito, o "superindice", basato sulla media ponderata di tre indici elementari (per i dettagli tecnici sulla costruzione degli indici, rimando a A. GOLINO, P. MINICUCCI, L. TRONTI, *op. cit.*): il monte del reddito netto disponibile per unità di lavoro

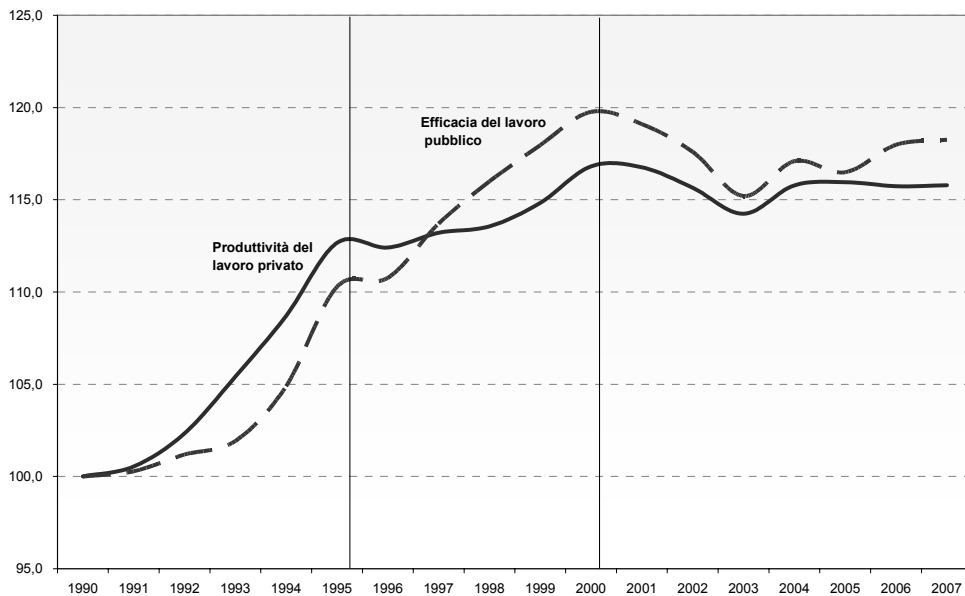
pubblico, il reddito netto pro-capite per unità di lavoro pubblico e la produttività del lavoro privato per unità di lavoro pubblico.

Sotto il profilo concettuale, la dinamica dell'indicatore composito tiene quindi conto – in modo esplicito o implicito – di quattro criteri fondamentali per assicurare la qualità della politica retributiva del pubblico impiego: a) e b) “efficacia economica” dell'azione pubblica e, al tempo stesso, “sostenibilità finanziaria” degli aumenti retributivi del pubblico impiego (crescita del volume del reddito disponibile per unità di lavoro pubblico); c) miglioramento del “benessere dei cittadini” (crescita del reddito netto per abitante per unità di lavoro pubblico); d) “equità sociale” della distribuzione dei redditi da lavoro tra settore pubblico e settore privato (aumento della produttività del lavoro privato per unità di lavoro pubblico).

Quest'ultimo punto merita un piccolo approfondimento. La produttività del lavoro privato è una determinante fondamentale non solo della prosperità dell'economia, ma anche della crescita delle retribuzioni, conseguentemente individua i movimenti del benessere economico di una parte consistente della popolazione (i lavoratori dipendenti e le loro famiglie) in modo più preciso di quanto non facciano gli indici riferiti al reddito disponibile, complessivo o pro capite. Per questo motivo, l'indice *sub d*) costituisce non solo la misura del conseguimento di un target dell'azione pubblica (la crescita della produttività del settore privato), ma anche un indicatore dell'equità retributiva tra il settore pubblico e quello privato.

Un ultimo aspetto fondamentale che è necessario premettere alla presentazione dei dati è che l'indicatore proposto è, correttamente, un indicatore riferito a grandezze monetarie e non all'efficacia del lavoro pubblico rispetto ad obiettivi di carattere qualitativo come, ad esempio, l'aspettativa di vita, il livello dell'istruzione, il numero dei delitti o altre grandezze ancora strettamente collegabili agli aspetti non economici del concetto di “felicità pubblica” intesa come grandezza che, secondo la scuola dell’“umanesimo civile” e secondo, tra gli altri, Antonio Genovesi, l'azione dell'operatore pubblico ha il compito precipuo di tutelare e di accrescere (per rappresentare pienamente la “felicità pubblica”, e quindi collettiva, l'indicatore di reddito dovrebbe essere affiancato da un secondo indicatore di relazionalità e la relazione tra i due indicatori non si dimostra monotona, cfr. L. BRUNI, *L'economia e i paradossi della felicità*, in P.L. SACCO, S. ZAMAGNI (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico*, Il Mulino, Bologna, 2002). Si tratta di un indicatore riferito a grandezze monetarie poiché include implicitamente, secondo un approccio di tipo olistico, la concezione dell'economia come un sistema e, quindi, si basa su di un principio di sostenibilità dinamica in equilibrio di flussi di risorse economiche tra il settore privato e quello pubblico, che è certamente quello più adatto come parametro di riferimento ad interventi di carattere monetario quali sono quelli che costituiscono la politica retributiva delle amministrazioni pubbliche.

Figura 1 – Produttività del lavoro nel settore privato ed efficacia economica del lavoro pubblico – Anni 1990-2007 (indici in base 1990=100).



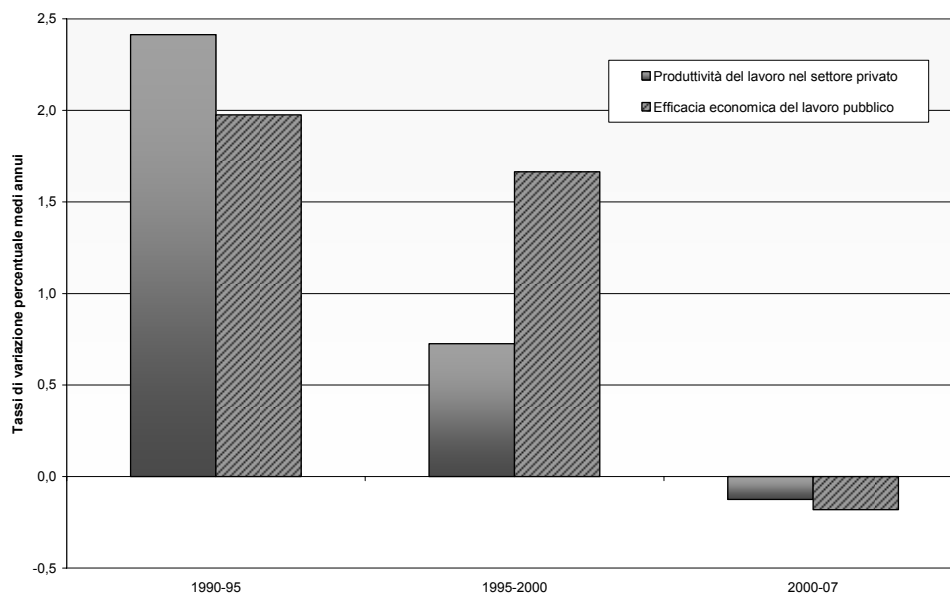
Fonte: Elaborazione su dati Istat, Conti nazionali.

La figura 1 mette a confronto, per il periodo 1990-2007, l'indice della produttività del lavoro del settore privato con l'indicatore composito dell'efficacia economica del settore pubblico costruito come indicato, applicando pesi identici (pari, quindi, ad un terzo ciascuno) ai tre indici elementari che lo compongono.

Identificando tre cicli da picco a picco, la comparazione consente di constatare che, se nel periodo 1990-1995 l'aumento di efficacia economica del lavoro pubblico è stato inferiore alla crescita della produttività del lavoro privato (in media annua 2,0% contro 2,4%; vedi anche la figura 2), dal 1996 al 2000 la produttività del lavoro privato è rallentata, e così è accaduto anche all'efficacia del lavoro pubblico, la cui crescita però è diminuita molto meno (questa passa all'1,7% l'anno contro lo 0,7% della prima). Grazie al forte aumento dell'occupazione, il reddito disponibile del settore privato cresce più della produttività del lavoro, e l'indicatore di efficacia del lavoro pubblico ne risente positivamente.

Infine, dal 2001 al 2007, entrambi gli indicatori presentano una dinamica mediamente negativa; ma il profilo della contrazione dell'efficacia del lavoro pubblico (-0,2% l'anno) è significativamente più intenso di quello della caduta della produttività del lavoro privato (-0,1%). In questo caso, il rallentamento della crescita occupazionale si somma alla caduta della produttività del lavoro privato nel provocare l'arresto del reddito disponibile e, quindi, la perdita di efficacia economica del lavoro pubblico.

Figura 2 – Produttività del lavoro nel settore privato ed efficacia economica del lavoro pubblico – Anni 1990-2007 (tassi di crescita medi annui).



Fonte: Elaborazione su dati Istat, Conti nazionali.

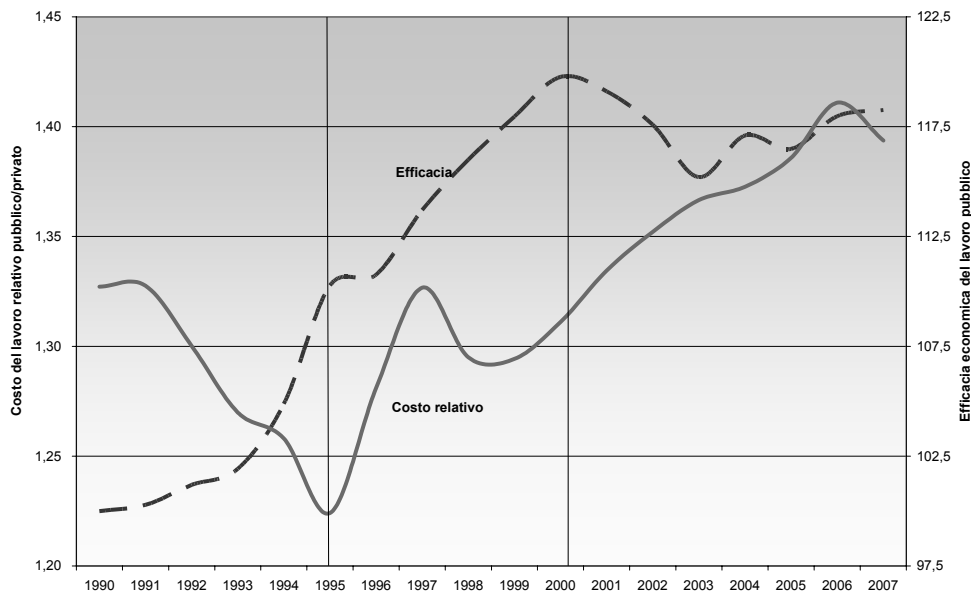
4. La figura 3 mette a confronto, per lo stesso periodo 1990-2007, l'evoluzione dell'efficacia del lavoro pubblico con il suo costo, espresso in rapporto a quello privato. Anche in questo caso è possibile identificare chiaramente tre sottoperiodi, che coincidono con quelli già evidenziati.

Nella prima fase (dal 1990 al 1995), i movimenti delle due variabili sono contrapposti: il costo del lavoro pubblico si ridimensiona rispetto a quello privato, mentre la sua efficacia migliora significativamente (seppure in misura inferiore alla produttività del lavoro privato, come abbiamo visto nei grafici precedenti).

Nella seconda fase (1996-2000), entrambi gli indicatori crescono rapidamente e la crescita dell'indicatore di costo è soggetta sia alle spinte di recupero salariale del biennio 1996-97 sia alla riduzione del costo del lavoro privato nel 1998 causata dall'abolizione del contributo per il Servizio sanitario nazionale e di altri oneri sociali di minore entità, in occasione dell'introduzione dell'Irap.

Infine, nell'ultimo periodo (2001-2007), mentre il costo del lavoro pubblico continua a crescere in misura significativamente superiore a quello privato (tranne nel 2007, a motivo del ritardo di rinnovo della gran parte dei contratti del biennio 2006-2007), la sua efficacia diminuisce rapidamente fino al 2003, per intraprendere in seguito un lento e tormentato cammino di ripresa, che si rivela insufficiente a fargli riacquistare nel 2007 il livello del 2000.

Figura 3 – Costo del lavoro relativo pubblico-privato per unità di lavoro equivalente a tempo pieno ed efficacia del lavoro pubblico – Anni 1990-2007 (valori assoluti e indici in base 1990=100).

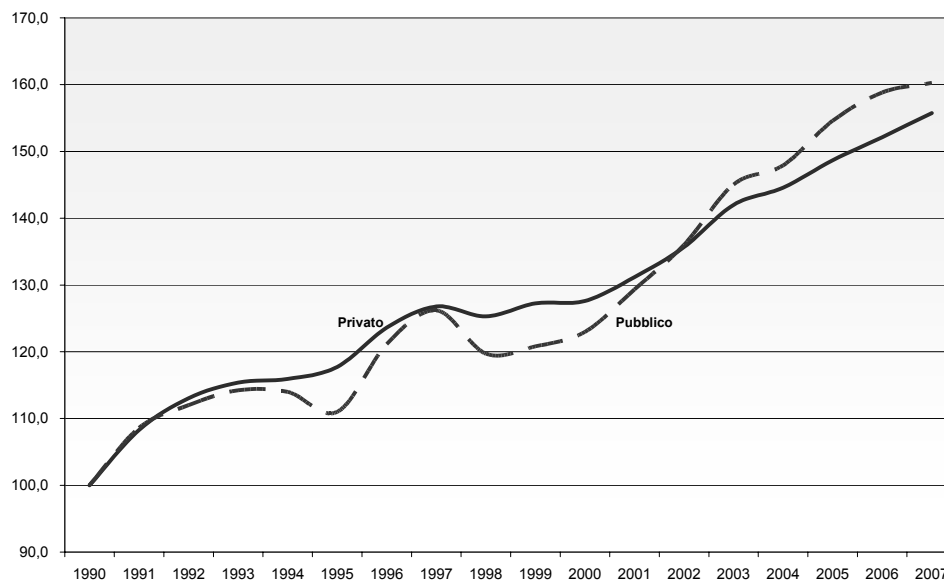


Fonte: Elaborazione su dati Istat, Conti nazionali.

Avendo riguardo a questi risultati analitici, è quindi possibile costruire un ulteriore indicatore sintetico, particolarmente significativo, della performance aggregata del lavoro pubblico, mettendo in rapporto l'evoluzione del costo del lavoro per unità di lavoro pubblico con quella dell'indicatore composito di efficacia. Con questo procedimento è possibile ottenere un indicatore del *costo del lavoro pubblico per unità di efficacia*; ovvero una misura dell'andamento dell'*efficienza* del lavoro pubblico, valutata in termini di *rapporto costo-efficacia*. Inoltre, è possibile confrontare l'evoluzione di questo indicatore con quella dell'analogo e consueto indicatore riferito al costo del lavoro per unità di prodotto (clup) del settore privato. La figura 4 consente di valutare l'andamento del clup nel settore privato con quello dell'indicatore del costo del lavoro per unità di efficacia nel settore pubblico.

Il grafico mette in chiara evidenza che i vantaggi di efficienza del lavoro pubblico sul lavoro privato si concentrano in due soli anni (1995 e 1998). Si tratta, in particolare, di anni nei quali la crescita del costo del lavoro pubblico è stata particolarmente debole e inferiore al privato: nel 1995 il reddito da lavoro dipendente per unità di lavoro nel settore pubblico cade da 1,26 a 1,22 volte quello del settore privato; nel 1998 da 1,33 a 1,30. Invece, dal 2000 in poi il costo del lavoro pubblico per unità di efficacia cresce più rapidamente (con un'inclinazione maggiore) del clup privato, attestando la più grave perdita di efficienza del lavoro pubblico.

Figura 4 – Costo del lavoro per unità di prodotto nel settore privato e costo del lavoro per unità di efficacia nel settore pubblico (a) – Anni 1990-2007 (indici in base 1990=100).



(a) Per la corretta interpretazione degli indicatori si ricorda che un loro aumento segnala una perdita di efficienza e viceversa.

Fonte: Elaborazione su dati Istat, Conti nazionali.

In particolare, già nel 2003, si registra la completa eliminazione del vantaggio ottenuto in precedenza dal settore pubblico, nei due anni 1995 e 1998; e nel periodo successivo il costo del lavoro pubblico per unità di efficacia continua a crescere più del clup del settore privato. Nel complesso, nell'intero periodo 2000-2007 il primo indicatore cresce in media del 3,3% l'anno, mentre il tasso medio di crescita del secondo è solo del 2,4% l'anno.

5. L'esercizio illustrato nei paragrafi precedenti dimostra che è possibile costruire un indicatore in grado di risolvere il problema fondamentale alla base della difficoltà di applicazione al settore pubblico del Protocollo del 1993. Come abbiamo visto, infatti, la logica alla base dell'accordo per il settore privato (tutela del potere d'acquisto attraverso la contrattazione nazionale, crescita delle retribuzioni reali attraverso la contrattazione decentrata – sotto il vincolo microeconomico dei risultati economici delle imprese) si è dimostrata inapplicabile al settore pubblico a causa dell'impossibilità di stabilire, in quest'ultimo, un nesso forte tra le risorse reperite dalle amministrazioni (i loro "risultati economici") e la contrattazione decentrata. Quest'ultima si è invece sviluppata attraverso le alterne vicende di un arduo conflitto tra controllo centrale del Ministro dell'economia, pressione delle organizzazioni sindacali e spinte centrifughe delle amministrazioni dotate di una qualche autonomia finanziaria, piuttosto che in seguito a miglioramenti organizzativi e/o produttivi effettivamente conseguiti e documentati in modo trasparente al decisore politico, ai cittadini e alle imprese.

L'indicatore proposto in questo lavoro dimostra che, nello spirito economicamente "virtuoso" del Protocollo del 1993, è possibile risolvere questa profonda asimmetria tra pubblico e privato adottando un riferimento ragionevole (di carattere macro anziché microeconomico) per la determinazione della crescita (aggregata) delle retribuzioni reali dei di-

pendenti pubblici. La performance economica complessiva del settore pubblico può infatti essere ben misurata da un indicatore composito olistico, capace di tenere conto di quattro criteri fondamentali: “efficacia economica” dell’azione pubblica, “sostenibilità finanziaria” degli aumenti retributivi del pubblico impiego, miglioramento del “benessere dei cittadini” ed “equità sociale” della distribuzione dei redditi da lavoro tra settore pubblico e settore privato.

Se, tra il 2001 e il 2007, la politica retributiva del Governo, nel pieno rispetto dei principi “virtuosi” del Protocollo 1993, fosse stata determinata in accordo con la dinamica dell’indicatore proposto, le retribuzioni dei dipendenti pubblici sarebbero rimaste vicine al loro valore reale dato che, come mostra la figura 2, l’efficacia economica del lavoro pubblico ha segnato in media un andamento negativo (-0,2% l’anno), maggiore di quello, sempre negativo, della produttività del lavoro privato (-0,1% l’anno). Il potere d’acquisto delle retribuzioni pubbliche sarebbe stato comunque tutelato dalla contrattazione nazionale, ma la crescita delle retribuzioni di fatto sarebbe stata frenata dalla chiusura degli spazi economici per la contrattazione decentrata, in modo del tutto simile a quanto si è contemporaneamente verificato nel settore privato a causa della caduta della produttività del lavoro. In termini quantitativi, le retribuzioni nominali dei dipendenti pubblici sarebbero cresciute al massimo del 3% l’anno invece del 3,9 che si è effettivamente riscontrato: il risparmio di spesa per l’erario sarebbe stato superiore a 6 miliardi di euro l’anno, e anche la crescita del costo del lavoro pubblico per unità di efficacia, e quindi la performance di efficienza del settore pubblico, sarebbe stata ben migliore di quella illustrata dalla figura 4.

Tuttavia, ancora più importante di questi rilievi di spesa e di efficienza è che le retribuzioni dei dipendenti pubblici si sarebbero mosse in accordo con un principio di *accountability*, di responsabilità, ragionevolezza e trasparenza per l’opinione pubblica e per il decisore politico, con il risultato non indifferente di accrescere la fiducia dei cittadini nella macchina pubblica invece di alimentare la diffusione della percezione del pubblico impiego come una casta avida di privilegi, ipertutelata e autoreferenziale, separata dai bisogni e dalla sensibilità del Paese, indifferente ai momenti di difficoltà dell’economia e dei cittadini.

Leonello Tronti

Consigliere economico – Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione

4. Lavoro pubblico (segue)

4.3. Legge delega 4 marzo 2009, n. 15 (in [Boll. Adapt](#), 2009, n. 17).

4.4. Schema di decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 (in [Boll. Adapt](#), 2009, n. 14).

(4.3. – 4.4.) Il rapporto tra fonti unilaterali e contrattazione collettiva nell’iter di riforma del lavoro pubblico

Sommario: 1. Una riforma condivisa nel solco della “privatizzazione” del lavoro pubblico. – 2. Sul rapporto tra fonti unilaterali e contrattazione collettiva nella prima fase di “privatizzazione” del rapporto di lavoro pubblico. – 3. Sul rapporto tra fonti unilaterali e contrattazione collettiva nella seconda fase di “privatizzazione” del rapporto di lavoro pubblico. – 4. Sul rapporto tra fonti unilaterali e contrattazione collettiva nella legge delega e nello schema di decreto legisla-

tivo. – 5. Sull'esercizio "in via esclusiva" dei poteri di organizzazione degli uffici e di gestione da parte del dirigente. – 6. Sulla avocazione da parte del legislatore della disciplina di materie già regolate dalla contrattazione collettiva.

1. Con la l. delega 4 marzo 2009, n. 15, e lo schema di decreto legislativo (in epigrafe), che ha superato positivamente la verifica della Ragioneria generale dello Stato in data 19 maggio 2009 ed è ancora in corso di approvazione, si riapre il cantiere delle riforme del lavoro pubblico.

Sulla opportunità di un tale intervento di riforma da tempo si discuteva ed il fatto che la legge delega sia il frutto della convergenza del disegno di legge delega Brunetta-Tremonti (n. 847/2008) con quello n. 746/2008, presentato dal Prof. Ichino e da altri firmatari, di provenienza dell'opposizione, fornisce ulteriore conferma di quanto condivisa sia la necessità di metter mano alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico, di correggere gli effetti distorsivi che si sono prodotti in quel lungo e per certi aspetti travagliato percorso che avrebbe dovuto traghettare il rapporto di lavoro dallo statuto pubblicistico, che lo aveva tradizionalmente caratterizzato, ad una graduale e progressiva assimilazione al rapporto di lavoro privato.

Il processo di riforma, che era già stato preannunciato in alcuni documenti programmatici (si allude al *Piano industriale della Pubblica Amministrazione* e al documento sulla *Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*, rispettivamente del 28 maggio e del 4 giugno 2008), e che aveva trovato una prima attuazione in alcune disposizioni confluite nel d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni nella l. n. 133/2008, prende adesso corpo in un provvedimento di più ampio respiro e di vasta portata, il cui scopo non è tanto quello di operare con un intervento sistematico, che sostituisca *in toto* la disciplina esistente con altra di diversa natura, bensì quello di partire dai nodi irrisolti, dalle carenze, dalle distorsioni che si sono manifestate lungo l'arco temporale successivo alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Non è quindi in discussione, per lo meno come opzione fondamentale, la decisione di omologare la disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, ed anzi la convergenza degli "assetti regolativi" dei due settori è espressamente enunciata tra le finalità alle quali è ispirata la legge delega (vedi art. 2, comma 1, lett. a).

L'intento del legislatore è, invece, quello di elaborare nuove soluzioni affinché quella opzione venga specificata ed eventualmente arricchita nei suoi contenuti, introducendo anche nel pubblico sistemi che consentano una migliore organizzazione del lavoro, un miglior livello di produttività e di efficienza, una maggiore responsabilizzazione dei soggetti che vi operano ed una valorizzazione di chi merita.

Pur non presentandosi, pertanto, come intervento di riforma complessiva del rapporto di lavoro pubblico, ed anzi muovendosi, come precisato, nel solco degli interventi legislativi che ne hanno sancito la "privatizzazione", la legge delega, nel tentativo di conseguire le finalità espresse fin dal suo titolo (*Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti*), incide significativamente su uno dei cardini del processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

La transizione dal pubblico impiego al rapporto di lavoro privatizzato deve essere considerata, infatti, come ricordava M. D'Antona, anche come una transizione dalla legge al contratto, e la legge delega opera, in funzione correttiva, sul rapporto tra legge e contrattazione collettiva, non soltanto nelle materie oggetto di specifico intervento (sistemi di valutazione del personale, dirigenza, sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici) ma anche in termini più generali.

2. Per comprendere la direttrice di fondo che, ad una prima analisi, sembra caratterizzare, nella ridefinizione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva, la legge delega e lo schema di decreto delegato, che ad essa dà attuazione, è utile richiamare, per soli brevi cenni, quale sia stato il criterio di ripartizione tra le fonti di produzione normativa nelle successive fasi che hanno scandito il processo di “privatizzazione” del pubblico impiego fino all’approdo costituito dal TU n. 165/2001.

Nella fase di c.d. prima privatizzazione, l’art. 2, comma 1, lett. c, della l. delega n. 421/1992, con una disposizione immediatamente precettiva, aveva individuato sette materie sottoposte alla regolamentazione della legge ovvero, sulla base della legge o nell’ambito dei principi posti dalla stessa, agli atti normativi o amministrativi. Le materie in oggetto riguardano: responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell’espletamento di procedure amministrative; organi, uffici e modi di conferimento degli stessi; principi fondamentali di organizzazione degli uffici; procedimenti di selezione per l’accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; ruoli e dotazioni organiche nonché loro consistenza complessiva; garanzia di libertà di insegnamento e autonomia professionale nello svolgimento dell’attività didattica, scientifica e di ricerca; disciplina della responsabilità e delle incompatibilità.

Nel conformarsi a tale criterio direttivo, il successivo d.lgs. n. 29/1993 aveva cercato di definire una linea di demarcazione tra le materie sottoposte alle fonti unilaterali e quelle rimesse alla contrattazione collettiva, riservando alle prime la regolamentazione della organizzazione e alla seconda la disciplina dei rapporti di lavoro.

Tale criterio, se da un lato aveva consentito di sottrarre il rapporto di lavoro pubblico dal dominio delle fonti unilaterali, aprendo la strada alla contrattualizzazione dello stesso, dall’altro si era mostrato non privo di ambiguità e incertezze anche sotto il profilo applicativo.

Assegnare alle fonti unilaterali la regolamentazione dell’organizzazione degli uffici significava continuare a mantenere nella sfera pubblicistica anche aspetti che, nel privato, appartengono alla libertà di impresa o alla contrattazione, individuale e collettiva, e quindi ostacolare il processo di assimilazione del rapporto di lavoro pubblico a quello privato, e in definitiva imbrigliare la spinta innovatrice in una logica di compromesso con il passato.

L’attuazione della riforma aveva, peraltro, evidenziato anche una obiettiva difficoltà, in certi casi, nel distinguere tra la sfera della gestione del rapporto e quella della organizzazione, per le inevitabili interconnessioni tra i due ambiti: si pensi, ma solo per esemplificare, alla regolamentazione dell’orario di lavoro, che in parte afferisce a problematiche di tipo organizzativo e in altra parte attiene alla regolamentazione interna del singolo rapporto di lavoro.

3. Con la seconda stagione della “privatizzazione” del pubblico impiego, avviata dal d.lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998 (successivamente confluiti nel TU n. 165/2001), e quindi con il completamento dell’integrazione della disciplina del lavoro pubblico al lavoro privato, si attua uno spostamento della linea di confine che delimita il campo di azione delle fonti unilaterali, con una conseguente espansione dell’ambito di intervento della privatizzazione.

Il confine idealmente tracciato tra le fonti di produzione di diritto pubblico e quelle di diritto privato non separa più l’organizzazione dalla disciplina del rapporto di lavoro, ma traccia una divisione nell’ambito della stessa organizzazione.

Vengono, infatti, privatizzati anche i poteri connessi alla gestione dell’organizzazione del lavoro, restringendo l’ambito regolato dalle fonti di diritto pubblico ai soli atti di “alta” organizzazione.

L’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 riconduce espressamente all’area di macroorganizzazione, e quindi alla disciplina delle fonti unilaterali, le linee fondamentali di or-

ganizzazione degli uffici, l'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, la determinazione delle dotazioni organiche complessive; altre materie vengono assegnate alla regolamentazione di tali fonti da specifiche disposizioni contenute nel medesimo decreto (vedi, ad esempio, art. 35 in materia di reclutamento del personale, artt. 19 e 21, comma 1, in materia di incarichi dirigenziali).

Tuttavia, al di là di tale nucleo minimo e necessario ricondotto alla sfera di "alta" organizzazione, ricavabile dalle disposizioni del d.lgs. n. 165/2001, la distinzione tra gli atti di macro-organizzazione, sottoposti al regime pubblicistico, e gli atti di micro-organizzazione, riservati alle fonti privatistiche, ha comportato margini di incertezza, nel senso che non sempre è apparso chiaro che cosa potesse intendersi per alta o per bassa organizzazione, e ciò anche nell'ambito delle stesse menzionate previsioni normative.

Quello che appare certo, tuttavia, è che la seconda stagione della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico abbia comportato una ulteriore ritrazione della sfera sottoposta al regime pubblicistico, e che abbia consentito al dirigente, nell'ambito delle linee organizzative fondamentali decise dall'amministrazione, di agire con tutti i poteri e le capacità del privato datore di lavoro (vedi art. 5, comma 2), e ciò anche nelle scelte inerenti all'organizzazione dell'area di propria competenza.

È rimasta, invece, ferma l'assegnazione alla contrattazione collettiva della disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali.

Per quanto attiene a tali materie, inoltre, il d.lgs. n. 165/2001 ha determinato non soltanto il passaggio dalla regolamentazione delle fonti unilaterali a quella della contrattazione collettiva (mediante la disciplina transitoria disposta, con una tempistica in due fasi, dall'art. 69 del medesimo decreto), ma ha anche preservato la contrattazione collettiva dalle ulteriori possibili invasioni da parte delle fonti unilaterali mediante la previsione dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, stabilendo che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducano discipline dei rapporti di lavoro, la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche o a categorie di essi, possano essere derogate dai successivi contratti collettivi e, per la parte derogata, non siano ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario.

Senza introdurre, quanto meno esplicitamente, una riserva di regolamentazione dei rapporti di lavoro alla contrattazione collettiva, si era inteso così evitare che il legislatore, magari attraverso interventi micro-settoriali, si riappropriasse in seguito di ambiti di competenza che si volevano rimessi alla negoziazione collettiva e, nei limiti da essa previsti, al contratto individuale.

L'ampiezza dell'ambito di operatività della contrattazione collettiva e la sua protezione dalle invasioni di campo da parte della legge costituivano il conseguente sviluppo dell'idea fondante che aveva caratterizzato la seconda privatizzazione del rapporto di lavoro, ossia quella di fare della contrattazione collettiva il baricentro della disciplina del rapporto di lavoro pubblico e di far leva sulla flessibilità e sulla capacità di adeguamento della contrattazione alle esigenze mutevoli del rapporto per migliorare e mettere a punto la regolamentazione dello stesso in vista degli obiettivi di maggiore efficienza della attività dell'amministrazione.

4. Nella legge delega il ruolo della contrattazione collettiva, così come concepito nel regime normativo previgente, viene messo in discussione. Appare, infatti, evidente l'intento del legislatore di delimitare l'area oggetto di contrattazione collettiva, e di contenerne gli effetti espansivi, salvaguardando gli ambiti che si vogliono riservati alla disciplina delle fonti unilaterali.

In questo senso sembra operare, innanzitutto, la disposizione dell'art. 3, comma 2, lett. a, che prevede che vi sia un'area riservata rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, e quindi una delimitazione degli ambiti di applicazione della relativa discipli-

na, fermo restando che spetta a quest'ultima «la determinazione dei diritti e delle obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro».

Con questa disposizione si vuole, pertanto, individuare un criterio di riparto tra le materie assegnate alla legge e quelle riservate alla contrattazione collettiva ed evitare, così, indebite interferenze tra le sfere di competenza riservate.

In attuazione di tale criterio, l'art. 58 del suddetto decreto delegato assegna alla contrattazione collettiva la "determinazione" dei diritti e degli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, ivi trasponendo la formula, per la verità non felicissima, utilizzata nella legge delega; oltre a tale materia, spetta alla contrattazione collettiva anche la disciplina della materia relativa alle relazioni sindacali.

Delineato l'ambito di regolamentazione della contrattazione collettiva, la norma in questione persegue ed attua l'obiettivo di evitare che vi sia una riappropriazione da parte della contrattazione collettiva di ambiti che si vogliono riservati alle fonti unilaterali, mediante un duplice e graduato divieto.

Vengono, innanzitutto, escluse dalla contrattazione collettiva talune specifiche materie, ossia l'organizzazione degli uffici, le materie oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, il conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle previste dall'art. 1, comma 2, lett. c, della l. n. 421/1992.

La contrattazione collettiva non potrà, dunque, contenere disposizioni volte a regolare tali materie e neppure interferire con la disciplina di legge, posto che da tale regolamentazione è "esclusa".

Peraltro, l'elencazione delle materie per le quali è preclusa ogni possibilità di intervento e di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva non è da ritenersi tassativa, in quanto essa viene disposta "in particolare" per quelle ivi elencate, e quindi potrebbero esservi futuri interventi legislativi volti ad operare un ulteriore ritaglio delle materie per le quali non è ammessa la disciplina di fonte pattizia.

Per un altro gruppo di materie, relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, alla mobilità e alle progressioni economiche, l'intervento della contrattazione collettiva non è escluso, come per quelle sopra elencate, ma la contrattazione collettiva può disporre unicamente nei limiti previsti da norme di legge.

In questo modo, viene tracciato il confine dinnanzi al quale la contrattazione collettiva deve arrestarsi (nelle materie per le quali tale regolamentazione di fonte pattizia è esclusa) ovvero che essa è autorizzata a valicare ma limitatamente alle aree precisate e circoscritte dalla legge.

L'intento di evitare successive ingerenze da parte della contrattazione collettiva nelle materie regolate dalle fonti unilaterali è, inoltre, perseguito, coerentemente con l'impianto complessivo della riforma, mediante una sostanziale modifica del meccanismo originariamente previsto dall'art. 2, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 165/2001.

La legge delega prevede, infatti, che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possano essere derogate dai successivi contratti collettivi e, per la parte derogata, non siano ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge (con effetti relativi alle sole disposizioni emanate o adottate successivamente alla data di entrata in vigore della legge delega: vedi art. 1, comma 2, della legge delega).

Si verifica, in questo modo, un'inversione della regola prevista dall'originaria formulazione della norma, che consentiva una facoltà di deroga da parte della contrattazione collettiva rispetto alle disposizioni di fonte unilaterale, a meno che la legge non avesse espressamente disposto in senso contrario. Nella attuale formulazione dell'art. 2, comma

2, cit., infatti, tale facoltà è consentita soltanto nei casi in cui sia la legge ad attribuire espressamente il potere di deroga, altrimenti tale effetto è da ritenersi precluso.

Viene, invece, mantenuto sostanzialmente inalterato il meccanismo, già previsto nella formulazione originaria del d.lgs. n. 165/2001 dal comma 3 dello stesso art. 2, in virtù del quale le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale.

Resta fermo, dunque, questa volta in favore della contrattazione collettiva, un antidoto normativo contro il rischio di leggi micro-settoriali volte a concedere indennità o altri emolumenti, la cui eventuale previsione è destinata a venir meno, con effetto automatico, e quindi senza bisogno di alcuna previsione derogatoria da parte del contratto collettivo, a seguito dell'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale.

Il sistema di tutela e di garanzia della disciplina di legge si completa, infine, con una ulteriore specifica disposizione contenuta nell'art. 3, comma 2, lett. *d*, della legge delega nonché nell'art. 38, comma 1, lett. *c*, dello schema di decreto legislativo (che aggiunge il comma 3-*bis* all'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001).

Tale norma prevede che, in caso di nullità delle clausole contrattuali per violazione di norme imperative e dei limiti fissati alla contrattazione collettiva, si applichi quanto previsto agli artt. 1339 e 1419 c.c.

In presenza, dunque, di una disposizione della contrattazione collettiva che contrasti con le norme imperative di legge (ivi comprese quelle contenute nello stesso d.lgs. n. 165/2001: vedi art. 38, comma 1, lett. *a*, dello schema di decreto legislativo), si produrrà un effetto di nullità parziale della clausola e di automatica sostituzione della medesima con quella disposta *ex lege*.

5. La tutela, con le modalità sopra descritte, rispetto alle eventuali invasioni di campo da parte della contrattazione collettiva non è tuttavia prevista in favore delle sole disposizioni di legge, bensì anche nei confronti degli atti organizzativi e delle decisioni rimesse all'autonoma determinazione dei dirigenti.

Sotto questo profilo, la legge delega sembra anche tentare di risolvere la questione, rimasta controversa, della negoziabilità dei poteri dirigenziali inerenti all'area di micro-organizzazione, ovvero della eventuale estensione del contratto collettivo o di diverse forme di partecipazione da parte delle organizzazioni sindacali a tutta l'area gestita dal dirigente con la capacità e i poteri del datore di lavoro.

Sul punto, in discontinuità con quanto previsto dal memorandum di intesa stipulato con le organizzazioni sindacali nella precedente legislatura, che prevedeva un'estensione dell'ambito di partecipazione delle organizzazioni sindacali alle decisioni inerenti alla organizzazione delle amministrazioni, la legge delega afferma, innanzitutto, «la piena autonomia e responsabilità del dirigente» (vedi art. 6, comma 2, lett. *a*) nelle scelte inerenti alla gestione delle risorse umane.

Nel definire gli ambiti riservati alla legge e alla contrattazione collettiva, inoltre, la legge delega riconduce alla regolamentazione di quest'ultima, come sopra precisato, «la determinazione dei diritti e delle obbligazioni direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», e da questo si evince che la contrattazione collettiva non potrà comunque estendersi alla sfera inerente agli atti di micro-organizzazione che deve essere rimessa all'autonomia e alla responsabilità del dirigente preposto.

In modo ancor più esplicito, l'art. 39 del decreto delegato, modificando la previgente disposizione contenuta nell'art. 5 del d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte «in via esclusiva» dagli organi preposti alla gestione con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Nell'esercizio di tali poteri, quindi, il dirigente non potrà essere condizionato né tanto meno espropriato delle proprie prerogative che è chiamato ad esercitare in piena autonomia e che assolve, corrispettivamente, assumendone la piena responsabilità.

Connessa allo scopo di assicurare tale autonomia è anche la modifica dell'art. 9 del d.lgs. n. 165/2001 contenuta nell'art. 41 dello schema di decreto delegato.

Rispetto alla previgente formulazione, che demandava alla contrattazione collettiva il compito di disciplinare i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione «anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro», è stato eliminato quest'ultimo inciso, che aveva rappresentato un varco normativo attraverso il quale far passare indebite ingerenze da parte delle organizzazioni sindacali rispetto all'esercizio dei poteri organizzativi e gestionali del dirigente.

L'ampia locuzione utilizzata, riferita agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro, aveva infatti consentito di estendere gli istituti della partecipazione anche ad ambiti afferenti alla sfera decisionale del dirigente.

Sulla base dell'attuale formulazione dell'art. 5 cit., l'unico istituto di partecipazione che la contrattazione collettiva potrà prevedere in ordine all'organizzazione degli uffici e alla gestione dei rapporti di lavoro da parte dei dirigenti è quello dell'informativa.

Sono dunque preclusi istituti di partecipazione che implicino un maggior coinvolgimento delle organizzazioni sindacali (consultazione, concertazione o contrattazione) e peraltro la stessa informativa è da ritenersi possibile soltanto ove prevista dalla contrattazione collettiva.

Nel tentativo, pertanto, di ripristinare un circuito virtuoso che dia effettività ai poteri conferiti al dirigente, li preservi dalle invasioni di campo delle organizzazioni sindacali e consenta di far valere sul medesimo la responsabilità di un mancato o inefficiente esercizio delle proprie prerogative, si crea una linea di demarcazione anche sul piano delle fonti, in modo che la sfera riservata al dirigente sia anche regolata mediante atti di sua esclusiva competenza.

6. Se appare, dunque, chiaro l'intento del legislatore di evitare le distorsioni e gli eccessi di regolamentazione da parte della contrattazione collettiva, anche al fine di eliminare derive consociative che hanno comportato effetti di deresponsabilizzazione da parte degli organi dirigenziali, è altrettanto evidente dall'esame delle norme della legge delega che tale intento venga perseguito non soltanto mediante una precisazione degli ambiti rispettivamente riservati, da un lato, alla legge (nonché, sulla base di questa, agli atti organizzativi e di gestione della dirigenza), e, dall'altro, alla contrattazione collettiva, bensì anche attraverso un'espansione dell'ambito di operatività della legge.

Tale espansione è riscontrabile nelle materie, disciplinate dalla contrattazione collettiva nel regime previgente, su cui ora interviene la legge delega e lo schema di decreto legislativo che ad essa dà attuazione.

Si prendano, ad esempio, le norme che regolano nel dettaglio le varie fasi del procedimento disciplinare e che prevedono talune specifiche ipotesi di illecito disciplinare cui consegue l'applicazione del licenziamento (art. 78 dello schema di decreto legislativo che aggiunge l'art. 55-*quater* al d.lgs. n. 165/2001); le disposizioni in materia di progressioni economiche, che debbono essere attribuite in modo selettivo ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema della valutazione (vedi art. 23 del medesimo schema di decreto legislativo).

Si pensi, ancora, alle disposizioni sulla misurazione e valutazione della performance e a quelle relative ai sistemi premianti, e, a tal proposito, in particolare, alla disposizione dell'art. 19 dello schema di decreto delegato, derogabile dalla contrattazione collettiva solo nei ristretti limiti previsti dalla medesima norma, che stabilisce tre distinti livelli di

performance nei quali dovrà essere collocato il personale ai fini dell'erogazione del trattamento accessorio.

Si tratta solo di esemplificazioni, tra le altre presenti nel testo della legge delega e dello schema di decreto delegato, che consentono di focalizzare quella che appare, ad una prima analisi di tali testi, come una delle direttrici di fondo dell'intervento del legislatore, ossia quella di porre rimedio alle criticità che si sono verificate nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico mediante un processo di rilegificazione della materia.

Il tentativo di eliminare le storture verificatesi nel regime normativo previgente è, dunque, perseguito non soltanto attraverso una precisa delimitazione degli ambiti di competenza riservati a ciascuna fonte ma anche mediante un processo di riappropriazione, da parte del legislatore nazionale, della disciplina di materie o di parti di esse, che erano state demandate alla contrattazione collettiva o che comunque trovavano in essa la propria fonte di regolamentazione.

Ciò non significa che il legislatore abbia inteso dar luogo ad una ripubblicizzazione del rapporto di lavoro, posto che occorre tener adeguatamente distinta la fonte della normazione dal regime giuridico dell'attività alla quale la normazione si riferisce: l'avocazione da parte del legislatore di materie, o di parte di esse di per sé non inficia, infatti, il cammino di progressiva assimilazione al rapporto di lavoro privato, ed anzi la convergenza degli assetti regolativi dei due settori è principio espressamente ribadito dalla legge delega.

La novella non ha, dunque, inteso reintrodurre uno statuto pubblicistico per i dipendenti pubblici, quanto invece governare "dal centro" i processi di cambiamento e così eliminare, mediante tale accentramento della disciplina, le spinte centrifughe della contrattazione collettiva e le derive consociative verificatesi nell'esperienza del regime normativo previgente.

Si apre, in questo modo, una nuova fase per il rapporto di lavoro pubblico in cui si rinnova la scommessa di modernizzazione e di efficienza delle amministrazioni pubbliche nella speranza che la legge, e con essa le fonti unilaterali, possano riuscire, libere dai condizionamenti e dai vincoli della contrattazione collettiva, a centrare gli obiettivi sui quali quest'ultima ha dimostrato di non aver corrisposto alle aspettative.

Marco Lovo
Avvocato del Foro di Pisa

5. Mercato del lavoro

5.1. Legge Regione Veneto 13 marzo 2009, n. 3 (in [📖](#) *Boll. Adapt*, 2009, n. 10).

La legge regionale Veneto di regolazione del mercato del lavoro

Sommario: **1.** Quadro normativo di riferimento. – **2.** La legge regionale del Veneto: struttura e finalità. – **3.** Cooperazione tra servizi per l'impiego pubblici e privati.

1. Con l.r. n. 3/2009, contenente le *Disposizioni in materia di occupazione e mercato del lavoro* (in epigrafe), la Regione Veneto, seppur con ritardo, ha emanato la propria regolamentazione in materia di lavoro, che trova il proprio fondamento nel Titolo V della Costituzione e negli gli strumenti offerti dalla Legge Biagi.

Ad oggi non tutte le Regioni hanno mostrato interesse per la materia. È anche vero che la loro inerzia legislativa è stata dovuta, innanzitutto, all'aspro conflitto di competenze nato

tra Stato e Regioni sulla materia della *tutela e sicurezza del lavoro*, di non facile e chiara individuazione. Invero, Regioni (come Basilicata, Emilia Romagna, Marche, Toscana, ma anche la Provincia autonoma di Trento), da un lato, e Governo, dall'altro, hanno adito la Corte Costituzionale contestando, le une, la legittimità della Legge Biagi, l'altro, la conformità costituzionale di molte leggi regionali.

Il clima di attesa e incertezza che ne è derivato, unito alle non poche inefficienze e difficoltà delle Regioni stesse, negli anni passati poco sensibili alla materia e, infine, le maggiori responsabilità loro attribuite dal nuovo assetto costituzionale, danno una spiegazione, seppure non esaustiva, della loro scarsa attività legislativa.

La nota sentenza n. 50/2005 della Corte Costituzionale nel confermare la legittimità del complessivo impianto della riforma Biagi e nel sopire i molti dubbi interpretativi sorti in ordine all'ambigua formula della *tutela e sicurezza del lavoro*, ha rappresentato un momento decisivo per l'emanazione successiva delle leggi regionali (sulla sentenza n. 50/2005 cfr., in *q. Rivista*, i contributi di M. FERRARESI, *Lavoro e federalismo: il confronto tra Stato e Regioni dopo la sentenza 50/2005*, 2005, n. 4, 1064-1086, e S. SCAGLIARINI, *Competenze dello Stato e competenze delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro* (nota a C. Cost. 13-28 gennaio 2005, n. 50), 2006, n. 1, 183-194). Gli assetti delle competenze tra Stato e Regioni sono divenuti più chiari; invero, la materia del mercato del lavoro è, nell'intendimento della Corte, di competenza concorrente delle Regioni, mentre quella del rapporto di lavoro è attribuita alla competenza esclusiva dello Stato secondo un binomio mercato-rapporto di lavoro che, peraltro, già la dottrina maggioritaria aveva accolto. È anche vero, però, che in concreto le materie che possono essere ricondotte all'una o all'altra categoria non sempre sono così facilmente individuabili (cfr. A. LASSANDARI, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *RGL*, 2002, I, 231 ss., spec. 291).

2. Sono passati altri quattro anni dalla pronuncia della Consulta prima che la Regione Veneto intervenisse con apposita legislazione sul lavoro idonea, da un lato, a raccogliere e ridurre ad unità, in una sorta di testo unico, la normativa regionale sino ad oggi intervenuta in materia, dall'altro, ad aggiornare ed integrare la stessa alla luce delle significative modifiche normative operate dal legislatore costituzionale e statale. La legge è strutturata in 64 articoli suddivisi in 6 titoli e sin dall'art. 1 si evince la volontà dell'ente territoriale di sostenere politiche di promozione della persona e della qualità del lavoro. La Regione Veneto, al pari di altre Regioni, mira a veicolare l'idea del lavoro di qualità, da intendere quale buona occupazione in grado di valorizzare la persona del lavoratore, le competenze acquisite e quelle da acquisire. Nel perseguimento di tale principio e finalità emerge in tutta chiarezza il ruolo importante dei «soggetti pubblici, degli operatori pubblici e privati autorizzati e accreditati», nonché «l'integrazione tra i servizi dell'istruzione, formazione e del lavoro, in coerenza con la Strategia europea per l'occupazione» (art. 1, comma 4).

La legge delinea l'assetto delle funzioni attribuite a Regione e Province: sono proprie della Regione le funzioni di indirizzo, programmazione, coordinamento, monitoraggio e valutazione delle attività inerenti alle politiche del lavoro (art. 2), mentre, alla Provincia sono attribuite, nel rispetto del principio di sussidiarietà, le funzioni amministrative e, in particolare, il compito di gestione ed erogazione dei servizi sul territorio, in materia di politica attiva del lavoro, misure di sostegno all'occupazione e di ricollocazione, servizi per l'impiego, gestione delle attività formative relative al contratto di apprendistato, promozione di tirocini formativi e di orientamento, promozione di accordi e contratti collettivi finalizzati ai contratti di solidarietà (art. 3). La legge prevede, inoltre, l'adozione di un Programma, di durata triennale, attraverso cui la Regione è chiamata a esercitare le sue funzioni di indirizzo e programmazione delle politiche; nell'ambito di tali indicazioni la Provincia attua gli interventi programmati. Per l'ipotesi di accertata inerzia delle Province nell'esercizio delle funzioni amministrative, la Regione è munita del potere di con-

trollo sostitutivo al fine di salvaguardare rilevanti interessi regionali che rischierebbero in tal modo di essere compromessi (art. 4).

La Regione assume, dunque, l'importante ruolo di regia del processo di modernizzazione delle politiche del lavoro in Veneto, in rapporto, però, di concertazione con le parti sociali (come dimostra l'istituzione di cui all'art. 6 di un'apposita commissione regionale) e in stretto coordinamento istituzionale con le Province e gli enti locali, la cui sede materiale, in questo caso, è rappresentata dal Comitato di coordinamento istituzionale, composto dall'assessore regionale con delega alle politiche del lavoro, che lo presiede, dai presidenti delle Province del Veneto o dagli assessori delegati e da sei sindaci. Svolge una attività di supporto alla programmazione e alla valutazione delle politiche del lavoro l'Osservatorio regionale sul mercato del lavoro, soprattutto per quanto riguarda la «analisi e previsione dei profili professionali dei settori merceologici anche al fine di fornire elementi utili alla definizione dei fabbisogni formativi e delle politiche regionali di formazione» nonché la «produzione di materiali utili all'orientamento scolastico e professionale», la realizzazione di studi, indagini e ricerche periodiche sul lavoro.

Inoltre, Veneto Lavoro, ente strumentale della Regione, istituito con l.r. n. 31/1998, viene confermato quale organo di supporto delle istituzioni e degli altri organismi. L'ente è dotato di autonomia organizzativa, amministrativa, contabile e patrimoniale ed esercita funzioni prevalentemente di natura tecnico-strumentale, assicurando qualificati servizi in tema di programmazione, gestione e valutazione delle politiche del lavoro.

3. Tra le disposizioni di maggiore importanza figurano quelle contenute nel Titolo II e dedicate al sistema dei servizi per il lavoro fondato sulla cooperazione tra soggetti pubblici e privati e preposto «all'erogazione dei servizi di informazione, orientamento e accompagnamento, anche personalizzato, al lavoro, all'incontro fra domanda e offerta e all'attuazione degli interventi di politica del lavoro» (art. 20). Il momento della cooperazione tra pubblico e privato si fonda, in particolare, sul meccanismo procedurale dell'accreditamento in grado di selezionare quei soggetti cui la P.A. affida i servizi per l'impiego in virtù di criteri (art. 26) quali l'economicità del ricorso al soggetto privato, l'assenza di oneri in capo ai lavoratori per la fruizione dei servizi erogati, l'obbligo di comunicare alla Regione e alle Province le buone pratiche realizzate, nonché le informazioni e i dati relativi all'attività svolta e ai risultati conseguiti.

Nell'ambito delle politiche del lavoro di cui al Titolo III, la Regione promuove (art. 30) interventi finalizzati a incentivare la partecipazione al lavoro, prevenire la disoccupazione, sostenere la formazione continua e il reinserimento nella vita attiva, promuovere la mobilità professionale, favorire l'invecchiamento attivo. Inoltre, l'attenzione è rivolta allo sviluppo della qualità del lavoro, al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente circostante e a favorire la conciliazione dei tempi di vita, di cura e di lavoro, in linea con l'invito contenuto in numerosi testi comunitari orientati alla garanzia dell'impiego di qualità, il c.d. *good job* (sul punto, si veda M. MAROCCO, *La "qualità del lavoro" nella legislazione regionale più recente*, in *q. Rivista*, 2008, n. 2, 542-550). Di qui le norme regionali, preventive e promozionali, finalizzate ad aumentare il livello qualitativo del mercato del lavoro.


Tali interventi saranno realizzati dalla Giunta regionale tenendo conto di criteri di azione quali l'integrazione tra le misure di politica attiva e passiva, la concentrazione su specifici gruppi di lavoratori, la promozione di iniziative per il settore artigiano, la personalizzazione della gestione degli interventi, la centralità operativa del sistema dei servizi del lavoro.

La realizzazione degli interventi di politica del lavoro, inoltre, può ottenersi anche attraverso servizi aggiuntivi, interventi di sostegno al reddito, erogazione di contributi ai datori di lavoro e assegnazione di voucher.

È prevista, altresì, l'istituzione di un Fondo regionale per il sostegno al reddito, che potrà essere utile per integrare effettivamente azioni di politica attiva e passiva del lavoro. La legge, inoltre, nel Titolo IV intitolato *Lavoro e formazione*, interviene in materia di tirocini formativi e di orientamento nonché in materia di apprendistato. In particolare, quanto ai profili formativi dell'apprendistato, la legge rinvia per tutte le tre tipologie a successivi atti di regolamentazione a cura della Giunta regionale sulla base di percorsi di concertazione istituzionale e sociale. Con riguardo alla fattispecie dell'apprendistato professionalizzante, in caso di «formazione esclusivamente aziendale», la legge stabilisce in virtù delle modifiche di cui alla l. n. 133/2008 (comma 5-ter dell'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003) che «i profili formativi» siano «rimessi integralmente ai 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». L'operatività della norma dipende dall'autonomia collettiva, ma anche dalle valutazioni di ogni singola azienda che potrà scegliere il canale dell'offerta pubblica o quello esclusivamente aziendale o misto (M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato professionalizzante e l'apprendistato di alta formazione dopo la legge n. 133 del 2008*, in *q. Rivista*, 2008, n. 4, 1050-1076).

Si segnala, infine, sempre nell'ottica della valorizzazione della qualità del lavoro, l'intento della Regione di contrastare *il lavoro sommerso e irregolare* (art. 55), soprattutto attraverso la promozione della cultura della legalità, di valorizzare la *sicurezza sul luogo di lavoro* (art. 56) diffondendo la cultura della prevenzione e della sicurezza attraverso azioni specifiche sul territorio, nonché di sostenere la *responsabilità sociale dell'impresa* (art. 58) attraverso quegli strumenti volontari tesi a misurare l'impatto sociale della impresa, quali il marchio etico e la certificazione della qualità sociale delle aziende.

6. Mobbing

6.1. Relazione tematica della Corte di Cassazione, 10 novembre 2008, n. 142 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 40).

Il difficile inquadramento giuridico del mobbing: il contributo della elaborazione giurisprudenziale

La relazione tematica n. 142 della Suprema Corte individua le determinanti del fenomeno “mobbing” emerse dalla giurisprudenza di legittimità e di merito. In assenza di una specifica disciplina nazionale e allo scopo di inquadrare il nucleo essenziale delle argomentazioni del giudice, la relazione esamina i profili emersi dall'analisi di una varietà di fonti: il tentativo di elaborazione normativa delle Regioni, successivamente colpite da inefficacia per effetto di sentenza della Corte Costituzionale (19 dicembre 2003, n. 359), che non ammette sul tema della salute e sicurezza normative differenziate a livello regionale ai sensi, in particolare, dell'art. 117, lett. *m*, Cost.; le caratteristiche salienti delle normative internazionali (UE a 15, Norvegia, Svizzera e USA); l'interpretazione estensiva del concetto di salute e sicurezza operato dalla Corte di Giustizia europea, che ne ha ricompreso aspetti relativi al benessere psicofisico; talune raccomandazioni del Parlamento europeo, che ha definito sul tema un interesse specifico volto all'adeguamento e alla armonizzazione delle normative dei Paesi membri; l'Accordo europeo quadro dell'8 ottobre 2004, contro lo stress sul lavoro, che descrive le possibili cause oggettive del mobbing e le misure di prevenzione, recepito in Italia da un Accordo interconfederale sindacale del 9

giugno 2008; fino agli interventi dell'organizzazione internazionale del lavoro (ILO) e dell'organizzazione mondiale della sanità (WHO) con specifiche iniziative tematiche a carattere generale. Con l'analisi di tutte queste fonti, la relazione intende mettere in evidenza la complessa definizione del fenomeno e l'ancor più complesso suo inquadramento in chiare fattispecie, soprattutto in assenza di una fonte legislativa specifica, come sottolinea il contrasto tra la diffusione del mobbing (secondo un'indagine della Fondazione di Dublino del 2000), l'esigua casistica giurisprudenziale e il ristretto numero di ricorrenti cui è stata fornita tutela giurisdizionale. Per inquadrare il mobbing è infatti necessario distinguere le controversie che caratterizzano la vita di relazione in ambienti di lavoro o i riflessi derivanti dal cambiamento dell'organizzazione sulla professionalità e le condizioni di lavoro, dall'azione di mobbing o perfino di *Bullying*. Le controversie sul posto di lavoro, per quanto possano arrecare sofferenze biologiche, esistenziali e morali di varia natura, non integrano necessariamente una fattispecie di mobbing, che la concorde giurisprudenza ritiene debba essere caratterizzato dall'intento persecutorio e di emarginazione, che acquisti i requisiti della *sistematicità* e della *durata*, per quanto non si esclude che anche il singolo atto possa rilevare, se gli effetti sono duraturi (Cass. 19 gennaio 1999, n. 475, nel caso di specie l'invio reiterato ed ingiustificato di visite mediche, ha prodotto un aggravamento delle patologie). È vero piuttosto, si sostiene, che il luogo di lavoro non comprende anche il diritto alla felicità (così il Trib. Milano 20 maggio 2000). Sulla base di tale quadro, il *mobbing*, viene definito, dalla convergente *elaborazione giurisprudenziale*, come fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, finalizzati all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo, indurlo ad abbandonare il posto di lavoro, accettare condizioni di lavoro e professionali inique, subire violenza e molestie sessuali. Sul versante strutturale, il mobbing può essere classificato come *verticale* quando è opera dei superiori gerarchici, *orizzontale* quando sono i colleghi ad operare le condotte vessatorie. Varie sentenze di merito, comunque, sottolineano l'importanza del quadro ricostruttivo al fine di individuare la presenza del mobbing. Così il Tribunale di Trieste (sentenza 23 dicembre 2003) ha evidenziando il ruolo del *mobber* come chiave per ricollegare i fatti e le condotte lesive; il Tribunale Civitavecchia (sentenza 20 luglio 2006) ha invece sottolineato il ruolo del contesto rispetto al quale i fatti e le condotte assumono un intento persecutorio. Sono stati esaminati vari profili penali che emergono dalle condotte lesive che portano al mobbing, ma, senza dubbio, il profilo che meglio approssima i connotati caratterizzanti del mobbing è quello dei maltrattamenti (572 c.p.). Varie pronunce della Suprema Corte (Cass., VI sez. pen., 22 gennaio 2001, n. 10090, Cass. 29 agosto 2007, n. 33624) hanno messo in rilievo come le ipotesi di maltrattamenti integrino la fattispecie del mobbing e siano rilevanti sul piano penale, quando il datore o i suoi preposti agiscono per motivi di lucro e non per punire supposti comportamenti censurabili del prestatore. Il giudice, in questi casi, ha richiamato anche i limiti, costituzionalmente rilevanti ex art. 41 Cost., all'attività datoriale privata. La relazione esamina anche questioni complesse emerse in questi anni, relative, ad esempio, alla prescrizione, o ai poteri del giudice del lavoro nei confronti di atti di mobbing perpetrati all'interno della Pubblica Amministrazione. Tuttavia, il centro delle argomentazioni riguarda profili civilistici posti in esame dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, volti a tratteggiare le condotte che valutate complessivamente fanno emergere il danno causato dal fenomeno mobbing e i possibili rimedi. Su questo versante, si guarda, anzitutto, alla protezione generale desumibile dal carattere aperto dell'art. 2087 c.c., che richiama la responsabilità contrattuale del datore nella tutela delle condizioni di lavoro, sotto la duplice veste di tutela dell'integrità fisica e della personalità morale dei prestatori di lavoro. Dal combinato disposto dell'art. 2087 e degli artt. 2049 e 2059 c.c., si fa poi discendere una corresponsabilità generale del datore di lavoro anche per i danni

non patrimoniali cagionati dai propri dipendenti ad altri dipendenti. Ovvero, della responsabilità del datore nell'approntare le misure idonee a preservare non solo l'integrità fisica ma anche quella psichica, ed in generale, dell'integrità morale dei prestatori. Infatti, la Suprema Corte (Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, e Cass. 20 maggio 2008, n. 12735), anche con l'avallo della giustizia Costituzionale (C. Cost. n. 359), insiste sui doveri in capo al datore di lavoro, tenuto alla protezione sul luogo di lavoro della dignità e dei diritti fondamentali, alla luce del 2087 c.c., anche quando non è direttamente causa del comportamento lesivo. Nel merito, la Suprema Corte sottolinea l'importanza degli elementi ricostruttivi volti a stabilire il nesso eziologico tra comportamento e danno. E, difatti, con due sentenze (Cass. 29 settembre 2005, n. 19053; Cass. 29 gennaio 2008, n. 1971) la Suprema Corte, anche davanti ad evidenti conseguenze sulla salute psichica del prestatore, non ha ravvisato il carattere di mobbing, confermando la sentenza di appello, che non aveva ritenuto discriminatorio e vessatorio il comportamento del datore, pur in presenza di demansionamento, sussistendo le ragioni organizzative che motivavano i provvedimenti.

7. Pari opportunità

7.1. M. CENTRA, A. CUTILLO, *Differenziale salariale di genere e lavori tipicamente femminili*, Collana Studi Isfol, gennaio 2009, n. 2 (in [Boll. Adapt](#), 2009, n. 6).

Differenziale salariale di genere e lavori tipicamente femminili

1. Il tema dell'occupazione femminile è da tempo al centro di un intenso dibattito politico e culturale. Trova ormai un ampio consenso l'idea che esista un legame positivo tra occupazione femminile, da un lato, e competitività e crescita economica, dall'altro. Ciononostante, il tasso di occupazione femminile in Italia è, dopo Malta, il più basso d'Europa e ben lontano dagli obiettivi di Lisbona: 45% contro il 60% fissato per il 2010. Inoltre, neppure le politiche di conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita, né le politiche di condivisione tra i partner delle responsabilità familiari sembrano migliorare in maniera netta la qualità della vita delle donne.

Lo studio di M. CENTRA, A. CUTILLO, *Differenziale salariale di genere e lavori tipicamente femminili* (Collana Studi Isfol, gennaio 2009, n. 2, in epigrafe) apporta un contributo innovativo alla ricerca sulla occupazione femminile, relativamente, in particolare, alla discriminazione salariale di genere in Italia, che determina sistematiche disparità nella remunerazione di uomini e donne sul mercato del lavoro.

La ricerca dimostra che nel nostro Paese, a parità di caratteristiche, le donne ricevono salari inferiori di circa l'11% rispetto agli uomini. Lo studio giunge a questo risultato utilizzando i dati raccolti attraverso l'indagine Isfol sui Differenziali Salariali di Genere del 2007. Questa rilevazione fa parte di un progetto pluriennale di ricerca avviato nel 2005 dall'Isfol, in accordo con il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, e finalizzato ad indagare gli aspetti determinanti del differenziale retributivo in Italia.

Il differenziale salariale grezzo è definito, nella letteratura economica, come la differenza che si osserva, in media sul mercato del lavoro, tra il salario di un lavoratore e quello di una lavoratrice. Per rendere il dato più informativo rispetto al differenziale retributivo "reale", il valore grezzo è comunemente scomposto in due termini, attraverso la decomposizione di Oaxaca-Blinder. La prima componente (il c.d. "effetto dotazione") rappresenta il differenziale dovuto alle diverse caratteristiche produttive di donne e uomini, come, ad esempio, il livello medio di istruzione, l'esperienza lavorativa media e l'età media

degli uomini rispetto a quella delle donne. La seconda componente indica, invece, la differente remunerazione delle medesime caratteristiche tra i due gruppi di lavoratori: si tratta di una misura della discriminazione di cui le donne soffrono sul mercato del lavoro ed è anche definita, nella letteratura economica, "effetto coefficienti".

I risultati dello studio Isfol indicano un differenziale grezzo per il mercato del lavoro italiano stimato pari a 8,75%: il salario orario netto medio è pari a 9,35 euro per il campione maschile e 8,60 euro per quello femminile. Questo dato è stimato sulla base di un campione di 3.355 lavoratrici e 4.728 lavoratori dipendenti in età lavorativa, ossia della fascia d'età 15-64 anni. La base di dati utilizzata offre informazioni sulle caratteristiche demografiche, sociali ed economiche degli individui, come l'età, il genere, lo stato civile, l'area geografica di residenza, la dotazione di capitale umano, il reddito. Sono inoltre disponibili i dati riguardanti le caratteristiche del lavoro, come la tipologia contrattuale, gli anni spesi nell'attuale lavoro e l'ampiezza dell'impresa. L'indagine ricostruisce poi la storia lavorativa, in termini di anni di esperienza lavorativa e numero di cambi di lavoro. Sono, infine, disponibili dati sulla struttura e sulle caratteristiche sociali della famiglia di appartenenza, come il numero di figli per classe d'età e il numero di percettori di reddito. Il differenziale salariale grezzo è una sintesi di due tendenze contrapposte. L'effetto dotazione è negativo e pari a -2,08%. Ciò denota una produttività mediamente maggiore delle donne rispetto ai loro colleghi uomini. Questo dato incoraggiante, però, è più che compensato da un effetto discriminazione pari a +10,83%. Ciò significa che due individui identici in tutto, eccetto per il genere, sono remunerati diversamente. In particolare, il livello salariale della lavoratrice è, in media, di circa l'11% inferiore rispetto a quello del lavoratore.

Il rapporto giunge a questa conclusione tenendo presente due importanti aspetti. Innanzitutto, come sottolineato in letteratura, si consideri che non l'intera popolazione femminile sceglie di lavorare, ma solo un gruppo "autoselezionato", dotato di caratteristiche produttive, quali abilità e capitale umano, superiori rispetto a coloro che rimangono fuori dal mercato. Questo processo selettivo interessa unicamente le donne: un numero assai esiguo di uomini in età lavorativa, infatti, non offre il proprio lavoro sul mercato, ed in questi casi la scelta è generalmente dettata dal benessere economico o da problemi di salute. Lo studio dimostra, inoltre, che le lavoratrici hanno salari mediamente maggiori di quanto si osserverebbe se le donne inattive lavorassero.

L'aspetto più innovativo dello studio in esame è però rappresentato dall'analisi dell'effetto del tipo di occupazione sui differenziali di genere: come noto, i cosiddetti lavori "tipicamente femminili" sono generalmente peggio retribuiti. Alla luce della letteratura economica, è possibile dare due possibili spiegazioni di questo fenomeno. Secondo la *crowding hypothesis* di Barbara Bergmann (B. BERGMAN, *Occupational segregation, wages and profits when employers discriminate by race and sex*, in *Eastern Economic Journal*, 1974, vol. 1, n. 2, 103-110), esistono due tipi di occupazione: quella maschile e quella femminile. Dal momento che i datori di lavoro precludono alle donne l'accesso alle occupazioni maschili, le occupazioni senza o con basse barriere all'ingresso, risultano più affollate. La maggiore offerta di lavoro in questo tipo di occupazione determina una riduzione dei salari.

Secondo la più recente teoria di Filer (R.K. FILER, *Occupational segregation, compensating differentials and comparable worth*, in R. MICHAEL, H. HRTMANN (eds.), *Pay equity: empirical enquiries*, National Academy Press, Washington D.C., 1989), invece, la segregazione occupazionale è, in parte, frutto di scelte individuali consapevoli: mentre gli uomini scelgono un'occupazione dando grande peso al livello della retribuzione, le donne tendono a prediligere altre caratteristiche, come il lavoro a tempo parziale o la flessibilità degli orari e dei tempi di lavoro, anche a discapito del salario. Conseguentemente, le donne sono maggiormente concentrate nelle mansioni e nelle professioni che più facil-

mente permettono di conciliare i tempi di lavoro con i tempi di cura della casa e della famiglia. Lo studio identifica come “tipicamente femminili” quelle mansioni e quei settori in cui la presenza femminile supera la soglia di circa il 59%. Come ci si potrebbe aspettare, si tratta, in particolare, delle professioni impiegatizie, commerciali, di addetto ai servizi e delle professioni non qualificate. I settori economici a maggiore presenza femminile sono invece l'industria tessile e dell'abbigliamento, il settore sanitario, dell'istruzione e dei servizi assistenziali, pubblici e privati, a carattere sociale e personale. Gli autori sottolineano che, se non si tenesse conto del processo decisionale che spinge le donne ad intraprendere lavori tipicamente femminili, la discriminazione stimata sarebbe ancora maggiore.

Occorrerebbe, però, anche considerare che la scelta del tipo di occupazione, così come la scelta se lavorare o meno, è, in qualche misura, imposta da fattori quali le responsabilità familiari, le strategie di conciliazione che il sistema socio-economico di riferimento offre, così come dalla quantità e qualità di servizi per l'infanzia, l'adolescenza e per i familiari non autosufficienti. In base a dati Istat riferiti al 31 dicembre 2004, i servizi all'infanzia offrono mediamente una copertura nazionale di solo l'11,4%, con forti squilibri tra le diverse regioni: se la Valle d'Aosta vanta oltre il 56% di copertura, in Campania solo l'1,7% della popolazione 0-3 anni può usufruire del servizio di asilo nido. L'Italia è ancora ben lontana dal raggiungimento dell'obiettivo di Lisbona, che vorrebbe la copertura territoriale al 33% entro il 2010. Ciò che spinge le donne ad intraprendere un certo tipo di occupazione, quindi, non è tanto una libera scelta, quanto, generalmente, la consapevolezza che si tratti dell'unica scelta lavorativa possibile. È inoltre emblematico il dato riportato dallo studio Isfol, che dimostra come il matrimonio, da un lato, influenzi negativamente la probabilità per le donne di essere occupate, mentre, dall'altro, sia un fattore determinante nella scelta verso un lavoro tipicamente femminile. Aspetti di tipo culturale si mescolano alla difficoltà di conciliare i tempi del lavoro con quelli della vita e, anche per la scarsa collaborazione dei coniugi, le donne sono spesso costrette a pagare con l'uscita dal mercato del lavoro l'impossibilità di conciliare le responsabilità familiari a quelle lavorative.

La ricerca si sofferma poi sull'analisi dell'andamento della forbice retributiva per diversi sottogruppi di donne, evidenziando che questa non è uniforme lungo l'intera distribuzione del reddito, e indicando in particolare l'esistenza di “soffitti di cristallo” a svantaggio delle più istruite, come già dimostrato in altri studi empirici. Esiste cioè una barriera invisibile tale per cui le donne, da un lato, stentano a raggiungere posizioni apicali, dall'altro, quando ci riescono, sono, comunque, peggio retribuite. Attraverso l'elaborazione dei dati per titolo di studio, si può osservare come il differenziale salariale tenda a diminuire all'aumentare del titolo di studio fino alle donne con diploma di scuola superiore (dal 21% per la licenza elementare scende fino al 5,5%), ma per le laureate questo risalga nuovamente fino al 12%. Anche l'analisi dei differenziali per livello occupazionale dimostra che le donne non sono immuni da disparità nella retribuzione neppure a livello quadro-dirigenziale, dove si raggiungono livelli di discriminazione intorno all'8%, certamente lontani dal 14,7% di cui soffrono operaie e altre lavoratrici non qualificate, ma comunque rilevante. È importante sottolineare che, grazie alle norme che regolano l'accesso e la progressione nel pubblico impiego, nel settore pubblico si riscontra un livello di discriminazione assai inferiore che nel settore privato (7,5% contro 12,9%).

I risultati della ricerca in esame indicano chiaramente il persistere, in Italia, di pratiche discriminatorie nei confronti delle donne, tali da ostacolarne le scelte lavorative. Lo studio Isfol apporta un interessante contributo alla letteratura empirica del differenziale retributivo in Italia, soffermandosi sull'effetto del tipo di occupazione sui differenziali salariali. Il diverso trattamento economico di uomini e donne, tuttavia, è solo una faccia della medaglia: le donne italiane rappresentano un potenziale, in genere molto istruito, che

spesso non è sfruttato appieno, e ancora più spesso non è sfruttato affatto. La discriminazione si manifesta in molteplici forme: la scarsa presenza delle donne sul mercato, i percorsi ineguali di carriera, le carriere interrotte, la sovraqualificazione femminile rispetto alle mansioni svolte, la segregazione occupazionale in mansioni e professioni mal retribuite, la difficoltà che molte donne sperimentano nell'accesso a posizioni rilevanti, così come la scarsa presenza femminile nei percorsi formativi post laurea. Occorre acquisire la consapevolezza che l'autoselezione delle donne in certi percorsi formativi e di carriera è un segnale dell'esistenza di criticità, a livello culturale prima ancora che politico, che impediscono la piena valorizzazione delle donne e rappresentano un costo non solo per loro, ma per l'intera società.

9. Produttività del lavoro

9.1. Interpello 20 marzo 2009, n. 25 (Aris, Associazione Religiosa Istituti Socio-Sanitari) (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 10).

Ambito di applicazione del regime agevolato dei premi di produttività: il caso dei premi legati alla “presenza”

Sommario: 1. Posizione del problema e disciplina prevista dalla legge. – 2. Prassi applicativa e interpretazione della norma. – 3. Risposta del Ministero sull'applicazione del regime agevolato ai premi “presenza”.

1. Il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali con la risposta ad interpello n. 25 del 20 marzo 2009 (in epigrafe) su istanza della Associazione Religiosa Istituti Socio-Sanitari (Aris) si è espresso in merito all'applicabilità del regime fiscale agevolato di cui all'art. 2, comma 1, lett. c, del d.l. 27 maggio 2008, n. 93, convertito in l. n. 126/2008, al premio di incentivazione, legato alla presenza dei lavoratori, previsto dall'art. 65 del Ccnl Aris, Aiop, Fondazione Don Gnocchi, per il personale non medico della sanità privata.

Il citato art. 2 del d.l. n. 93/2008 ha introdotto, in via di urgenza, misure di carattere sperimentale per l'incremento della produttività del lavoro, in piena coerenza con gli obiettivi fissati a Lisbona dalla Strategia europea per l'occupazione che si prefigge di potenziare e accrescere la produttività del lavoro.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 2 del decreto in commento, i soggetti interessati dalla disposizione agevolativa sono tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato, a prescindere dalla tipologia, presso i datori di lavoro del settore privato. I beneficiari della detassazione, pertanto, sono i lavoratori titolari di reddito da lavoro dipendente che nell'anno 2007 hanno percepito un reddito non superiore a 30 mila euro che s'innalza per l'anno 2008 a 35.000 euro al lordo delle somme assoggettate nel 2008 all'imposta sostitutiva. Sono esclusi dalla misura agevolativa i soggetti titolari di redditi di lavoro assimilato a quello dipendente come, ad esempio, gli amministratori di società e i collaboratori coordinati e continuativi.

Per quel che riguarda l'oggetto tutelato dalla norma il d.l. n. 93/2008 prevede che, salva espressa rinuncia scritta del lavoratore, nel periodo dal 1° luglio al 31 dicembre 2008 (12 gennaio 2009 in virtù dell'operatività del principio della cassa allargata per cui le somme erogate fino al 12 gennaio sono attratte nella tassazione dell'anno precedente) «sono soggette a una imposta sostitutiva dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e delle addi-

zionali regionali, entro il limite di importo complessivo di 3 mila euro lordi, le somme erogate e correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati sia a livello sindacale sia tra le parti individuali del rapporto, aventi come obiettivo incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa e altri elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico della impresa».

2. La materia è stata oggetto di due circolari congiunte del Ministero del lavoro e dell'Agenzia delle Entrate e precisamente la circ. 11 luglio 2008, n. 49, e la circ. 22 ottobre 2008, n. 59, che hanno fornito chiarimenti e precisazioni sull'applicazione della normativa introdotta dal d.l. n. 93/2008, ampliandone il campo di applicazione e introducendo concessioni che la precedente disciplina, almeno dal punto di vista interpretativo, aveva inizialmente escluso. La precisazione più importante riguarda il fatto che rientrano nella misura agevolativa dell'imposta sostitutiva del 10% anche tutte le somme, individuate sia dalla contrattazione collettiva che dalla pattuizione individuale, complessivamente erogate per prestazioni di lavoro straordinario, supplementare, rese in funzione di clausole elastiche o flessibili nell'ambito del part-time, nonché i premi di rendimento, le maggiorazioni retributive corrisposte in funzione di orari a ciclo continuo o sistemi di "banca delle ore", le indennità di reperibilità o di turno, i premi e le somme corrisposte *una tantum*.

La condizione per l'applicazione della disciplina in materia di defiscalizzazione è che le misure comportino un incremento di produttività del lavoro ed efficienza organizzativa ovvero siano legate alla competitività e redditività della impresa, fermo restando che sono esclusi gli importi riconosciuti in misura fissa e facenti parte stabilmente del patrimonio del lavoratore, come, ad esempio, il superminimo individuale. La tassazione agevolata si applicherà solo su quella parte di superminimo specificatamente identificato dalle parti nelle ipotesi legate a prestazioni di straordinario o per incrementi di produttività ed efficienza organizzativa. In tal modo sono escluse dall'agevolazione solo quelle somme sulle quali il lavoratore può aspettarsi legittimamente di percepire, a prescindere dai risultati aziendali, quindi, quelle somme che non possono non essere date al lavoratore. Diversamente, ogni altra retribuzione variabile in relazione alla funzione svolta, al tempo di lavoro o ai risultati prodotti, a prescindere dal nome attribuito alla somma, fruisce del beneficio.

Alla luce dell'ampiezza delle ipotesi, possono rientrare nella misura le indennità di turno, indipendentemente dal momento in cui sia stata introdotta la turnazione in azienda, posto che la organizzazione del lavoro a turni costituisce di per sé una forma di efficienza organizzativa, nonché i compensi erogati per i ROL lavorati ovvero i premi comunque legati a risultati di efficienza organizzativa come, per esempio, i premi erogati in caso del mancato verificarsi di infortuni in azienda o i premi presenza.

3. Nell'interpello proposto dall'Aris si è in presenza di tale fattispecie: se può rientrare nell'agevolazione il premio di incentivazione legato alla presenza dei lavoratori previsto dal citato art. 65, Ccnl Aris, Aiop, Fondazione Don Gnocchi per il personale non medico della sanità privata. Nel dettaglio l'art. 65 intitolato "premio di incentivazione" prevede l'erogazione di un premio, da corrispondere in unica soluzione congiuntamente alla retribuzione del mese di luglio di ogni anno, legato alla presenza del prestatore di lavoro in azienda. Il Ccnl prevede che premio compete per intero se, nell'arco dell'anno che va dal 1° luglio al 30 giugno, il personale effettua almeno 258 giorni di presenza, mentre è soggetto a riduzione, pari a euro 15,00 giornaliera, per ogni giorno di mancata presenza; parimenti per ogni giorno di presenza oltre i 258 giorni e fino a un tetto di 267 giorni di presenza è prevista la corresponsione di una ulteriore quota aggiuntiva pari a euro 15,00 per giorno.

Ai fini del computo delle presenze non incidono nella decurtazione del suddetto premio le giornate di permessi straordinari retribuiti, compresi quelli di cui alla l. n. 104/1992, i


permessi sindacali retribuiti, i periodi di astensione obbligatoria per maternità, il ricovero ospedaliero documentato o in *day hospital*, l'infortunio sul lavoro riconosciuto ed assistito dall'Inail. Sempre ai fini del conteggio dei giorni di presenza, le ferie e le festività, ancorché non usufruite nel periodo 1° luglio-30 giugno, debbono essere considerate come godute. Ai fini del computo delle presenze/assenze di cui all'art. 65 si fa riferimento a sei giornate lavorative.

Nell'interpello, il Dicastero ha chiarito che il premio previsto dall'art. 65 del Ccnl Aris, Aiop, Fondazione Don Gnocchi e legato alla "presenza" può essere considerato a tutti gli effetti un premio elargito ai fini dell'incremento della produttività del lavoro e della maggiore efficienza organizzativa e come tale rientra nella agevolazione introdotta dal d.l. n. 93/2008. Il Ministero, pertanto, ha ribadito quanto affermato dalla circolare congiunta con l'Agenzia delle Entrate n. 49 e ha confermato che il presupposto per la concessione del beneficio è che la somma corrisposta, anche se continuativa, sia riconducibile ad elementi di determinazione periodica, ancorché si tratti di situazioni già strutturate e consolidate prima della entrata in vigore del decreto. Tali elementi possono riguardare la produttività (analizzando le risultanze di bilancio attraverso indici o incrementi di fatturato) o l'organizzazione (per esempio, la riduzione dei costi di produzione o dei tempi di esecuzione). Gli incrementi non devono essere necessariamente né essere nuovi e innovativi rispetto al passato né consistere in risultati che, dal punto di vista meramente quantitativo, siano superiori a quelli ottenuti in precedenti gestioni, purché comunque costituiscano un risultato ritenuto positivo dalla impresa. In questi casi è sufficiente documentare il risultato ritenuto positivo per l'azienda.

Per completezza di ragionamento, si segnala che la successiva l. n. 2/2009 ha esteso la detassazione per i premi legati ai risultati, al periodo 1° gennaio -31 dicembre 2009 e ha innalzato il limite massimo dell'agevolazione che è passato da 3 mila a 6 mila euro.

Per approfondimenti sul tema della detassazione dei premi di risultato introdotta dal d.l. 112/2008 cfr. M. TIRABOSCHI, *Le misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro: la detassazione di straordinari e premi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, Milano, 2009, 223-234.

9. Salute e sicurezza

9.1. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 15).

(9.1. – 9.2.) Stress lavorativo e *burn-out*: profili giuridici

Sommario: 1. La sindrome da *burn-out* in ambito sociologico e psichiatrico. – 2. La responsabilità del datore di lavoro per il *burn-out* subito dal dipendente ex art. 2087 c.c. Un raffronto con il mobbing. – 3. La lesione della salute e della personalità del lavoratore affetto da sindrome di *burn-out* alla luce dell'art. 2059 c.c. "costituzionalizzato". – 4. L'Inail e la sindrome da *burn-out*. – 5. Conclusioni e proposte di azione.

1. Nel 1974 H.J. Freudenberger ha utilizzato per primo il termine "*burn-out*" al fine di indicare un complesso di sintomi, quali logoramento, esaurimento e depressione, riscontrati in lavoratori volontari di un ospedale americano.

In seguito, con *burn-out syndrome* si è inteso la risposta individuale ad una situazione lavorativa percepita come stressante nella quale il soggetto non dispone di risorse e di strategie comportamentali adeguate (C. CHERNISS, *Professional Burnout in Human Services*

Organizations, Praeger, New York, 1980; C. CHERNISS, D.L. KRANTZ, *La sindrome del burnout: lo stress lavorativo degli operatori dei servizi sociosanitari*, Centro Scientifico Torinese, Torino, 1983).

Più specificamente, la letteratura psichiatrica ha definito il *burn-out* «una sindrome di esaurimento emotivo, depersonalizzazione e ridotta realizzazione personale» ed ha ideato uno strumento diagnostico standardizzato per riconoscerlo e quindi per pianificare dei programmi d'intervento specifici. Tale test, denominato *Maslach Burnout Inventory* (MBI), è un questionario mirato a "misurare", in base alle risposte fornite, tre "dimensioni", tre componenti, diverse del *burn-out* che emergono progressivamente. La prima componente è l'esaurimento emotivo, che esamina la sensazione di essere inaridito emotivamente ed esaurito dal proprio lavoro e corrisponde a una sensazione dell'individuo di perdita delle proprie energie e risorse. La seconda dimensione attiene alla spersonalizzazione, che misura una risposta fredda ed impersonale nei confronti della propria utenza e corrisponde ad un atteggiamento di distacco, cinismo, ostilità, mentre la terza componente è il sentimento di frustrazione, che corrisponde al crollo dell'autostima, alla percezione di inadeguatezza nello svolgimento del proprio ruolo.

È stata poi individuata una quarta componente del *burn-out*: la perdita della capacità di controllo rispetto alla propria attività professionale, che conduce a una errata attribuzione di valenza alla sfera lavorativa.

Alla base del *burn-out* vi sono fattori soggettivi, di particolare importanza: persone diverse che condividono uno stesso ambiente lavorativo, infatti, non sviluppano tutte la "sindrome", in quanto molto dipende dalla personalità degli individui, dalle strategie di "coping", dalle esperienze precedenti, dalla resistenza allo stress e alle frustrazioni. I soggetti "a rischio" di *burn-out* sono perfezionisti, idealisti, eccessivamente dediti al lavoro, alle esigenze dei clienti e degli amministratori, eccessivamente ambiziosi, con vita privata poco soddisfacente, che avvertono il bisogno di "tenere tutto sotto controllo". Tali soggetti, inoltre, si ispirano ad un'idealizzata *mistica professionale*, che può indurre aspettative non realistiche e disillusioni, avvertono un forte bisogno di aiutare gli altri, e si pongono come "una grande madre accogliente" o "un padre onnipotente". Oppure sono persone impulsive, dipendenti dagli altri, eccessivamente introversive o estroverse, con sistema motivazionale inadeguato, con disparità di valutazione cognitiva, eccessivamente entusiasti, zelanti, scrupolosi, che provano un sentimento di insufficienza e di incapacità a svolgere il proprio lavoro.

Fattori oggettivi che possono concorrere a sviluppare la sindrome sono, invece, fattori ambientali ed organizzativi, quali sovraccarico di lavoro, mancanza di controllo, ricompense insufficienti, mancanza di equità, crollo del senso di appartenenza, conflitto di valori. Tali fattori non dipendono dal singolo individuo, ma possono essere modificati solo attraverso specifici interventi e strategie organizzative.

Categorie di soggetti ad alto rischio di *burn-out* sono gli operatori dei reparti psichiatrici, dei pronto soccorso, della terapia intensiva, dei reparti oncologici e con malati di AIDS o, più in generale, dei reparti e ambulatori per patologie croniche e invalidanti, perché il contatto con l'utenza è più coinvolgente e carico di emotività.

Sempre in ambito sociologico e psichiatrico, si è messo in luce che il *burn-out* si sviluppa in più fasi. *In primis* vi è l'"entusiasmo", caratterizzato dalle motivazioni personali che hanno indotto gli operatori a lavorare nel sociale, spesso accompagnate da aspettative di onnipotenza, di soluzioni semplici, di successo generalizzato e immediato, di apprezzamento ed altro. Nella seconda fase, si è in presenza di una "stagnazione", ossia l'operatore continua a lavorare, ma in maniera insoddisfacente e meno motivata; infine, si manifesta la fase della "frustrazione", in cui l'operatore si ritiene inidoneo, incapace a svolgere il proprio lavoro e scarica la responsabilità sui colleghi e sull'ambiente di lavoro. Come fattori aggiuntivi intervengono lo scarso apprezzamento da parte dei superiori e

dell'utenza. L'individuo affetto dalla patologia mette, quindi, in atto comportamenti di fuga (allontanamenti ingiustificati dal reparto, pause prolungate, frequenti assenze per malattia): quest'ultima è la fase più critica, che corrisponde alla "morte professionale" dell'operatore.

Alcuni studiosi ritengono che il *burn-out* sia una forma particolare di stress, non mediata da alcuna condizione favorevole, quindi uno stress prolungato nel tempo, che non prevede una forma di sostegno adeguato all'esterno. Altri, mettendo in parallelo stress e *burn-out*, hanno ritenuto i due concetti simili, ma non uguali. Il *burn-out* rappresenterebbe, quindi, una forma particolare di stress, portata ai suoi estremi limiti.

Si può, in conclusione, sostenere che il *burn-out* può manifestarsi in concomitanza dello stress e che questo può esserne una concausa, ma non necessariamente quando c'è una situazione di stress c'è *burn-out*.

Il *burn-out* ha una serie di sintomi fisici e psichici (il sintomo di fondo è l'alterazione del tono dell'umore fino ad arrivare alla depressione) e porta a reazioni comportamentali, tra cui assenze o ritardi frequenti, distacco emotivo, ridotta creatività, ecc.

Al fine di combattere il *burn-out*, sono state individuate strategie che agiscono a vari livelli: lo sviluppo dello staff, che consente di ridurre le richieste imposte agli operatori, incoraggiare gli operatori ad adottare nuovi obiettivi che possano fornire fonti alternative gratificanti, insegnare allo staff a difendersi mediante meccanismi di *coping*; i cambiamenti di lavoro e delle strutture di ruolo, che permettono di limitare il numero di pazienti di cui lo staff è responsabile in un determinato periodo, limitare le ore di lavoro di ogni membro dello staff, costituire varie fasi di carriera; infine, lo sviluppo della gestione, che consente di creare sistemi di supervisione continua e di controllo dell'attività svolta, creare meccanismi formali di gruppo per la soluzione del problema organizzativo e la risoluzione del conflitto.

È indispensabile, inoltre, in particolare nelle così dette *helping professions*, "agire" a monte dell'entrata nel mondo lavorativo, formare il lavoratore all'acquisizione della consapevolezza delle influenze emozionali nel rapporto con il paziente e alla definizione realistica degli obiettivi professionali, addestrare al lavoro in equipe multidisciplinare, prevedere l'inserimento programmato in ambito lavorativo previo adeguato addestramento.

2. È noto che le sentenze in tema di mobbing sono ormai assai numerose (solo a titolo esemplificativo: Cass. 9 settembre 2008, n. 22858, in *LG*, 2008, n. 12, 1235 ss, con nota di G. MANNACIO, *Il mobbing ancora una volta in Cassazione*; C. Cost. 27 gennaio 2006, n. 22, in *GI*, 2006, n. 7, 1507 ss.; C. Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *MGL*, 2004, 297, con nota di M. LANOTTE, *La disciplina del mobbing e la nuova ripartizione di competenza Stato-Regioni*; Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, in *LG*, 2006, n. 8, 818; Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *MGI*, 2005; Trib. Pisa 6 febbraio 2003, in *RCP*, 2003; Trib. Forlì 15 marzo 2001, in *DL*, 2001, 6, con nota di L. DE MARCO, *Mobbing: l'onere della prova e il risarcimento del danno esistenziale*; App. Torino 21 aprile 2004, in *LG*, 2005, 49, con nota di R. NUNIN, "Bossing": responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede; C. Conti 25 ottobre 2005, n. 623, in *RCP*, 2006, n. 5, 923; TAR Lazio, 6 giugno 2006, n. 4340, in *Infoutet*).

Mentre il termine "mobbing" nella terminologia giuridica indica pacificamente tutti i «comportamenti ostili, vessatori e di persecuzione psicologica, posti in essere dal datore di lavoro (c.d. mobbing verticale) o da colleghi (c.d. mobbing orizzontale) che cagionano un disagio psicologico che assume i connotati di una propria malattia» (stress, ansia, ed altro), il *burn-out*, a quanto consta, non è ancora stato acquisito in ambito giurisprudenziale per indicare le situazioni di stress sopra descritte di cui sono vittima certi lavoratori sul luogo di lavoro.

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste una disciplina legislativa organica avente ad oggetto specifico il mobbing; tanto meno ciò avviene in materia di *burn-out*, alla luce,

appunto, del recentissimo affacciarsi del fenomeno all'attenzione dei giuristi.

Le concrete fattispecie di mobbing vengono unanimemente ricondotte nell'ambito di applicazione dell'art. 2087 c.c. che, sotto la rubrica *Tutela delle condizioni di lavoro*, contiene il precetto secondo cui «l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure [...] necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» e che è stato inteso come fonte di responsabilità contrattuale del datore di lavoro.

Si tratta, come precisato da una giurisprudenza ormai costante, e pre-esistente al mobbing (ed ovviamente ad *burn-out*), di una norma che viene intesa a formulazione ampia ed aperta, nel senso che obbliga il datore di lavoro sia ad adempiere quanto prescritto dalla normativa speciale in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali, rivolta a prevenire tecnopatie relative a specifiche situazioni di rischio, sia, più in generale, ad adoperarsi affinché siano previste ed escluse le situazioni di rischio per la salute dei lavoratori che nella realtà specifica di ogni azienda possono verificarsi (tra gli altri, si segnalano: G. MANNACIO, *Danno da dequalificazione professionale*, in *LG*, 2000, 244 ss.; G. SCARDILLO, *Ancora sulla dequalificazione delle mansioni e sul conseguente regime sanzionatorio*, in *LPO*, 1999, 1729 ss.; M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1998, 205 ss.).

L'ampia operatività ed "atipicità" dell'art. 2087 c.c. è, altresì, rafforzata dal collegamento con gli artt. 2, 41, comma 2, e 32 Cost.: proprio la lettura costituzionale della norma in questione ha contribuito, a partire dagli anni ottanta, ad ampliare l'obbligo della parte datoriale «verso posizioni di totale atipicità» (M. PEDRAZZOLI, *Danno biologico ed oltre*, Giappichelli, Torino, 1995, spec. 2).

Con riferimento a questa norma "cardine", la Suprema Corte ha ulteriormente precisato che essa, nella sua ampiezza, comprende nell'obbligo di sicurezza gravante sul datore di lavoro garantire «condizioni di lavoro non eccessivamente stressanti ovvero un ambiente di lavoro salubre e, quindi, non pericoloso per la salute» (Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *MGI*, 2000, 1169, con nota di G. SANTORO PASSARELLI, *Osservazioni in tema di danno alla salute del lavoratore*; Cass. 2 febbraio 2002, n. 5, in *GLav*, 2002, n. 8, 10, con nota di G. RICCI, *Sul nesso di causalità tra "superlavoro" e incidente automobilistico del dipendente*; Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, in *GLav*, 2006, n. 30, 28, con nota di L. GRECO, *Mobbing: le recenti pronunce della Cassazione*; Cass. 1° giugno 2004, n. 10510, in *MGL*, 2004, 719; Cass. 5 marzo 2002, n. 3162, in *AC*, 2003, 77).

Secondo l'indirizzo interpretativo appena accennato, "adottare tutte le misure necessarie" implica anche il dovere di adeguare il personale affinché il singolo dipendente non sia sottoposto ad un carico di lavoro nocivo per la sua salute.

Per completezza, occorre ricordare che la dottrina giuslavorista ha messo in luce come l'applicazione dell'art. 2087 c.c. può ben reggersi anche sulla violazione delle clausole generali di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c. (L. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro*, in *LD*, 1996, 139 ss.).

Proprio con riferimento a casi di mobbing, la giurisprudenza sopra citata ha chiarito che non è posto a carico del lavoratore danneggiato l'onere di provare la colpa del datore di lavoro, ma grava su di lui la prova degli elementi costitutivi del mobbing subito, cioè della serie di azioni, di cui si allega il contenuto molesto, protratte con una certa frequenza in un arco di tempo sufficientemente esteso.

La Suprema Corte ha precisato, infatti, che la presunzione legale di colpa che discende dal regime di responsabilità di cui agli artt. 1218 e 2087 c.c. non implica un'ipotesi di responsabilità oggettiva, né la dispensa da qualsiasi onere probatorio del danneggiato.

Tuttavia, non può negarsi che a mitigare la rigidità della prova, gravante sul lavoratore, interviene il ricorso alla prova presuntiva circa l'idoneità offensiva delle condotte.

Con specifico riferimento al fenomeno del *burn-out* e dello stress lavorativo ad esso correlato, in questi casi il comportamento del datore di lavoro è generalmente connotato da una colpa generica – negligenza, imprudenza, imperizia – o da una colpa specifica, cioè con violazione della normativa posta a tutela della salute del lavoratore sul luogo di lavoro (senza escludere, ovviamente, che si verifichi una condotta dolosa del datore di lavoro che agisca nella consapevolezza che l'organizzazione dell'attività lavorativa di un determinato soggetto sia fonte di danno).

In questi casi, infatti, l'addebito che può muoversi al datore di lavoro, rilevante dal punto di vista civilistico in quanto idoneo a cagionare uno stress lavorativo con le caratteristiche sopra sinteticamente indicate e quindi un danno alla persona del lavoratore, consiste nella omessa, errata o carente organizzazione del lavoro.

L'ampia obbligazione di cui all'art. 2087 c.c. sopra menzionata consiste nel predisporre misure atte, secondo le comuni tecniche di esperienza, a preservare i lavoratori dalla lesione dell'integrità psicofisica che può derivare come rischio connesso dall'esecuzione dell'attività lavorativa.

Gli studi sul *burn-out* in ambito sociologico e psicologico hanno individuato tale rischio come tipico delle *helping professions*, e quindi come fenomeno che interessa i soggetti che operano in ambito sanitario, nelle forze dell'ordine e simili.

Peraltro, oltre alla norma del 2087 c.c., il *burn-out* può essere compreso nell'ambito di applicazione dell'art. 15 del Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008 (su cui vedi M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2008; L. ZOPPOLI, P. PASCUCCI, G. NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008). Tale norma impone al datore di lavoro di valutare il rischio specifico inerente all'attività lavorativa che, con riferimento, ad esempio, all'attività sanitaria o di polizia, implica che venga valutato il rischio specifico da stress psico-fisico conseguente ad una cattiva organizzazione delle risorse umane.

La responsabilità colposa del datore di lavoro si avrà laddove venga accertata nello specifico caso concreto che nell'organizzazione del lavoro non sia stata effettuata la valutazione del rischio specifico (stress lavorativo), ovvero questa sia stata del tutto inadeguata ad evitare l'evento dannoso, in base alle conoscenze scientifiche di un dato momento e secondo il criterio della prevedibilità.

Acquistano particolare importanza, i controlli periodici sui lavoratori imposti dalla legge a carico del datore di lavoro. Solo tramite essi, infatti, il datore di lavoro è in grado di evitare il rischio specifico dello stress lavorativo con una diversa organizzazione del personale, secondo il normale criterio della prevedibilità ed evitabilità.

In sede giudiziaria sarà poi il giudice del lavoro, con l'ausilio di accertamento peritale, a dover accertare in concreto la sussistenza del comportamento omissivo che ha portato ad un'organizzazione del lavoro idonea a generare lo stress lavorativo nel lavoratore.

Come correttamente osservato in ambito penalistico, «intanto si potrà contestare il reato colposo nel caso in cui si possa individuare positivamente il comportamento doveroso che avrebbe impedito l'evento secondo le conoscenze scientifiche dell'epoca, tenuto conto, però, che giammai potrà costituire un'esimente il richiamo alla non conoscenza della patologia nella comunità scientifica (si pensi, ad esempio, alla problematica della non conoscenza del rischio di insorgenza del mesotelioma pleurico da inalazione di amianto in un dato momento storico, ritenuta irrilevante dalla giurisprudenza giacché erano già comunque conosciuti i rischi per la salute derivanti dall'asbestosi)» (E. GAI, *Legge 626, mobbing, burn-out e professione di psichiatra*, in www.aipsimed.org, 25 aprile 2006).

Dunque, la responsabilità del datore di lavoro andrà esclusa – anche nel caso di effettiva insorgenza di una malattia del lavoratore – qualora abbia adottato tutte le cautele necessarie a tutelare l'integrità fisica del lavoratore, in modo che l'evento dannoso – sindrome da

burn-out – non possa essere ricollegabile a un comportamento colposo del datore di lavoro.

In conclusione, nei casi di accertato *burn-out* subito dal dipendente nell'ambiente di lavoro, occorre stabilire la sussistenza di una condotta colposa in capo alla parte datoriale, consistente nell'aver mal organizzato l'attività lavorativa del personale.

3. È noto che le categorie di danno alla persona con cui l'interprete si trova a confrontarsi nel mobbing sono quelle tradizionali del danno biologico, del danno morale, del danno esistenziale e di quello patrimoniale.

Ciò non può non valere anche per il risarcimento del danno che subisce il lavoratore vittima di *burn-out* a seguito di cattivo funzionamento dell'organizzazione dell'ambiente di lavoro in cui opera.

Tra il 2003 ed il 2007 importanti interventi della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale hanno dato una lettura "costituzionalizzata" dell'art. 2059 c.c. e del risarcimento del danno non patrimoniale, alla luce della quale la ravvisabilità di una fattispecie di reato non costituisce più requisito imprescindibile per il risarcimento dei danni non patrimoniali, dovendosi invece ravvisare la violazione di un diritto costituzionalmente tutelato, condizione ampiamente soddisfatta nei casi di mobbing ogni volta che sia ravvisata una lesione del diritto alla salute, della personalità, della integrità morale del lavoratore sottoposto a condotte mobbizzanti (Cass. 31 maggio 2003, n. 8827, in *GD*, 2004, n. 7, 63 ss.; Cass. 31 maggio 2003, n. 8828, in *GD*, 2004, n. 18, 53 ss.; Cass. 19 agosto 2003, n. 12124, in *FI*, 2004, I, 434, con nota di M. COSTANZA, *Ancora sul danno esistenziale*; C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *RCDL*, 2003, 910 ss., con nota di A. GUARISO, G. PAGANUZZI, *La "svolta" sul danno non patrimoniale alla prova del diritto del lavoro*; Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *LG*, 2006, 661 ss., con nota di C. SORGI, *Una lettura costituzionalmente disorientata del danno non patrimoniale*; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in *GD*, 2006, n. 30, 41 ss.; Cass. 10 gennaio 2007, n. 238, in *D&R*, 2007, n. 5, 470 ss.).

Oggi, il danno non patrimoniale risarcibile comprende il danno biologico, ovvero il danno da lesione all'integrità psicofisica suscettibile di valutazione/accertamento medico (connesso alla lesione del bene salute, art. 32 Cost.), il danno morale, corrispondente alle sofferenze, ai patemi d'animo e, in generale, tutti i pregiudizi derivanti dalla lesione dell'integrità morale (bene protetto in primis dall'art. 2 Cost.), il danno non patrimoniale, tra cui il danno esistenziale, derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale (sulla risarcibilità del danno non patrimoniale ci si limita a segnalare, senza poter sviluppare in questa sede l'ampia tematica, la recente sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008, in *MGI*, 2009, n. 1-2, 49 ss., con nota di A. VALLEBONA, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, e di F. BIANCHI D'URSO, G. CINQUE, *Le sezioni unite si pronunciano sul danno (in)esistenziale*).

Nella maggior parte dei casi di *burn-out*, così come di mobbing, si producono conseguenze negative sulla persona della vittima, che presenta disturbi psichici ormai sufficientemente tipizzati: stress, ansia, depressione, frustrazione, fobie, attacchi di panico, crollo dell'autostima, disturbi del sonno, che spesso si accompagnano ad aritmie, bulimia, perdita di interesse sessuale, consumo di alcolici e droghe.

Dunque, il danno psichico è un tipico pregiudizio subito dalla vittima del *burn-out* e del mobbing.

Viene ovviamente in rilievo soprattutto il danno biologico nella sua accezione di danno psichico. Perché questo venga risarcito occorre fornire la prova di una alterazione patologica del precedente equilibrio psichico, e cioè una vera e propria malattia della psiche, come si ricava dalla definizione legislativa di danno biologico contenuta all'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38: il danno psichico deve cioè risultare per lo meno suscettibile di "valutazione medico legale" (se non di un vero e proprio "accertamento medico

legale” ai sensi degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni).

Ne deriva che l’alterazione del generico benessere psicofisico, la serenità personale e mentale del lavoratore affetto da *burn-out* o mobbizzato sono pregiudizi che, pur riconducibili al concetto di danno alla salute inteso in senso lato, rimangono esclusi dal novero – più ristretto – del danno biologico di natura psichica.

A tal fine suppliscono le categorie del danno morale e del danno esistenziale. Circa il danno morale soggettivo, la giurisprudenza – intervenuta nei casi di mobbing – ha individuato nel perturbamento d’animo il pregiudizio che lo sostanzia e ritenuto la prova di tale pregiudizio desumibile per presunzioni ed indizi dalle modalità che hanno contraddistinto l’azione mobbizzante.

Circa il danno esistenziale, anch’esso è stato utilizzato dalla giurisprudenza sul mobbing per coprire il risarcimento di quei pregiudizi di tipo esistenziale diversi dalle conseguenze tipiche delle lesioni dell’integrità psicofisica (per la riparazione delle quali domina il danno biologico): il danno all’identità professionale nel luogo di lavoro, il danno alla vita di relazione, il danno all’immagine, ed altri.

In conclusione, danno morale soggettivo e danno esistenziale coprono il risarcimento di tutte quelle conseguenze dannose che prescindono interamente dalla violazione della integrità psicofisica e riguardano la personalità e l’integrità morale del danneggiato (vedi ora sul punto Cass. 11 novembre 2008, n. 26972, cit.).

Deve ribadirsi che il fenomeno del *burn-out* può, al pari del mobbing, comunque essere prevenuto ed evitato, adottando le strategie sinteticamente descritte (vedi *supra*, § 1).

4. È nota la posizione che l’Inail ha assunto in materia di mobbing, anche a seguito del recente intervento della giurisprudenza amministrativa (TAR Lazio, sez. Roma, 4 luglio 2005, n. 5454, in *LG*, 2005, 1199, con commento di C. SORGI, *Il TAR, l’Inail, il mobbing*).

Data l’evidente analogia tra mobbing e *burn-out* circa la natura del fenomeno e delle conseguenze dannose a carico del lavoratore, risulta evidente che tale posizione può essere considerata la medesima anche per il *burn-out*, che, al pari del mobbing, non solo non è malattia tabellata, e che anzi rispetto al mobbing è ancora allo stadio di mera definizione in ambito psicologico.

L’Inail ha sempre indicato il fenomeno mobbing sotto la dizione di patologie psichiche e psicosomatiche provocate da stress e disagio lavorativo. Sin dal 1999, a seguito dei primi casi denunciati e delle prime pronunce giurisprudenziali, l’Inail aveva cominciato uno studio del fenomeno istituendo un comitato scientifico *ad hoc* cui fu affidato il compito di approfondire tutta la complessa tematica e il risultato del lavoro di tali esperti ha formato l’ossatura della circ. 17 dicembre 2003, n. 71 (cfr. AA.VV., *Accertare il mobbing*, Giuffrè, Milano, 2007).

Tale documento afferma che di tali patologie psicosomatiche l’Inail può occuparsi solo ove ne venga accertata la causa lavorativa. L’Inail, a titolo esemplificativo, elenca i più ricorrenti casi di “costrittività organizzativa” quale fonte di danno sul lavoro, che, di fatto, costituiscono tipici “tasselli” di strategie e condotte di mobbing.

Ed anche l’Inail ha sottolineato che tali situazioni di incongruenza organizzativa devono essere durature ed oggettive.

Tale circolare ha statuito che «come per tutte le altre malattie non tabellate l’assicurato ha l’obbligo di produrre la documentazione idonea a supportare la propria richiesta per quanto concerne sia il rischio sia la malattia. L’Istituto da parte sua ha il potere-dovere di verificare l’esistenza dei presupposti dell’asserito diritto, anche mediante l’impegno partecipativo nella ricostruzione degli elementi probatori del nesso eziologico».

La circolare è stata annullata dal TAR Lazio su ricorso di associazioni ed imprese datoriali, che hanno lamentato, tra l’altro, che l’Inail nella sostanza abbia elevato il mobbing a malattia professionale tabellata con una circolare, uno strumento del tutto interno, così

facendo venire meno l'elemento che oggi vale a distinguere le malattie tabellate da quelle non tabellate e cioè l'assolvimento dell'onere della prova a totale carico del lavoratore. Con recente sentenza n. 1576 del 26 marzo 2009, il Consiglio di Stato ha rigettato il ricorso dell'Inail avverso la sentenza del TAR. Secondo il Consiglio di Stato, le patologie oggetto della circ. n. 71 non possono essere considerate malattie professionali, in quanto – dopo l'introduzione del sistema misto da parte della sentenza n. 179/1988 della Corte Costituzionale (che rende indennizzabili, da parte dell'Inail, oltre alle malattie professionali tabellate, anche tutte quelle causate dall'attività lavorativa del soggetto colpito dalla malattia stessa) – possono essere riconosciute come “non tabellate” solo quelle patologie causate dal rischio specifico delle lavorazioni indicate negli artt. 1 e 4 del d.lgs. 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali).

Tuttavia, il giudice ordinario è tenuto a rispettare i principi di diritto enunciati dalla Corte di Cassazione che – in materia di occasioni di lavoro e nesso di causalità – ha manifestato nel corso degli anni un orientamento decisamente diverso rispetto a quanto stabilito adesso dal Consiglio di Stato. La Suprema Corte, infatti, ha progressivamente allargato il concetto di “occasione di lavoro e nesso di causalità”, riconducendo questo rapporto non solo ai rischi specifici di alcune lavorazioni, ma a tutti i rischi del lavoro considerato in sé e per sé.

Il dibattito è nuovamente aperto. Con riferimento al *burn-out*, ci si limita ad osservare che in base alla circolare annullata, come prima ricordato, l'onere probatorio è tutto a carico del lavoratore che denuncia la patologia da cui sarebbe affetto. Tutto ciò rende evidente che il *burn-out*, in quanto malattia non tabellata, deve essere provato nel suo verificarsi e nei danni da esso cagionati da parte del lavoratore.

Forse, non può sottacersi che, a differenza dei casi di mobbing, in cui la difficoltà consiste nel provare l'esistenza di una vera e propria strategia persecutoria nei confronti della vittima, nel caso del *burn-out* sarà sufficiente fornire la prova della malattia e del nesso di causa tra essa e l'organizzazione lavorativa, indipendentemente dal dover provare finalità o strategie persecutorie.

5. Abbiamo visto che l'operatore sanitario, scolastico, carcerario (ed altro) afflitto da tale sindrome sente di non essere più in grado di dare qualcosa di sé agli altri e risponde riducendo al minimo indispensabile il proprio impegno lavorativo, il contatto con l'ambiente di lavoro.

Di conseguenza, adotta diversi meccanismi di “difesa” (dall'atteggiamento “burocratico”, pignolo alla “fuga” dal lavoro con vari espedienti) che fanno del *burn-out*, oltre che una sofferenza per l'operatore, un vero e proprio danno offerto all'utenza ed alla qualità del lavoro oltre che alle aziende ed alla pubblica amministrazione stessa in termini di costi.

Le considerazioni sono le stesse sviluppate con riferimento al mobbing. In particolare, anche per il *burn-out* la linea di azione dovrebbe essere la medesima: è necessario apprestare tutta una serie di misure preventive per eludere l'instaurarsi e l'aggravarsi della sindrome, ad esempio, potenziando la varietà ed autonomia del lavoro, flessibilizzando le strutture organizzative tanto da adattarle all'individuo e non viceversa, consolidando il lavoro d'equipe e la condivisione tra gli operatori (così anche E. GAI, *op. cit.*).

Peraltro, è forse sottovalutato il problema della bassa retribuzione per chi opera nelle *helping professions*, almeno dal punto di vista della autostima di questi particolari operatori. Pare a chi scrive che il problema della prevenzione possa essere risolto con campagne di propaganda pubbliche e con formazione interna alle aziende ed alle pubbliche amministrazioni.

Certo, una legge ad hoc potrebbe essere utile sotto il profilo prevenzionistico, ma, forse, non indispensabile.

Sotto il profilo risarcitorio e della responsabilità civile, il nostro ordinamento giuridico ha


già gli strumenti necessari a tal fine (*in primis* artt. 2087 e 2043 c.c.). Certo, come per il mobbing, anche il *burn-out* dovrebbe, attraverso l'intervento del legislatore, essere inserito tra le malattie professionali con conseguente tutela Inail.

Sotto quest'ultimo aspetto un buon punto di partenza può, senza dubbio, essere considerata la proposta di disciplina in chiave prevenzionistica del fenomeno contenuta nel d.d.l. 30 marzo 2000, n. 4562, *Norme a tutela dei mestieri e delle professioni di aiuto alla persona dalla sindrome da burnout*, ad iniziativa dei senatori De Luca ed altri, e ribadita, con marginali modificazioni, nel d.d.l. 8 maggio 2008, n. 443, recante il medesimo titolo, ad iniziativa del senatore Costa, al cui testo si rimanda.

Luciano De Marco

Ricercatore in diritto del lavoro – Università degli Studi di Genova

10. Servizi ispettivi ed attività di vigilanza

10.1. MINISTERO DEL LAVORO, DELLA SALUTE E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2009*, febbraio 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 7).

La strategia ministeriale per i servizi ispettivi e l'attività di vigilanza

Sommario: **1.** Le linee guida del Documento di programmazione dell'attività di vigilanza 2009 nell'ambito del processo di riforma dei servizi ispettivi. – **2.** Obiettivi operativi e metodo nella pianificazione. – **3.** I fenomeni c.d. sensibili. – **4.** Il monitoraggio e la valutazione dei risultati. – **5.** Le criticità. – **6.** Differenze con il Documento di programmazione strategica per il 2008.

1. Il Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2009, emanato dalla Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali lo scorso 3 febbraio (in epigrafe), intende innovare il fine ed il metodo della pianificazione della vigilanza, proseguendo nell'obiettivo di rendere effettivo il processo di riforma dei servizi ispettivi avviato dal d.lgs. n. 124/2004, in attuazione della delega dell'art. 8 della l. n. 30/2003. La linea operativa tracciata dal Documento, come esplicitamente dichiarato in apertura è in sintonia con la visione che ha ispirato la direttiva del Ministro Sacconi del 18 settembre 2008 (per una sintesi commentata si veda P. RAUSEI, *Nuove regole per servizi ispettivi ed attività di vigilanza*, in *DPL*, 2008, n. 39, inserto), e suggerisce una lettura congiunta dei due atti per una migliore comprensione dell'attuale indirizzo ministeriale.

L'efficacia e l'efficienza dell'attività di vigilanza devono risultare dal *governo attivo del territorio* da parte dei servizi ispettivi periferici, il cui ruolo si configura come *quello di arbitro della legalità a 360°*, a garanzia imparziale del buon funzionamento del mercato del lavoro nel suo complesso e quindi a *tutela sostanziale* sia delle condizioni dei lavoratori sia della sana concorrenza tra le imprese sia del corretto utilizzo delle risorse pubbliche nella fruizione dei benefici fiscali o degli ammortizzatori sociali.

L'esigenza di dare nuovo impulso all'attività di vigilanza, con *l'abbandono di ogni impostazione meramente burocratica* ritenuta di *intralcio all'efficienza del sistema produttivo*, viene considerata ancor più necessaria nell'attuale contesto di crisi economica in cui versa l'Italia: i controlli, pertanto, devono concentrarsi su quelle aziende che, *eludendo su larga scala* la normativa vigente, turbano in modo incisivo la concorrenza ed il mercato del lavoro. La *vigilanza selettiva* deve differenziare questi trasgressori, talvolta totalmen-

te sconosciuti alla pubblica amministrazione, dalle aziende sane che possano trovarsi *occasionalmente* inadempienti rispetto ad obblighi di natura puramente formale.

L'azione degli organi di vigilanza deve svolgersi in un clima collaborativo, instaurando con i propri interlocutori rapporti costruttivi e non di contrapposizione. Gli ispettori devono informarsi ad una *logica di servizio all'utenza* e non di mero esercizio del potere, senza peraltro perdere l'obiettività metodologica fondata su autonomia di giudizio e rigorosa imparzialità. La disponibilità al dialogo e all'ascolto, la *logica proattiva* orientata alla risoluzione dei problemi emersi non devono, in alcun caso, ingenerare nell'interlocutore l'impressione di benevolenza e accondiscendenza, vanificando il fine dell'azione ispettiva, come ribadito dalla direttiva sull'attività d'ispezione emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento della funzione pubblica) il 2 luglio 2002, opportunamente richiamata nel Documento di programmazione in esame.

Le modalità di conduzione dell'accertamento assumono così un rilievo determinante e richiedono, da parte dell'ispettore, non solo la rigorosa osservanza del Codice di comportamento ad uso degli ispettori del lavoro e del Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (d.P.C.M. 28 novembre 2000), ma anche l'aderente applicazione degli indirizzi amministrativi centrali, nonché la capacità di interpretare in modo attivo il proprio ruolo e di tradurlo nella quotidiana operatività. Per rendere effettiva la modernizzazione degli organi di vigilanza, dovranno essere predisposti, per il personale ispettivo, dei percorsi formativi a cadenza trimestrale mirati soprattutto ad una maggiore conoscenza del mondo imprenditoriale e dei modelli organizzativi aziendali. I percorsi devono essere finalizzati ad accrescere le potenzialità di intervento competente, non solo in sede di accertamento ispettivo, ma anche nell'ambito delle attività di prevenzione, consulenza ed informazione previste all'art. 8, comma 2, lett. a, della l. n. 30/2003 e dai conseguenti artt. 1 ed 8 del d.lgs. n. 124/2004.

Il governo attivo del territorio da parte dei servizi ispettivi presuppone il riconoscimento condiviso del loro ruolo da parte dei soggetti ivi operanti. L'autorevolezza degli organi di vigilanza è strettamente legata alla credibilità conquistata sul campo. Un tale clima di fiducia è generato da modalità operative di accertamento informate ai principi di imparzialità, uniformità, trasparenza e rispetto della riservatezza dei soggetti coinvolti (a tal proposito già la circolare del Ministro Cocco Ortu del 26 novembre 1906). L'osservanza di tali principi, fondamentali per l'azione di ogni amministrazione (art. 97, comma 1, Cost. ed art. 1, l. n. 241/1991), assume maggior peso nella delicata attività di vigilanza in materia di lavoro (sulle funzioni ed i poteri dei servizi ispettivi si veda anche la convenzione ILO n. 81/1947; per un approfondimento monografico sulle procedure ispettive, si veda P. RAUSEI, *Codice delle Ispezioni*, Ipsoa, Milano, 2007, vol. II, parte II)

2. Il Documento di programmazione, dopo aver definito in maniera ampia l'attività dei servizi ispettivi, non più finalizzata esclusivamente alla rilevazione dell'illecito e all'irrogazione della relativa sanzione, ma piuttosto alla tutela sostanziale del mercato del lavoro e dei soggetti ivi operanti, ne stabilisce coerentemente gli obiettivi operativi. L'attività di si indirizza verso risultati statistici basati prevalentemente su parametri qualitativi piuttosto che quantitativi: nel 2009, infatti, dovranno essere ispezionate complessivamente 137.788 aziende, un numero di interventi previsto dallo stesso Documento come inferiore del 17% rispetto a quello stabilito per il 2008. Viene richiesto, altresì, un impiego oculato delle risorse disponibili, di fatto escludendo dal controllo ispettivo quei rapporti contrattuali già oggetto di verifica in sede di certificazione ai sensi del Titolo VIII, artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276/2003, da altri soggetti istituzionali autorizzati.

La tutela reale del lavoratore può e deve trovare una più tempestiva soddisfazione tramite una generalizzata adozione degli istituti conciliativi, di cui si sottolineano il non minor pregio rispetto all'attività di controllo in senso stretto, anche perché tali istituti si caratterizzano per l'impiego contenuto di risorse e per la celerità delle procedure previste. In

particolare, l'esperimento del tentativo di conciliazione monocratica, ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 124/2004, diviene lo strumento prioritario per evadere le richieste d'intervento rilasciate dai lavoratori presso gli uffici periferici, salvo che queste non presentino una rilevanza di natura penale o comunque di particolare gravità. Tale scelta punta ad accrescere l'efficacia dell'attività di accertamento, che, una volta sollevata dal carico degli interventi conseguenti a denuncia, si può concentrare sulla *vigilanza d'iniziativa programmata*, la quale garantisce un maggiore effetto sorpresa dell'accesso ispettivo. Viene, inoltre, ribadita la necessità di rendere effettivamente operanti le funzioni di prevenzione, consulenza ed informazione, con l'esatta determinazione quantitativa del numero di iniziative da realizzare in questo ambito e con la previsione di un monitoraggio a posteriori, con cadenza trimestrale, sulla loro concreta realizzazione. Coerentemente a tale valorizzazione delle attività di prevenzione degli illeciti, la Direzione generale per l'attività ispettiva ha ultimamente rilanciato l'istituto dell'interpello previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 124/2004, fornendo un maggior numero di chiarimenti sull'applicazione della normativa vigente.

Il metodo operativo adottato per rendere più incisiva la programmazione, ribaltandone la prospettiva centralistica, si è basato su una *mappatura* definita dalle Direzioni regionali del lavoro, che hanno individuato, sul proprio territorio di competenza, i *fenomeni "sensibili"* meritevoli di un controllo più stringente. Sulla base di tali proposte, è stata definita una pianificazione nazionale, che ripartisce per regione il numero di aziende da ispezionare e stabilisce un numero di interventi complessivi per tipologia di fenomeno "sensibile". La definizione locale delle irregolarità da contrastare può in tal modo avvantaggiarsi delle segnalazioni delle associazioni sindacali e datoriali, delle indicazioni dei professionisti e delle analisi dei centri di ricerca, come pure di ogni altro soggetto istituzionale conoscitore della realtà territoriale.

3. Il Documento di programmazione rinnova l'impegno a contrastare i casi di irregolarità sostanziale già individuati nella direttiva del Ministro Sacconi del 18 settembre 2008, nella quale viene di volta in volta, in base al fenomeno da contrastare e al suo impatto socio-economico, richiesta una differente intensità di controllo da parte degli ispettori.

Anche per quest'anno la *priorità* è assegnata alla lotta al lavoro sommerso, la cui portata presenta una gravità tale da giustificare anche una programmazione esclusiva, mirata unicamente al suo contrasto, tramite un numero elevato di accessi ispettivi brevi che garantiscano la percezione della presenza sul territorio del controllo ispettivo e conseguentemente ne consolidino l'effetto deterrente.

A sostegno della celerità degli interventi ispettivi è intervenuta, di recente, anche una nota del Ministero del lavoro in materia di semplificazione delle procedure sanzionatorie e che prevede l'introduzione della nuova modulistica (vedi nota Min. lav. 9 gennaio 2009). Questa concentra in un unico verbale di ispezione tutte le possibili fasi procedurali con le relative conseguenze sanzionatorie, senza che siano necessari ulteriori atti di contestazione degli illeciti.

Con particolare riguardo al contrasto al lavoro sommerso, viene anche evidenziata la necessità di un efficace coordinamento territoriale con gli altri organi deputati al controllo, come pure si avverte l'esigenza di raccogliere il consenso delle parti sociali e con esse condividere le strategie di intervento, valorizzando in questa prospettiva i Comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso (CLES, d.l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito con modifiche in l. n. 266/2002; per una disciplina di altre funzioni attribuite ai CLES, si vedano gli artt. 4, comma 5, e 5 del d.lgs. n. 124/2004), di cui si auspica il miglioramento dell'operatività.

Relativamente alle altre tipologie di irregolarità, in applicazione della succitata direttiva, il personale ispettivo deve vigilare con *attenzione* sull'osservanza delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in particolare nel settore dell'edilizia,

sull'impiego irregolare di manodopera extracomunitaria, sul corretto utilizzo dei contratti di lavoro flessibile e sulla sussistenza dei criteri di genuinità negli appalti nel rispetto dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. A tal proposito, come già riferito, si deve concentrare l'attività di vigilanza *esclusivamente* sui contratti non certificati, in quanto non sottoposti ad un vaglio istituzionale preventivo. *Severità assoluta* è, invece, richiesta nei controlli relativi alla fruizione dei benefici fiscali da parte delle aziende e dei sussidi da parte dei lavoratori: deve essere accertato, anche in sede di verifica dei requisiti previsti dal regime autorizzatorio delle Agenzie per il lavoro, che queste abbiano comunicato agli enti competenti il rifiuto del lavoratore percettore di sussidio ad un'offerta di lavoro congrua o alla partecipazione ad un piano formativo, qualora sussistano le condizioni legali per la decadenza dal beneficio (art. 13, d.lgs. n. 276/2003; art. 1-*quinquies* del d.l. n. 249/2004, come convertito dalla l. n. 291/2004; circ. Min. lav. 9 aprile 2008, n. 13, e circ. Min. lav., 22 febbraio 2006, n. 5). In questo ambito, di recente il Ministero ha disposto, con la direttiva del 10 febbraio 2009, che sia consentito l'accesso telematico da parte della propria Direzione ammortizzatori sociali e incentivo all'occupazione alla banca dati dell'Inps sui lavoratori percettori di trattamenti assistenziali di sostegno al reddito, il cui numero sta aumentando considerevolmente a causa dell'attuale crisi economica. Nonostante il contesto problematico, il Documento di programmazione ricorda comunque che *non va trascurata* la vigilanza sugli adempimenti previsti dalla legge a tutela dei soggetti deboli (disabili, donne, minori) e, nel contempo, prevede l'istituzione, presso ogni Direzione provinciale del lavoro, di una *linea operativa* dedicata. Infine, è raccomandata *prudenza* nelle verifiche sull'organizzazione dell'orario di lavoro, in particolare nell'ambito dei c.d. servizi pubblici essenziali.

4. La verifica dei risultati raggiunti dagli uffici periferici e la coerente corrispondenza agli obiettivi stabiliti viene realizzata nell'ambito di due progetti: il *progetto qualità* ed il *progetto uniformità e trasparenza*. Il primo si avvale nel monitoraggio dell'attività di vigilanza, di un sistema incentivante basato sull'assegnazione di punteggi *premiali* o *penalizzanti*, che indirizzino l'attività ispettiva verso gli obiettivi stabiliti come prioritari nella pianificazione nazionale. A tal fine sono individuati tre parametri di valutazione: l'*indicatore di presenza* ovvero il rapporto tra numero di accessi ispettivi programmati e quelli realizzati; l'*indicatore di qualità*, corrispondente all'ammontare dei punti conseguiti nell'attività svolta dagli uffici (tale attività è generata non solo dagli accessi ispettivi ma anche dall'espletamento delle procedure conciliative, a cui vengono peraltro assegnati i punteggi più elevati); l'*indicatore di redditività* ovvero il rapporto tra gli importi sanzionatori riscossi ed il numero di aziende ispezionate. Tali tre indici, ponderati in misura diversa (i rispettivi moltiplicatori sono 35, 45, 20), concorrono alla definizione di uno strumento valutativo di sintesi, c.d. indicatore di efficacia complessiva dell'azione ispettiva.

Il progetto uniformità e trasparenza, invece, intende monitorare la rigorosa applicazione delle indicazioni amministrative nella conduzione dell'accertamento, rilevando la percezione dell'attività del personale ispettivo da parte dell'utenza. A tal fine sono considerati come *interlocutori qualificati* le organizzazioni sindacali, le associazioni datoriali, i singoli consulenti del lavoro e i professionisti del settore. A questo scopo si introduce una procedura di segnalazione, da parte dell'utenza, di quelle attività del personale ispettivo che non si dovessero conformare ai principi di uniformità e trasparenza. L'istanza è sottoposta, *in primis*, ad una valutazione del Direttore della DPL e in una seconda fase, qualora la questione non si risolva a livello periferico, è previsto il ricorso alla Direzione generale per l'attività ispettiva, che va in ogni caso informata sin dall'inizio. A fine aprile, il Ministero ha anche predisposto ed inviato alle proprie sedi territoriali, nonché agli organi di vertice degli interlocutori qualificati come sopra individuati, la modulistica da adottare per segnalare i comportamenti difforni del personale ispettivo, distinguendo l'ipotesi di

violazione del principio di uniformità d'azione da quella per violazione dei profili deontologici. In tale occasione, il Ministero fornisce alcuni dettagli sulla procedura di segnalazione, di cui ribadisce il fine esclusivo di monitoraggio e richiede agli uffici periferici la redazione di un report semestrale, da inviare alla Direzione generale per l'attività ispettiva, sui casi che dovessero presentarsi.

Di recente introduzione, in base ad un accordo sindacale siglato lo scorso 18 febbraio sulle politiche di incentivazione della produttività dei dipendenti del Ministero (circ. Min. lav. 9 marzo 2009, n. 6), sono anche i *piani di lavoro individuali*. Questi possono rappresentare un ulteriore ed efficace strumento di controllo sull'attività svolta dal singolo ispettore, a cui vengono con chiarezza quantificati ed assegnati i risultati da raggiungere annualmente per tipologia di attività. Di conseguenza, la misura della quota della retribuzione legata alla produttività sarà variabile in base alla valutazione finale sia della *produttività collettiva* dell'ufficio territoriale di appartenenza sia di quella individuale, garantendo in tal modo un meccanismo di interdipendenza e di reciproco controllo dei risultati tra i dipendenti.

5. Il sistema di monitoraggio e valutazione, così strutturato, presenta alcune discordanze rispetto alla strategia esplicitata nello stesso Documento in esame.

Viene, infatti, più volte ribadito che la programmazione punta sulla qualità dell'azione ispettiva, sulla tutela sostanziale del mercato e sul contrasto al lavoro sommerso, con particolare riguardo agli evasori totali, spesso non iscritti agli enti previdenziali ed assicurativi, come pure sconosciuti al fisco. Questi obiettivi possono, però, confliggere con l'indicatore di redditività, il quale valuta e orienta l'attività degli uffici periferici in funzione degli importi sanzionatori riscossi e non su quelli contestati. Bisogna, infatti, tener presente che gli importi contestati agli *elusori su larga scala* si presentano, per la numerosità e la gravità delle infrazioni accertate, necessariamente elevati e di improbabile riscossione, risultando più spesso oggetto di impugnazione e, in taluni casi, addirittura ignorati da trasgressori irreperibili o da società che cessano formalmente l'attività, per risorgere con una nuova denominazione ed una apparente diversa titolarità. Paradossalmente potrebbe risultare più agevole maturare un buon indice di redditività cumulando un gran numero di sanzioni di importo ragionevolmente contenuto, come quelle previste in caso di violazioni meramente formali di *trasgressori occasionali*. In definitiva, l'indicatore di redditività parametrato sul riscosso può sortire effetti diametralmente opposti a quelli dichiarati dal Ministero.

Lo stesso sistema premiante, inoltre, attribuisce punteggi che sembrano non tener conto della complessa attività istruttoria che generalmente caratterizza l'accertamento dei fenomeni di interposizione illecita (2,5 punti), della non sussistenza dei criteri di genuinità nell'appalto (2,5 punti), dell'errata qualificazione di un rapporto di lavoro (2 punti): tutte attività a tutela decisamente sostanziale del mercato del lavoro da supportare con un robusto impianto probatorio e con una più accurata redazione del verbale di contestazione.

Tale sistema incentivante, infine, a fronte dell'assegnazione di 5 punti all'esito positivo di una conciliazione monocratica preventiva, esperita presso gli uffici provinciali, non riconosce il disagio operativo sul campo e la considerevole assunzione di responsabilità dell'ispettore, che, a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, adotta un provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale (3,5 punti) ai sensi dell'art. 5 della l. n. 123/2007.

Per quanto concerne, invece, l'effettività dei principi di imparzialità ed uniformità dell'attività di vigilanza due elementi sono interessanti da rilevare. Tale attività, infatti, da un lato, si espone maggiormente al rischio interpretativo del singolo ispettore, a cui viene chiesto di differenziare il *trasgressore occasionale* dall'*elusore su larga scala*, come pure l'illecito sostanziale da quello formale; dall'altro, a garanzia di tali principi si introduce un meccanismo di controllo dello stesso operato del personale ispettivo, ma affi-

dato all'utenza, la quale, sebbene qualificata (associazioni datoriali, organizzazioni sindacali, consulenti del lavoro, professionisti del settore), risulta molto prossima, anche formalmente per espresso mandato, agli interessi del soggetto ispezionato o del lavoratore denunciante. L'applicazione di una strategia che contempla anche la valutazione di una sorta di *customer satisfaction* ad un'attività delicata come quella di vigilanza, a fronte della funzione di controllo, trova riscontro, nella visione complessiva espressa dal documento, nella individuazione dell'intera collettività presente sul territorio di competenza degli uffici periferici come destinataria della tutela ultima espressa dai servizi ispettivi.

Nel Documento, infine, non è presente alcun riferimento specifico al miglioramento delle risorse, strumentali e finanziarie, in dotazione al personale ispettivo, neppure al fine di potenziare l'applicazione degli istituti conciliativi: a tale scopo, ad esempio, si sarebbero potuti introdurre strumenti informatici di ausilio sia nella determinazione tecnica dell'importo esatto del credito patrimoniale, da indicare nel verbale di diffida accertativa, sia nella formulazione di una congrua proposta in occasione di un tentativo di conciliazione monocratica (artt. 12 ed 11 del d.lgs. n. 124/2004).

6. Il Documento di programmazione dell'attività di vigilanza per il 2009 si differenzia dal Documento di programmazione strategica dell'attività di vigilanza per l'anno 2008, definito nella precedente legislatura, sia per la strategia adottata sia per gli obiettivi operativi stabiliti. Nella pianificazione per l'anno passato, il Ministero si proponeva di contribuire, in armonia con la programmazione finanziaria, ad un *equo* sviluppo economico e sociale dell'Italia, contrastando l'*emergenza sociale* dell'evasione o elusione contributiva e promuovendo la c.d. *buona occupazione*. Si valorizzava la funzione repressiva e deterrente, valutando positivamente l'inasprimento generalizzato delle sanzioni, realizzato in precedenza soprattutto con la massimizzazione per il lavoro nero (art. 36-bis, l. n. 248/2006), la sospensione dell'attività imprenditoriale prima richiamata e la quintuplicazione degli importi in caso di violazione degli illeciti previsti prima del 1999, inclusi quelli di natura formale (art. 1, commi 1177 e 1178, l. n. 296/2006, legge finanziaria per il 2007). In coerenza con questo orientamento il precedente Documento di programmazione puntava anche su un miglioramento delle risorse finanziarie e strumentali a disposizione dei singoli ispettori, per favorirne la motivazione, la gratificazione e la crescita professionale. Gli obiettivi, stabiliti centralmente e fortemente sollecitati sul piano quantitativo, venivano distribuiti per numero di interventi soprattutto per settore, talvolta anche con l'individuazione di specifiche tipologie di aziende su cui concentrare i controlli di una campagna. Il Documento di programmazione per il 2008, trascurando gli istituti conciliativi e le funzioni preventive, promozionali e consultive dei servizi ispettivi, di fatto non determinava una completa attuazione della riforma dei servizi ispettivi voluta dal legislatore del d.lgs. n. 124/2004, la quale diviene, al contrario, obiettivo prioritario dell'attuale pianificazione per il 2009. Questo risulta essere l'elemento di maggiore discontinuità tra i due documenti di programmazione della attività di vigilanza.

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

Appalto e subappalto

- *responsabilità solidale dell'appaltatore (1.1.)*

Competitività e sviluppo

- *crisi economica: le risposte europee (2.1. – 2.4.)*
- *crisi economica: il contributo della prospettiva di genere (2.5.)*

Mercato del lavoro

- *servizi per l'impiego (3.1.)*

Pari opportunità

- *lavoratori immigrati: prospettive di crescita professionale (4.1.)*


Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

- *impatto dei modelli organizzativi (5.1.)*

Somministrazione di lavoro


- *quadro comparato (6.1. – 6.2.)*

*Nota per la lettura dell'Osservatorio di
giurisprudenza e politiche comunitarie del lavoro*

I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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. Appalto e subappalto

1.1. PARLAMENTO EUROPEO, *Responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione*, Risoluzione del Parlamento europeo, 26 marzo 2009, P6_TA-PROV(2009)0190 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

Orientamenti in tema di responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea: il regime della responsabilità solidale nei subappalti

Sommario: **1.** Le iniziative dell'Unione Europea in materia di responsabilità sociale. – **2.** Il problema della responsabilità delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione: le soluzioni accolte da alcuni Paesi europei e le valutazioni del Parlamento europeo. – **3.** Indicazioni bibliografiche essenziali.

1. La nozione di responsabilità sociale d'impresa (RSI), frutto della elaborazione degli economisti, è stata utilizzata, oltre che nel quadro dei singoli ordinamenti giuridici nazionali, dalle principali organizzazioni internazionali (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, Organizzazione internazionale del lavoro, Organizzazione delle Nazioni Unite) per introdurre elementi di "moralizzazione" e responsabilizzazione della attività di impresa con riferimento all'impatto sui diritti umani e l'ambiente. Anche l'Unione europea ha mostrato un interesse crescente verso questi temi, come dimostrano una serie di atti non vincolanti, di *soft law*, adottati di recente dalla Commissione europea e dal Parlamento europeo (in dottrina cfr. A. GIGANTE, *La politica delle istituzioni comunitarie in materia di responsabilità sociale d'impresa: voluntary o mandatory approach?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 3, 1991-1995, e F. SCIAUDONE, *Iniziative comunitarie in tema di responsabilità sociale delle imprese: prime riflessioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, n. 3, 1419-1430; sul tema del *soft law* si veda S.H. NASSER, *Sources and Norms of International Law: A Study on Soft Law*, Galda & Wilch, Berlin, 2008).

Come noto, è con il Libro Verde *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese* del 2001 (COM(2001)366 def., 18 luglio 2001) che la Commissione europea ha definito il fenomeno della RSI in termini di «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate» (§ 20), sottolineandone così la natura volontaria. A distanza di un anno, sempre la Commissione ha adottato anche la comunicazione *Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile* (COM(2002)347 def., 2 luglio 2002), in cui ha esposto per la prima volta la strategia europea di promozione della RSI, consistente a) nell'incoraggiare la responsabilità sociale tra le piccole e medie imprese, b) nello stimolare la convergenza e la trasparenza delle iniziative volontarie adottate dalle imprese, c) nell'integrare la RSI nelle politiche della UE, in particolare in quelle commerciali; d) nell'organizzare un *European Multi-Stakeholder Forum on CSR* aperto alla partecipazione dei rappresentanti delle imprese, dei sindacati e della società civile. Più recentemente, in una comunicazione del marzo 2006 (comunicazione della Commissione *Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM(2006)136 def., 22 marzo 2006). Da ultimo, il 13 marzo 2007, la risoluzione del Parlamento europeo sulla responsabilità sociale delle imprese (in *GUUE*, 13 dicembre 2007, C 301 E) ha confermato la definizione di RSI contenuta nel Libro Verde e ha così mostrato di aderire all'approccio volontario alla RSI sostenuto dalla Commissione.

2. Il legame tra responsabilità sociale e tutela del lavoro nel subappalto viene espresso per la prima volta nella comunicazione della Commissione del 2002, sopra richiamata.

Uno dei principali strumenti di natura volontaria volto a realizzare gli obiettivi della RSI è rappresentato dai codici di condotta privati: i codici autonomamente adottati dalle singole imprese che contengono principi non vincolanti volti a disciplinarne la condotta sul mercato.

Meritano una particolare attenzione le considerazioni svolte dalla Commissione europea nella comunicazione del 2002 sulla funzione e sull'efficacia di tali strumenti. La funzione dei codici è di integrare, non sostituire, quanto già imposto dalle normative sociali e ambientali vigenti a livello nazionale, europeo e internazionale – che fissano standard minimi che si impongono a tutti –, promuovendo standard più elevati soltanto fra i soggetti che vi aderiscono. La loro efficacia dipende invece in gran parte dalla previsione di meccanismi di monitoraggio diretti a verificare il rispetto dei principi contenuti nei codici stessi. I meccanismi di controllo relativi alla applicazione dei codici di condotta privati si distinguono in meccanismi di controllo diretto e meccanismi di controllo indiretto. Ai primi fanno capo le procedure di vigilanza condotte da organi interni all'impresa o da organi esterni alla stessa, quali organizzazioni non governative, sindacati, imprese terze specializzate nel campo della revisione delle scritture contabili aziendali. I meccanismi di controllo indiretto sono posti in essere dai consumatori attraverso campagne di boicottaggio di prodotti o servizi di imprese che non rispettano i propri codici etici, oppure dagli azionisti che, preoccupati dalla possibilità di un simile boicottaggio, si liberano dei titoli in loro possesso. Nell'ambito dei meccanismi di controllo diretto, gran parte delle imprese propendono per forme di monitoraggio interno, laddove, invece, l'attività di controllo dovrebbe essere riservata a soggetti terzi in grado di garantire l'indipendenza e la imparzialità di giudizio. È evidente che i controllori interni hanno legami molto forti con l'impresa, il che fa sorgere seri dubbi sulla obiettività degli stessi. Sempre a proposito dell'efficacia dei codici, è interessante sottolineare come la Commissione europea reputi di fondamentale importanza che le imprese committenti prestino particolare attenzione alla verifica del rispetto dei principi contenuti nei codici da parte delle imprese subappaltanti.

Dopo questo riferimento all'appalto, contenuto nella comunicazione del 2002, la prospettiva di analisi suggerita dalla Commissione trova conferma nella risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 (in epigrafe), riguardante specificamente il tema della responsabilità sociale delle imprese subappaltanti nelle catene di produzione, in cui il Parlamento europeo sottolinea la necessità di introdurre incentivi che inducano le imprese a compiere ogni ragionevole sforzo per eliminare le violazioni del diritto del lavoro da parte dei subappaltatori e invita la Commissione a definire uno strumento giuridico chiaro che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario.

Con il subappalto l'appaltatore affida ad un terzo (subappaltatore), in tutto o in parte, l'esecuzione del lavoro ad esso appaltato. Tale pratica, che evidentemente offre la possibilità di utilizzare forza lavoro specializzata in modo flessibile, ha conosciuto un vero e proprio *boom* nell'Unione europea negli ultimi decenni soprattutto nel settore delle costruzioni (e in misura minore, ma comunque rilevante, nei settori dell'edilizia, della industria delle pulizie, dei trasporti, del turismo e della cantieristica), come dimostra uno studio del 2008 condotto dalla *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* e richiamato dal Parlamento europeo nella risoluzione in commento (M. HOUWERZIJL, S. PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, in *Boll. Adapt*, 2008, n. 38; per un commento si veda P.F. ACQUAVIVA, *La responsabilità dell'impresa nei processi di subappalto*, in *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

Parallelamente alla crescente diffusione del subappalto, sono aumentati i dubbi riguardanti l'impatto di tale pratica sui diritti dei lavoratori e la possibilità per i subappaltatori

che agiscono in veste di datori di lavoro di sfuggire agli obblighi di natura fiscale e previdenziale, soprattutto nel caso delle catene di subappalto tipiche del settore edile. In effetti, come ha osservato lo stesso Parlamento europeo, nonostante il subappalto abbia consentito un indubbio aumento della capacità produttiva, è altrettanto innegabile che esso sta creando squilibri economici e sociali tra i lavoratori e, progressivamente, potrebbe scatenare una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro (lett. j).

Proprio l'attualità del tema rende di particolare interesse lo studio di Houwerzijl e Peters che analizza il regime di responsabilità in materia di subappalto nel settore europeo delle costruzioni, attraverso la valutazione delle legislazioni vigenti in otto Paesi: Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Olanda, Spagna e Italia (per quanto concerne la legislazione italiana si veda L. IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il D.L. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *LG*, 2008, n. 7, 659-673). Il quadro d'insieme che emerge da tale studio è estremamente eterogeneo e fortemente condizionato dalla diversa tradizione giuridica e dalla diversa cultura delle relazioni industriali che caratterizzano ciascun Paese.


Dall'analisi dei molteplici contesti normativi emergono, comunque, due differenti modelli: da un lato, una responsabilità congiunta e solidale (c.d. *joint and several liability*); dall'altro, una responsabilità "a cascata" (c.d. *chain liability*). Nel primo modello, se il subappaltatore non rispetta le proprie obbligazioni con riguardo, ad esempio, al pagamento della prestazione lavorativa, il creditore può rivalersi sul subappaltatore stesso o sull'appaltatore, indipendentemente dal grado di responsabilità di quest'ultimo. È evidente come tale modello incentivi fortemente l'appaltatore a selezionare il subappaltatore sulla base delle risorse finanziarie e della solidità che esso garantisce. Ovviamente, ciò andrebbe a beneficio del lavoratore, in quanto aggiungerebbe un ulteriore "debitore" – in genere più solvibile – solidalmente responsabile con il datore di lavoro. La responsabilità "a cascata" prevede, invece, che siano responsabili non solo le parti contraenti ma l'intera catena dei subappaltatori; tale responsabilità si configura, pertanto, anche nei confronti del committente.

Ai fini della nostra analisi, va sottolineato che gli autori dello studio e lo stesso Parlamento europeo (§ 9) evidenziano come tutti gli otto Paesi stiano incontrando gravi difficoltà nell'applicazione dei meccanismi di responsabilità ai subappaltatori stranieri.

Di fronte a tali difficoltà, il Parlamento europeo, con la risoluzione in commento, ha invitato la Commissione a definire «uno strumento giuridico comunitario chiaro che introduca la responsabilità solidale a livello comunitario» (§ 13) e ad effettuare «una valutazione d'impatto sul valore aggiunto e la fattibilità di uno strumento comunitario sulla responsabilità a cascata come mezzo per accrescere la trasparenza nei processi di subappalto e per assicurare un maggiore rispetto della legislazione comunitaria e nazionale». Il Parlamento europeo ha sottolineato inoltre la necessità di prevedere incentivi che inducano le imprese a compiere ogni ragionevole sforzo per eliminare le violazioni del diritto del lavoro da parte dei subappaltatori. In particolare, le imprese dovrebbero dotarsi di codici di condotta ispirati alle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* e alla *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* e prevedere misure coercitive applicabili nei confronti dei subappaltatori in caso di violazione del codice. A proposito di quest'ultimo aspetto, tali codici dovrebbero contemplare, come soluzione estrema, la risoluzione del contratto con il subappaltatore dedito a pratiche illecite per evitare di essere ritenuti solidalmente responsabili delle violazioni.

La Commissione europea ha peraltro già affrontato la questione nella comunicazione *Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi – Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori* (COM(2007)304 def., 13 giugno 2007), in cui ha affermato che «la questione della responsabilità congiunta quale mezzo

efficace e proporzionato per aumentare la sorveglianza e l'osservanza della legislazione comunitaria merita un ulteriore esame e riflessione» (p. 11).

Anche la Corte di giustizia ha ammesso, in linea di principio, il meccanismo di responsabilità solidale nella sentenza *Wolf & Müller* (C. Giust. 12 ottobre 2004, causa C-60/03, in  indice A-Z, voce *Appalto e subappalto*), riconoscendo che la libera prestazione dei servizi (art. 49 TCE) non preclude un sistema nazionale di responsabilità solidale. Più precisamente, la decisione appena citata trae origine da un rinvio pregiudiziale disposto da un giudice tedesco, il *Bundesarbeitsgericht*, il quale poneva alla Corte di giustizia il quesito relativo alla compatibilità con l'art. 49 TCE di una normativa nazionale (nel caso di specie l'art. 1-bis dell'*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, introdotto dall'art. 10 del *Gesetz zu Korrekturen des Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte*) secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un contratto collettivo. La domanda di pronuncia pregiudiziale, riguardante l'interpretazione dell'art. 49 TCE, era sottoposta nell'ambito di una controversia tra la *Wolff & Müller*, una impresa di costruzioni, e il sig. Pereira Félix in merito alla responsabilità della detta impresa in qualità di garante per il pagamento del salario minimo dovuto a quest'ultimo dal suo datore di lavoro. La Corte di giustizia ha dichiarato che l'art. 49 TCE non osta a una normativa nazionale secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi di tale impresa o di un subappaltatore relativi al pagamento del salario minimo ad un lavoratore o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un contratto collettivo, quando il salario minimo consiste nell'importo che deve essere pagato al lavoratore previa deduzione delle imposte e dei contributi previdenziali e di sostegno del lavoro o dei corrispondenti oneri di sicurezza sociale (salario netto), qualora la suddetta normativa non abbia quale scopo primario la tutela del salario del lavoratore.

Se è vero, dunque, che nella sentenza *Wolf & Müller* la Corte di giustizia ha riconosciuto che la libera prestazione dei servizi (art. 49 TCE) non preclude un sistema nazionale di responsabilità solidale, è altrettanto innegabile che, come ha ampiamente dimostrato lo studio di Houwerzjil e Peters, le differenze attualmente esistenti a livello normativo fra i diversi Paesi rendono certamente auspicabile la definizione di un unico modello europeo di responsabilità in materia di subappalto.

3. Per una analisi delle principali iniziative europee in tema di RSI vedi A. GIGANTE, *La politica delle istituzioni comunitarie in materia di responsabilità sociale d'impresa: voluntary o mandatory approach?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, n. 3, 1991-1995, e, precedentemente, sulla stessa Rivista F. SCIAUDONE, *Iniziativa comunitarie in tema di responsabilità sociale delle imprese: prime riflessioni*, 2003, n. 3, 1419-1430. Come noto, anche le altre organizzazioni internazionali si sono ampiamente occupate della materia. L'OECD con le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* del 1976 (oggetto di revisione nel 2000), l'ILO con la *ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy* del 1977 (emendata nel 2000 e nel 2006), l'ONU con il *Global Compact*, proposto nel 1999 dal Segretario generale Kofi Annan e lanciato ufficialmente nel 2000, e le *Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, adottate nel 2003 dalla Sotto-Commissione per la promozione e la protezione dei diritti umani. A commento di tali iniziative si segnalano i recenti volumi di B. HERRIGAN (a cura di), *Corporate Social Responsibility in the 21st Century*, Elgar, Cheltenham, 2009, e D. KINLEY (a cura di), *Human Rights and Corporations*, Ashgate, Farnham, 2009, cui *adde*, nel-

la letteratura italiana, F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, ES, Napoli, 2007. Sullo studio di M. HOUWERZIJL, S. PETERS citato nel testo, vedi anche la sintesi redazionale *Tendenze e prospettive del quadro comparato europeo in tema di responsabilità degli imprenditori nella segmentazione degli appalti*, in *q. Rivista*, 2009, n. 1, 249, e il commento di P.F. ACQUAVIVA, *La responsabilità dell'impresa nei processi di subappalto*, in *Boll. Adapt*, 2009, n. 2.

Antonio Gigante
Assegnista di ricerca in Diritto internazionale
Università degli Studi di Foggia

2. Competitività e sviluppo

2.1. COMMISSIONE EUROPEA, *Driving European Recovery*, Communication for the Spring European Council, COM(2009)114 final, 4 marzo 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

2.2. COMMISSIONE EUROPEA, *Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*, Communication from the Commission, 17 dicembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

2.3. COMMISSIONE EUROPEA, *Cohesion Policy: investing in the real economy*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)876/3, 16 dicembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

2.4. COMMISSIONE EUROPEA, *A European Economic Recovery Plan*, Communication from the Commission to the European Council, COM(2008)800 final, 26 novembre 2008 (in *Boll. Adapt*, 2008, n. 38).

(2.1. – 2.4.) Le risposte della Commissione europea alla crisi economica

Sommario: **1.** La risposta della Commissione europea alla crisi economica. – **2.** Le modifiche ai regolamenti sui Fondi strutturali. – **3.** Il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione e le proposte di modifica. – **4.** Guidare la ripresa economica, le idee della Commissione europea. – **5.** Il nuovo quadro temporaneo degli aiuti di Stato. – **6.** Conclusioni.

1. Il presente contributo ha come obiettivo delineare le misure principali che la Commissione europea ha intrapreso per arginare gli effetti della crisi economica mondiale sul mercato del lavoro in Europa. Premesso che molte delle leve per arginare tali effetti restano nelle mani dei singoli Stati membri, e che il ruolo della Commissione è più che altro di coordinamento, lo spirito con il quale è stato concepito questo contributo è quello di chiarire il ruolo propositivo svolto dalla Commissione stessa ed i passi concreti compiuti a partire dalla fine del 2008.

Lo scorso 26 novembre la Commissione europea ha presentato un Piano europeo di ripresa economica (COMMISSIONE EUROPEA, *A European Economic Recovery Plan*, Communication from the Commission to the European Council, COM(2008)800 final, 26 novembre 2008, in epigrafe) basato su due pilastri: un forte apporto di potere d'acquisto nell'economia, per rilanciare la domanda e far rinascere la fiducia, e una serie di azioni dirette, di breve termine, volte ad accrescere la competitività dell'Unione europea nel lungo periodo, il tutto entro una cornice di solidarietà e giustizia sociale tra i vari Stati

membri. Il documento sottolinea come, vista la gravità della crisi, l'Unione europea necessiti un approccio coordinato e di portata tale da ristabilire la fiducia dei vari operatori economici. Il piano consiste in uno stimolo fiscale immediato, corrispondente a circa l'1,5% del PIL dell'UE (200 miliardi di euro, di cui 170 provenienti dagli Stati membri e i rimanenti 30 miliardi provenienti da fondi comunitari), oltre che in una serie di azioni prioritarie, in piena sintonia con la Strategia di Lisbona, in modo tale da adattare le economie europee verso i cambiamenti di lungo periodo, soprattutto attraverso il continuo investimento in riforme strutturali.

Il 16 dicembre 2008, alcune settimane dopo la presentazione della comunicazione COM (2008)800, la Commissione europea ha poi adottato un report (COMMISSIONE EUROPEA, *Cohesion Policy: investing in the real economy*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2008)876/3, 16 dicembre 2008, in epigrafe) dal quale emerge il contributo determinante che la politica di coesione (che assorbe più di un terzo delle risorse totali del *budget* dell'Unione europea) apporta per la messa in atto del Piano di ripresa economica e soprattutto per il supporto dell'economia reale.

La politica di coesione rappresenta la prima fonte di investimenti nell'economia reale e garantisce un sostegno fondamentale a livello locale e regionale. Dei 347 miliardi di euro assegnati alla politica di coesione per il periodo compreso tra il 2007 ed il 2013 (il periodo di riferimento della nuova programmazione finanziaria), più del 65% (pari a circa 230 miliardi di euro) è indirizzato ad investimenti nelle 4 aree prioritarie della Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione – *Persone, Imprese, Infrastrutture e Energia, Ricerca e Innovazione*.

Il rapporto suggerisce, in particolare, una revisione dei programmi della politica di coesione al fine di porre accresciuta attenzione su investimenti in aree con un maggiore ed immediato potenziale di crescita, così come nei settori più esposti ed interessati dalla crisi. Proprio per aiutare i vari Stati membri nel loro confronto quotidiano con la crisi economica, il report raccomanda un nuovo *focus* dei programmi operativi in grado di consentire il reintegro nel mercato del lavoro dei lavoratori in esubero, di prevenire la disoccupazione di lunga durata e di accrescere le competenze e le capacità dei lavoratori per cogliere a pieno le opportunità future.

Sulla scia di quanto appena indicato, le azioni richiamate dal Piano di ripresa economica, oltre ad essere temporanee, tempestive, ben indirizzate e coordinate (*timely, temporary, targeted and co-ordinated*), si inseriscono proprio all'interno delle 4 aree prioritarie della Strategia di Lisbona.

| Priorità Strategia di Lisbona | Priorità del Piano europeo di ripresa economica |
|-------------------------------|---|
| Persone | 1. Varare un'importante iniziativa europea di sostegno all'occupazione |
| | 2. Creare domanda di manodopera |
| Imprese | 3. Favorire l'accesso ai finanziamenti per le imprese |
| | 4. Ridurre gli oneri amministrativi e promuovere l'imprenditorialità |
| Infrastrutture e Energia | 5. Aumentare gli investimenti per modernizzare l'infrastruttura europea |
| | 6. Migliorare l'efficienza energetica degli edifici |
| | 7. Promuovere la rapida introduzione di "prodotti verdi" |
| Ricerca e Innovazione | 8. Aumentare gli investimenti in R&S, innovazione e istruzione |
| | 9. Sviluppare tecnologie pulite per le auto e l'edilizia |
| | 10. Internet ad alta velocità per tutti |

La motivazione dietro questa precisa scelta è che, senza connessione tra lo stimolo fiscale (l'elemento più importante del piano) e le quattro priorità della Strategia di Lisbona, difficilmente si riuscirebbe a risolvere la crisi economica in tempi brevi e ragionevoli.

2. La prima delle 10 azioni individuate dal Piano europeo di ripresa economica (*Varare un'importante iniziativa europea di sostegno all'occupazione*) prevede la semplificazione dei criteri degli aiuti provenienti dal Fondo Sociale Europeo (FSE) e l'incremento del pagamento degli anticipi a partire dall'inizio del 2009, con l'obiettivo di intensificare rapidamente i programmi di attivazione, di concentrare il sostegno sulle categorie più vulnerabili e di migliorare il monitoraggio dello sviluppo delle competenze e la sua rispondenza al reale fabbisogno.

La Commissione ha dunque sottolineato il ruolo cruciale della politica di coesione, e quindi del FSE, nel combattere gli effetti della crisi sul mercato del lavoro, ribadendo la necessità di un'accelerazione negli investimenti a supporto dell'economia reale. Sulla base di queste indicazioni, l'Unione europea ha introdotto cinque importanti cambiamenti amministrativi e legislativi ai Fondi strutturali, incluso il FSE.

Il primo importante cambiamento attiene alla proroga concessa agli Stati membri per l'utilizzo dei fondi non spesi nella precedente programmazione (periodo compreso tra il 2000 ed il 2006). L'azione è limitata nel tempo (fino al mese di giugno 2009) ed ha reso disponibile un ammontare complessivo di oltre 7 miliardi di euro (in aggiunta ai 18,5 miliardi di euro di pagamenti anticipati già effettuati e previsti per il periodo 2007-2013).

In aggiunta alle somme appena citate, sono stati estesi i pagamenti anticipati per il periodo 2007-2013. Grazie a questa modifica altri 6,25 miliardi di euro di anticipi supplementari saranno disponibili per il 2009 per gli investimenti concordati per ciascuno Stato membro. Questa ultima somma, che si aggiunge ai 2,3 miliardi di euro previsti dai regolamenti comunitari in materia, ha come destinatari principali gli Stati membri che componevano l'Unione europea prima degli ultimi due allargamenti (UE-15), ai quali, senza le modifiche, non sarebbero state assegnate somme integrative.

Ulteriore elemento di innovazione è la previsione in base alla quale il contributo a carico dell'UE per i programmi del FSE, di norma previsto entro un margine variabile tra il 50 e l'85% a seconda dei casi, viene esteso in alcuni ambiti al 100%, così da garantire l'inizio dei vari programmi. Tale possibilità viene però concessa nella misura in cui sia bilanciata da operazioni finanziate interamente da fondi nazionali entro la fine del medesimo periodo di programmazione finanziaria (entro quindi il 2013).

Grazie agli emendamenti al regolamento generale sui fondi comunitari (regolamento (CE) n. 1083/2006), che introducono la possibilità di applicare un importo forfettario per i rimborsi delle spese sostenute, gli oneri amministrativi della gestione finanziaria dei programmi della politica di coesione sono stati ridotti. Gli Stati membri hanno adesso la possibilità di applicare un tasso di rimborso forfettario per tutti i costi del progetto, sia diretti che indiretti, dietro approvazione di un'appropriata scala di costi unitari standard. Un ultimo elemento innovativo è infine l'emendamento in base al quale si rende possibile la concessione di una somma forfettaria (che ha come soglia limite 50.000 euro).

3. Sulla scia degli emendamenti a precedenti regolamenti comunitari, con l'obiettivo esplicito di attenuare gli effetti negativi della crisi, si inserisce anche la recente proposta di modifica delle modalità di funzionamento del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (istituito con il regolamento (CE) n. 1927/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006). Lo scorso 16 dicembre, in concomitanza con la adozione della comunicazione sulla Politica di Coesione e con il Consiglio europeo di Bruxelles, la Commissione europea ha presentato una proposta volta ad aiutare i lavoratori il cui licenziamento sia diretta conseguenza della crisi economica. La proposta, incentrata su un rafforzamento del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione, e annunciata nel Piano europeo di ripresa economica, assegna un ruolo importante per il Fondo di

adeguamento nel rispondere alle esigenze immediate della crisi, definendolo uno strumento in grado di aiutare tutti i lavoratori in esubero a rientrare nel mercato del lavoro. In concreto, la proposta della Commissione suggerisce delle modifiche al regolamento istitutivo del Fondo in grado di aiutare un numero maggiore di potenziali lavoratori in esubero, quali ad esempio:

- la riduzione del numero minimo di dipendenti che un'impresa deve avere per poter accedere al Fondo (dagli attuale 1.000 dipendenti a 500 dipendenti),
- l'estensione della durata del supporto del Fondo dagli attuali 12 mesi a 24 mesi, così da garantire un lasso di tempo sufficiente affinché le misure diventino efficaci e rendano possibile il reintegro dei soggetti a maggior rischio e più vulnerabili nel mercato del lavoro,
- un aumento del contributo finanziario dell'Unione europea dal 50% al 75% per far fronte alla situazione di particolare gravità originata dalla crisi,
- l'allargamento dello scopo di azione del Fondo, al fine di ricomprendere anche i lavoratori affetti dalla crisi economica e finanziaria e non solo (come prevede invece il regolamento istitutivo) coloro che perdono il proprio lavoro come conseguenza di mutamenti strutturali del commercio mondiale.

4. Dopo le prime reazioni e i primi documenti ufficiali, le iniziative della Commissione si sono intensificate. Nel mese di marzo 2009 è stata presentata una nuova comunicazione (COMMISSIONE EUROPEA, *Driving European Recovery*, Communication for the Spring European Council, COM(2009)114 final, 4 marzo 2009, in epigrafe) con l'obiettivo esplicito di definire le prossime iniziative necessarie per gestire la crisi e guidare l'Unione europea verso la ripresa. La comunicazione si caratterizza per un ambizioso programma di riforma del settore finanziario e per una prima valutazione delle misure prese per sostenere la domanda, accrescere gli investimenti e creare o mantenere posti di lavoro. La constatazione alla base del documento è che la crisi ha inevitabilmente, e in maniera considerevole, interessato il mercato del lavoro in Europa, con ripercussioni più o meno gravi nei differenti Stati membri. Ancora una volta si richiedono interventi mirati nel mercato del lavoro, anche per preservare le competenze dei lavoratori, il tutto attraverso soluzioni "creative" che consentano di mantenere i lavoratori nel mercato del lavoro e preven-gano la perdita di *skills* necessarie per il rilancio dell'economia. Dall'analisi della Commissione europea (confermata anche dai dati dello *Spring Economic Forecast 2009*), emerge che i giovani, i lavoratori con contratti di breve durata e gli immigrati sono i gruppi che maggiormente risentiranno gli effetti della crisi economica nel mercato del lavoro. Una sezione specifica della comunicazione è dedicata al sostegno ai cittadini (e si inserisce quindi sempre all'interno della prima area prioritaria della Strategia di Lisbona, *Personae*) e delinea le misure adottate dagli Stati membri per alleviare il costo umano della crisi, classificandole in 4 priorità generali:

- misure volte a mantenere i posti di lavoro esistenti, quali ad esempio l'indennità per occupazione parziale e la riduzione dei contributi previdenziali,
- misure dirette a garantire un rapido (re)inserimento nel mercato del lavoro, *in primis* la formazione professionale e il sostegno alle categorie svantaggiate,
- misure che hanno l'obiettivo di sostenere le categorie più vulnerabili, attraverso ad esempio l'aumento del salario minimo, nei Paesi ove è previsto, l'estensione della coperta e/o della durata del sussidio di disoccupazione e sgravi ed esenzioni fiscali,
- misure che mirano a rafforzare la protezione sociale e investire nelle infrastrutture sociali e sanitarie, quindi essenzialmente investimenti in alloggi, ospedali, assistenza di base, ecc.

Lo sforzo della Commissione appare dunque evidente, ma la comunicazione, che aveva tra i suoi motivi fondanti la preparazione del previsto summit sull'occupazione del 7 maggio 2009 (poi mestamente declassato da incontro dei 27 Stati membri ad un incontro

della Troika, composto dalla Presidenza attuale del Consiglio europeo – Repubblica Ceca – e dalle due successive – Svezia e Spagna) non sembra aver ancora prodotto frutti interessanti.

5. Non è però solo nel mercato del lavoro, e in particolare nelle politiche attive del mercato del lavoro, che la Commissione sta compiendo i suoi passi. Al di là degli interventi nel settore finanziario e nei settori di competenza ad essa attribuita, la Commissione europea ha provveduto a modificare le norme in materia di aiuti di Stato, rendendo più snello ed efficace il sistema di autorizzazione.

Il 17 dicembre 2008 la Commissione ha presentato un *Quadro di riferimento Temporaneo* (COMMISSIONE EUROPEA, *Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*, Communication from the Commission, 17 dicembre 2008, in epigrafe, come emendata dalla successiva comunicazione, sempre della COMMISSIONE EUROPEA, *Amendment of the Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*, Communication from the Commission, 25 febbraio 2009), che consente agli Stati membri possibilità aggiuntive di risposta alla crisi finanziaria e dell'economia reale, così come previsto dal Piano europeo di ripresa economica. Prima ancora dell'espandersi della crisi, la Commissione aveva già provveduto ad incrementare le possibilità di concessione di aiuti di Stato a favore delle PMI ed aveva, tra l'altro, semplificato le norme sugli aiuti di Stato attraverso un regolamento (regolamento (CE) n. 800/2008) che dichiara talune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune, in applicazione degli artt. 87 ed 88 del Trattato (regolamento generale di esenzione per categoria). Il nuovo Quadro Temporaneo introduce, in particolare, delle misure, che avranno vigore fino al 31 dicembre 2010, volte a facilitare l'accesso al finanziamento per le imprese in difficoltà. In base alle modifiche indicate nel nuovo quadro di riferimento, l'ammontare dell'aiuto che uno Stato membro può concedere ad una singola impresa non deve superare la soglia di 500.000 euro (sovvenzione diretta in denaro). Affinché l'aiuto possa essere concesso, l'impresa beneficiaria deve, tra l'altro (per un'indicazione completa dei requisiti cui è subordinata la concessione dell'aiuto di Stato, si rinvia a COMMISSIONE EUROPEA, *Temporary framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*, cit.) dimostrare che le difficoltà nelle quali adesso versa si sono originate a partire dal 1° luglio 2008, dunque sono conseguenza diretta della crisi finanziaria ed economica mondiale.

6. Difficile al momento fare delle previsioni sull'efficacia o meno delle misure prese tanto a livello comunitario quanto a livello nazionale. Resta il fatto che il tasso di disoccupazione è previsto in crescita non solo nel 2009, ma anche nel 2010, anno in cui il tasso dovrebbe raggiungere una quota pari all'11% in Europa, secondo le ultime previsioni della Commissione europea, con Paesi destinati ad un'impennata dei propri valori, come la Spagna, l'Estonia, la Lituania e la Lettonia. Già nel mese di marzo (si veda in proposito l'ultimo ECFIN Economic Brief pubblicato dalla Direzione generale Economia e Finanza della Commissione europea nel mese di maggio) la Spagna da sola contava il 42% del totale dei disoccupati creati tra Marzo 2008 e Marzo 2009, pari ad un tasso di disoccupazione superiore al 17%.


Da una prima analisi delle misure prese a livello nazionale sulla base delle indicazioni fornite nei documenti pocanzi esaminati, emerge comunque un quadro incoraggiante (si tratta solo di una valutazione quantitativa e non qualitativa, per la quale è necessario aspettare ancora almeno un semestre): 16 Stati membri hanno fatto ricorso a forme di *Flexible working-time* al fine di prevenire eventuali licenziamenti di massa, 21 hanno aumentato gli investimenti per i *Public Employment Services* e il *re-training*, 17 hanno supportato l'occupazione attraverso una riduzione del costo del lavoro e 18 sono intervenuti con misure a sostegno del potere di acquisto delle famiglie. La prossima presidenza di

turno del Consiglio europeo sarà affidata alla Svezia e la successiva alla Spagna: dal 1° gennaio 2010, anno che diverse previsioni indicano come quello della ripresa, lo Stato membro maggiormente colpito dalla crisi avrà pertanto un ruolo fondamentale per risolvere le sorti dell'Unione europea. Si attendono importanti risposte per il mercato del lavoro, che di certo sarà una priorità di azione del Governo spagnolo.

Michele Zagordo

Scuola internazionale di dottorato in Diritto delle relazioni di lavoro
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia – Adapt – Fondazione Marco Biagi

2. Competitività e sviluppo (segue)



2.5. ADVISORY COMMITTEE IN EQUAL OPPORTUNITIES FOR WOMEN AND MEN, *Opinion on the gender perspective on the response to the economic and financial crisis*, 10 giugno 2009 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 18).

La variabile di genere nella crisi economica

Sommario: 1. Contesto. – 2. Misure finora adottate. – 3. Le azioni per il futuro.

1. L'impatto dell'attuale crisi finanziaria internazionale sull'economia europea si è fatto sempre più evidente negli ultimi sei mesi: diversi sono i Paesi in fase di recessione che devono far fronte ai crescenti effetti negativi inflitti ai loro principali settori industriali e ai propri mercati del lavoro.

Il parere fornito dal Comitato consultivo per le pari opportunità tra donne e uomini del 10 giugno scorso (in epigrafe), intende analizzare le ripercussioni della recessione previste per l'immediato futuro in una prospettiva di genere: l'aumento della disoccupazione, la riduzione della spesa pubblica e il probabile aumento della vulnerabilità economica e sociale può impattare in modo diseguale su uomini e donne a seconda della loro differente collocazione socio-economica. La comunicazione è strutturata in tre sezioni principali: l'analisi dell'attuale recessione in una prospettiva di genere; le caratteristiche delle misure sinora adottate sia a livello europeo sia a livello nazionale; l'individuazione di alcune raccomandazioni rivolte alla Commissione europea e agli Stati membri per combattere disuguaglianza e discriminazione.

Tra le diverse politiche intraprese sia a livello nazionale che comunitario, il Piano europeo di ripresa economica approvato dal Consiglio europeo nel dicembre 2008 (CONSIGLIO EUROPEO, *A European Economic Recovery Plan*, COM(2008)800 final, in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 40, per un approfondimento cfr. A. BARBONI, M. ZAGORDO, *Il piano di azione comunitario per il rilancio dell'economia*,  Working Paper Adapt, 2008, n. 72), intende mettere un freno alla recessione e creare le condizioni per la ripresa, prevedendo anche cambiamenti ai Fondi strutturali europei e al Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione.

Nonostante l'Unione europea e gli Stati membri abbiano riconosciuto l'importanza di adottare una prospettiva di genere in diversi trattati e patti (in particolare, nel Trattato istitutivo dell'Unione europea, nella Tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010, e nel Patto europeo per la parità fra i sessi), secondo il Comitato, tale ottica non è stata considerata al momento della formulazione delle politiche messe in atto per contrastare la crisi. Ciò sembrerebbe dovuto, in una certa misura, a una parziale percezione delle dimensioni dell'impatto della recessione e alla scarsa sensibilità rivolta ai problemi di

parità fra i sessi.

Sono almeno due le dimensioni da considerare legate alla parità di genere: in primo luogo, il possibile differente impatto della recessione economica e finanziaria su donne e uomini all'interno del mercato del lavoro e, in secondo luogo, gli effetti della stessa sulle politiche che interessano direttamente o indirettamente, la parità tra i sessi, anche in termini di spesa pubblica.

I dati più recenti a livello europeo (COMMISSIONE EUROPEA, *Economic Forecast Spring 2009*, IP/09/693, 4 maggio 2009) prevedono che l'occupazione potrebbe registrare una contrazione del 2,5% circa entro l'anno e di un ulteriore 1,5% nel 2010, con la conseguente perdita di circa 8 milioni e mezzo di posti di lavoro nell'arco di due anni. Sebbene la rapida evoluzione della situazione economica e la scarsità di dati statistici, rendano difficile la valutazione delle tendenze occupazionali a breve termine, è possibile distinguere che:

- rispetto alle passate recessioni, la maggiore integrazione delle donne nel mercato del lavoro, rende il loro ruolo fondamentale nel contribuire al reddito familiare: attualmente molte famiglie fanno affidamento su due distinte fonti di reddito e, pertanto, le disuguaglianze sul mercato del lavoro si ripercuotono oggi sulla famiglia nel suo complesso;
 - la perdita di posti di lavoro nei settori tipicamente maschili (edilizia, trasporti, ecc.) è accompagnata da una perdita in quei settori, solitamente meno coinvolti dagli effetti della recessione, di composizione di genere mista (professioni, servizi finanziari, vendite, ecc.).
- Il Comitato afferma che la possibile attuazione di politiche che prevedano una riduzione del gettito fiscale, ed eventuali tagli di bilancio, possono portare a riduzioni della spesa pubblica tali da incidere su servizi pubblici, istruzione, formazione e assistenza sociale. Se questo avverrà in modo positivo o negativo dipende dalle politiche che verranno attuate in ogni singolo Stato: in molti Paesi, il peso assegnato agli stereotipi di genere potrebbe ricoprire un ruolo fondamentale, riflettendosi in politiche che portino ad un processo di segmentazione di genere all'interno del mercato del lavoro.

Inoltre, viene segnalata la limitata presenza di donne coinvolte nei processi decisionali economico-finanziari. A livello europeo, il Report del 2009 della Commissione europea sulla parità tra donne e uomini (COMMISSIONE EUROPEA, *Report on Equality between women and men*, 2009, SEC(2009)165) indica che non vi sono donne tra i governatori delle Banche centrali dell'Unione europea: esse rappresentano soltanto il 16% negli organi decisionali più elevati di tali istituzioni.

2. Il Comitato consultivo illustra le misure sinora adottate: esse comportano una serie di azioni senza precedenti, coordinate sia a livello nazionale sia comunitario, corrispondenti ad uno stimolo fiscale immediato pari a circa 200 miliardi di euro.

Ogni singolo Stato ha messo in atto diverse politiche di contrasto alla crisi, concentrandosi nel sostegno alle imprese (investimenti nelle piccole e medie imprese per assicurare i posti di lavoro esistenti), al settore industriale (in particolare, settore automobilistico, agricoltura e turismo) e all'occupazione (creazione di nuovi posti di lavoro; programmi specifici per l'occupazione femminile; istruzione e formazione professionale per giovani e disoccupati; miglioramento del reinserimento ed accesso al mercato del lavoro) e nel supporto finanziario diretto e indiretto alla persona (rafforzamento della protezione sociale e investimento nelle infrastrutture sociali e sanitarie).

3. Oltre alle politiche volte ad affrontare la crisi nell'immediato, il Comitato consultivo per le pari opportunità tra donne e uomini mette in luce l'importanza di identificare le sfide da intraprendere per il futuro. Gli ostacoli incontrati dalle donne suggeriscono che occorra prestare attenzione a temi quali la possibilità di acquisire capacità e competenze lungo tutto l'arco della vita, l'accesso alla formazione e alla riqualificazione professionale, la promozione di misure che facilitino la condivisione delle responsabilità familiari tra donne e uomini, lo stanziamento di risorse pubbliche che promuovano la parità di genere.

L'attuale recessione economico-finanziaria offre l'opportunità agli Stati membri e alla Commissione europea di adottare misure correttive nei confronti dell'occupazione femminile, del differenziale retributivo e della scarsa partecipazione delle donne al processo decisionale.

Il Comitato consultivo per le pari opportunità tra donne e uomini fornisce, infine, alcune raccomandazioni sia alla Comunità europea sia ai singoli Stati membri sottolineando l'importanza di mantenere l'impegno assunto relativamente alla parità tra i sessi, in considerazione delle iniziative adottate per contrastare e limitare la crisi, anche in una ottica di genere. Questa comunicazione sollecita le istituzioni affinché:

- perfezionino il monitoraggio dell'impatto di genere delle politiche attuate, con la adozione di un meccanismo di valutazione, analisi e pubblicazione di dati in materia di occupazione, e con la costruzione di un bilancio di genere che permetta di indirizzare al meglio le risorse stanziare per perseguire la parità tra i sessi;
- assegnino priorità alle misure volte a promuovere la parità di genere per affrontare la crisi nella stesura del prossimo quadro strategico per la parità tra i sessi dopo il 2010 (che subentra alla Tabella di marcia per la parità tra donne e uomini 2006-2010);
- migliorino la partecipazione delle donne al processo decisionale a tutti i livelli, anche attraverso il costante sostegno della *European Network of Women in Decision-making in Politics and the Economy*;
- promuovano misure che sostengano la conciliazione dei tempi di lavoro e di vita (ad esempio incentivando il ricorso al part-time);
- debellino gli stereotipi basati sul genere;
- supportino l'imprenditoria femminile;
- proteggano i gruppi sociali più vulnerabili;
- si impegnino affinché l'organismo preposto alla promozione delle pari opportunità a livello nazionale sia sufficientemente indipendente ed efficace.

3. Mercato del lavoro

3.1. EUROPEAN COMMISSION, *The role of the Public Employment Services related to 'Flexicurity' in the European Labour Markets*, Final report, marzo 2009 (in *EU Boll. Adapt.*, 2009, n. 14).

Il ruolo dei servizi pubblici per l'impiego nella strategia di *flexicurity*

A marzo dell'anno in corso è stato pubblicato un interessante rapporto di ricerca della Commissione europea, che analizza il ruolo degli SPI nella implementazione della c.d. *flexicurity*.

Da ultimo, la *flessicurezza* è al centro del dibattito politico e scientifico, tanto che, suggestivamente, tale nozione è stata definita un "catalizzatore semantico" (T. BREDGAARD, F. LARSEN, *Quasi-markets in employment policy in Australia, the Netherlands and Denmark*, CARMA Reaserch Paper, 2006, 6), proprio a sottolinearne la capacità attrattiva, anche al di là, per la verità, di una precisa definizione della stessa.

Il corposo studio è stato condotto utilizzando una pluralità di metodologie di ricerca e vale a dire: la revisione della letteratura esistente in materia, la realizzazione di 5 casi studio nazionali (Austria, Danimarca, Francia, Slovenia e Olanda), l'effettuazione di interviste ai direttori degli SPI nazionali e agli *stakeholders* principali che cooperano con questi ul-

timi, lo svolgimento di visite presso 8 Paesi membri ed, infine, l'identificazione di ben 22 buone pratiche, tra cui 3 italiane.

Come avvenuto al lancio della Strategia europea per l'occupazione (si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare i servizi pubblici per l'impiego per sostenere la strategia europea per l'occupazione*, COM(1998)641 def., 13 novembre 1998, sulla quale sia consentito rinviare, in *q. Rivista*, a M. Marocco, *I servizi pubblici per l'impiego tra obblighi comunitari e responsabilità nazionale*, 1999, n. 4), la Commissione torna a sottolineare il ruolo propulsivo e strategico delle istituzioni di controllo del mercato del lavoro, per così dire, facendo affidamento su di esse per dare concreta implementazione agli indirizzi generali di *policy* dalla stessa dettati («*bringing flexicurity into practice*»). In effetti, la principale conclusione del Rapporto è che, il complesso delle riforme cui, nell'ultimo decennio, sono stati sottoposti i servizi all'impiego in tutto il continente, collocano gli stessi – citando espressamente – in una “posizione storica unica”, al momento di adottare l'approccio di *flexicurity*. Tale posizione è assicurata, da una parte, dall'avvenuto abbandono da parte degli SPI di pratiche curative della disoccupazione a favore dell'adozione di politiche di attivazione e prevenzione, secondo quanto peraltro, sin dalle origini, suggerito dalla SEO. E dall'altra, dal “tradizionale” ruolo di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, nonché di nodo informativo sui mercati di lavoro locali.

Nello studio, pertanto, viene dato conto delle tendenze riscontrabili nella evoluzione dei Sistemi nazionali del lavoro – sia nella struttura amministrativa, che nelle modalità di organizzazione e di erogazione dei servizi loro affidati – allo scopo di accertare se, e come, le stesse tendenze possano essere ricondotte alle quattro componenti della *flexicurity* e quindi fornire raccomandazioni agli attori coinvolti per consentire un migliore riavvicinamento delle prassi verso tale strategia.

In primo luogo, si sottolinea che il ruolo chiave degli SPI non deriva tanto dall'incardinamento presso gli stessi di una delle componenti della *flexicurity* – e vale a dire le politiche attive – ma soprattutto dalla conseguente prospettiva di gestire la cd. *transition security*. Ci si riferisce alla facilitazione delle *transizioni* nel mercato del lavoro: sono proprio gli SPI – e la loro efficienza – che potrebbero agevolare, e rendere meno traumatico, il passaggio dalle tradizionali forme di protezione “nel” rapporto di lavoro, ad una maggiore sicurezza nel *transitare* da una occupazione ad un'altra.

Due questioni si pongono tuttavia: la prima relativa alla più efficiente organizzazione interna degli SPI e la seconda concernente le caratteristiche dei sistemi di sicurezza sociale. Con riguardo ai modelli organizzativi, lo studio – in perfetta continuità con le soluzioni, da anni, promosse da numerose organizzazioni internazionali e dalla comunità scientifica – promuove quello *a rete*. Per divenire effettivi *hub* di transizioni “sicure”, gli SPI devono intensificare la cooperazione con altri *stakeholders* (aziende, enti gestori della previdenza sociale, istituzioni formative, amministrazioni locali). L'intensificazione di tali relazioni costituisce quindi il primo passo per contribuire alla messa in opera di tutte le componenti della *flexicurity*.

Questa ultima impone, innanzi tutto, un mercato più aperto ed inclusivo, che superi la segmentazione tra soggetti più protetti (*insiders*) e meno tutelati (*outsiders*). A tal fine, per implementare effettive misure di miglioramento dell'occupabilità, assumono rilievo anche i programmi formativi ed educativi gestiti da altre istituzioni (tra gli altri, le parti sociali impegnate nella formazione continua dei lavoratori); rispetto a tali iniziative, che fortificano e realizzano la componente relativa al *life-long learning*, gli SPI – rileva lo studio – già svolgono, comunque, un ruolo di promotori, *partner* strategici e/o coordinatori. Rimane tuttavia ancora aperta una *sfida*, a causa del perdurante orientamento verso l'offerta di lavoro degli SPI: garantire un'efficace informazione sui reali fabbisogni formativi delle imprese; qui – ma il suggerimento ricorre anche per la promozione delle altre

reti – riveste fondamentale importanza assicurare la presenza di personale maggiormente qualificato.

Pur continuando alcuni gruppi di “inattivi” (disabili, donne in reinserimento lavorativo, giovani privi di istruzione, soggetti precocemente usciti dal mercato del lavoro) ad essere troppo spesso fuori dai target serviti dagli SPI, appare – contrariamente alle attese – piuttosto diffusa la pratica di *partnership* con operatori, anche privati, per la gestione di servizi specialistici rivolti ai soggetti più svantaggiati. Tuttavia, la gestione interna di tali modalità di erogazione dei servizi – ed in genere il *case management* e il *management by objectives* – impone l'utilizzazione di professionalità medio-alte, di cui spesso gli SPI non sono dotati, per evitare possibili inefficienze; ad es. nella adozione dei c.d. sistemi di quasi mercato, gli effetti di *creaming* e *parking* dei disoccupati (si veda ancora T. REDGAARD, F. LARSEN, *op. cit.*). Per di più il *case management* pone una altra sfida per gli SPI: i servizi di consulenza preventiva rischiano spesso di essere offerti a persone che potrebbero agevolmente trovare un'occupazione senza l'intervento degli SPI stessi. Scarse risorse di personale e materiali impongono di evitare sprechi; a tal fine, una maggiore selezione della clientela – suggerisce lo studio – potrebbe essere un utile strumento.

Allo scopo può rivestire particolare rilievo, anche la promozione di una maggiore “attivazione” dei disoccupati beneficiari di indennità economiche. Quindi un'altra rete di fondamentale importanza è quella con le istituzioni impegnate a rimuovere gli ostacoli sociali e fisici al lavoro. Due sono state le vie perseguite in Europa, con il coinvolgimento, istituzionale ovvero funzionale degli SPI. Da una parte, alcuni Paesi hanno promosso la nascita di istituzioni per l'erogazione di servizi *olistici*, mediante la fusione degli stessi SPI con gli enti previdenziali ed assistenziali, per creare sportelli unici (*one-stop-shop*). Nell'esaminare tali esperienze, lo studio sottolinea che comunque, nonostante la unificazione, spesso gli organismi originari – e il personale che li compone – continuano ad agire con strategie diverse (per risultati analoghi, con riguardo ad una sperimentazione italiana, sia consentito rinviare a G. BARONIO, M. MAROCCO, *Il caso dei “Centri Integrati per l'Impiego”*: le prospettive di costruzione di un sistema integrato di politiche attive e passive in Italia, Collana Studi Isfol, 2008, 3).

L’“attivazione” è stata perseguita inoltre agendo sui sistemi di sicurezza sociale; molti Stati infatti hanno provveduto a condizionare più fortemente l'accesso e la conservazione dei sussidi di disoccupazione alla partecipazione alle politiche attive erogate dagli SPI. Nonostante l'importanza che nel rapporto viene riconosciuta a tali innovazioni normative, è sottolineata anche la necessità di ulteriori interventi proprio per promuovere la sicurezza delle *transizioni*. La mobilità nel lavoro va incentivata attraverso il riconoscimento della piena “portabilità” dei diritti di sicurezza sociale e di adeguati livelli di protezione economica dei lavoratori disoccupati. Tali tipi di tutele possono incentivare gli stessi lavoratori, ed anche le loro associazioni di rappresentanza, a riconoscere la maggiore convenienza di tutele “sul” mercato, piuttosto che “nel” rapporto di lavoro.

Quanto appena affermato, infine, consente di considerare il ruolo degli SPI rispetto anche alla dimensione della flessibilità. Il riconoscimento delle tutele citate può consentire ai servizi all'impiego di *attivare* i disoccupati anche tramite contratti temporanei, stante comunque l'esistenza di una rete di sicurezza adeguata. Peraltro, il loro intervento può essere utile per rimediare ai possibili *disequilibri* che la flessibilità, ovvero la rigidità dei sistemi di protezione del lavoro, può aver determinato nei mercati del lavoro nazionali. Nei Paesi più liberali, le istituzioni del mercato del lavoro devono assumere un ruolo più proattivo, favorendo l'occupabilità e contrastando i potenziali effetti negativi sulla formazione della manodopera. D'altro canto, nei Paesi con regimi più rigidi, l'impegno degli SPI dovrà orientarsi maggiormente in favore dei disoccupati di lunga durata e di contrasto del lavoro irregolare.

In conclusione, il lettore italiano può trarre alcuni spunti dalla lettura dello studio della Commissione europea, qui brevemente analizzato. Non può non essere rilevato quanto l'evoluzione dell'apparato normativo nazionale dell'ultimo decennio sia in linea con tendenze riscontrabili su tutto il continente, proprio, peraltro, stante la spinta *esogena* comunitaria. Tuttavia, mentre molti altri Stati sono in grado di certificare, attraverso dati ed informazioni, il passaggio dalla astrattezza della norma alla pratica concreta, il nostro sistema informativo non appare ancora sufficientemente sviluppato, a causa forse della perdurante difficoltà ad *attecchire* nella pubblica amministrazione di una solida cultura valutativa.

Manuel Marocco
Ricercatore Isfol – Area “Ricerche sui sistemi del lavoro”

4. Pari opportunità

4.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Occupational promotion of migrant workers*, 5 aprile 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 12).

Prospettive di crescita professionale per i lavoratori immigrati in Europa

Sommario: 1. Situazione attuale. – 2. Principali barriere alla crescita professionale emergenti. – 3. Politiche pubbliche per la promozione occupazionale degli immigrati e le *best practices*.

1. Il rapporto della Fondazione di Dublino, *Occupational promotion of migrant workers*, in epigrafe, esamina i risultati di una ricerca volta alla valutazione delle opportunità di crescita professionale dei lavoratori immigrati negli Stati membri dell'Unione europea (EU27) e in Norvegia.

Ai fini della ricerca è stata utilizzata una definizione condivisa di “immigrato”, per il quale si intende qualsiasi soggetto privo di cittadinanza che vive in un Paese straniero. Importante evidenziare che la definizione non è ristretta ai soli immigrati regolari, e ciò risulta particolarmente rilevante per alcuni Paesi in cui l'immigrazione clandestina è un fenomeno diffuso, come Cipro, Grecia, Italia e Spagna.

Il report conferma e amplia la precedente analisi pubblicata nel 2007 dallo *European Working Conditions Observatory*. Entrambi i documenti dimostrano come i lavoratori immigrati sul territorio europeo siano in generale soggetti ad una duplice discriminazione: non solo sono segregati in lavori sottopagati, occupazioni precarie e per le quali è richiesta una scarsa qualificazione, ma – nella maggior parte dei casi – rimangono in una condizione permanente, indipendentemente dalle competenze o dalla istruzione.

Il rapporto fa emergere, la mancanza di dibattito pubblico e di sistematici interventi per favorire la promozione professionale dei lavoratori immigrati. In alcuni Paesi come Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Polonia, Romania, Slovacchia e Slovenia il tema è ignorato; nell'Europa più occidentale l'attenzione è focalizzata su altre questioni come l'immigrazione clandestina, i reati commessi da immigrati e la necessità di restrizioni più severe per accedere al lavoro e, in generale, al territorio europeo. Il tema assume però una rilevanza fondamentale in relazione alla politica europea di coesione sociale. La forte svalutazione economica che caratterizza i lavoratori immigrati oltre a rappresentare un notevole spreco di capitale umano, porta al rischio di esclusione sociale.

Nella maggior parte degli Stati membri, il lavoratore immigrato si trova in una situazione

sistematicamente svantaggiata e corrisponde all'immagine del lavoratore precario non specializzato occupato in lavori manuali a bassa professionalizzazione. Accanto a questa situazione nettamente prevalente, si riscontrano contesti nazionali dove co-esiste una struttura duale, ove, a fianco dell'immagine sopra descritta, si ritrovano anche lavoratori immigrati quali figure altamente specializzate. Infine, è peculiare la situazione dei Paesi dell'Europa orientale come l'Ungheria, dove i pochi lavoratori immigrati rappresentano una percentuale minima di figure altamente professionalizzate provenienti da altri Stati dell'Europa occidentale.

Al di là di tali distinzioni gli studi, condotti a distanza di due anni, mostrano ancora la debolezza dell'integrazione dei lavoratori immigrati nel mercato europeo con una marcata differenza di opportunità di crescita e di accesso ad una occupazione di qualità rispetto alle altre categorie di lavoratori.

2. I dati raccolti confermano la presenza di vere e proprie barriere alla stabilizzazione dei lavoratori immigrati e di conseguenza alla loro crescita professionale, che vengono rappresentate in tre ostacoli principali. In primo luogo, sembra emergere una partecipazione significativamente minore, rispetto agli altri lavoratori, a corsi di formazione professionalizzanti. Secondariamente vengono evidenziati gli ostacoli linguistici e di contesto burocratico, economico, legale che si frappongono al riconoscimento delle qualifiche e del patrimonio di competenze. Infine, si rileva un persistente atteggiamento di discriminazione diretta con trattamenti differenti pur in condizione di parità di situazioni. Nazionalità e sesso sono ancora fattori discriminanti nell'accesso al lavoro, soprattutto a lavori stabili e qualificati. Un ulteriore rilevante fattore è l'eterogeneità dei lavoratori immigrati. Da Stato a Stato, si assiste a situazioni molteplici che possono trasformarsi in diversi fenomeni di ineguaglianza. Questo è dovuto al fatto che le discriminazioni prese in considerazione non riguardano i lavoratori immigrati come un insieme, ma generano forti disparità a seconda della nazionalità degli individui o dei *background* culturali differenti anche all'interno dello stesso Paese. Ad esempio, considerando l'*over-education*, – il possesso di un titolo di studio sovradimensionato rispetto al lavoro svolto –, risulta evidente come il fenomeno interessi per lo più i lavoratori provenienti dall'Europa dell'Est, dove i tassi di istruzione sono sostanzialmente più elevati rispetto ai Paesi musulmani o dai Paesi dell'Africa. Se si considerano i dati suddivisi per nazionalità e genere il fenomeno si presta a ulteriori valutazioni. Le donne provenienti dall'Europa dell'Est – che in genere possiedono alti livelli di istruzione, sia rispetto alle donne del Paese ove sono immigrate, sia rispetto alle altre immigrate da Paesi musulmani – appaiono comunque impiegate in profili che richiedono scarse qualifiche, risultando allo stesso tempo soggetti più a rischio in termini di svalutazione delle loro competenze rispetto alle altre donne. Le stesse differenze si riscontrano analizzando i dati relativi alla partecipazione ai corsi di formazione, o al riconoscimento di qualifiche o abilità.

3. Dal rapporto emerge che, sebbene con diverso grado di attenzione, molti Stati membri agiscono contro la discriminazione etnica dei lavoratori sui luoghi di lavoro attraverso dichiarazioni formali o una legislazione specifica. Danimarca, Finlandia, Lussemburgo e Gran Bretagna si contraddistinguono per il contesto legislativo accompagnato da azioni di informazione e veri e propri programmi di promozione delle pari opportunità. Permane tuttavia un insieme di fattori quali la burocrazia, le difficoltà linguistiche e di inserimento socio-culturale che costituiscono una solida barriera all'integrazione nel mondo del lavoro, e diventano, facilmente, un forte ostacolo anche alle opportunità di carriera dei lavoratori immigrati.

Si evidenziano, inoltre, alcune rilevanti difformità nella tipologia di azioni per la promozione delle pari opportunità nei confronti dei lavoratori immigrati. L'eterogeneità delle soluzioni illustrate nel rapporto può essere attribuita al differente atteggiamento nei confronti del fenomeno migratorio nei diversi Stati e alla diversità dei mercati del lavoro che

li caratterizzano. Risaltano due tipologie di interventi principali: *prevenzione e tutela* dei lavoratori immigrati dalle discriminazioni, *interventi di politica attiva* per promuovere l'integrazione e la socializzazione degli stessi. Nelle varie legislazioni nazionali oltre alle politiche di protezione, coesistono misure volte a garantire strumenti alle associazioni sindacali per dare avvio ad azioni contro le discriminazioni, procedure più veloci, supporti legali e finanziamenti da destinare alle vittime di discriminazione, e ancora, fondi per le agenzie che si occupano di monitorare le istanze che generalmente vengono raccolte tramite la presenza di mediatori sui luoghi di lavoro.

Tra le politiche attive per la promozione delle pari opportunità, in Francia già dal 2004 è stata istituita l'*Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité* (HALDE), una apposita autorità di sostegno alle vittime di fenomeni di discriminazione, mentre in Austria è stato nominato un difensore civico per la promozione delle pari opportunità all'interno delle aziende. Questi istituti, sostenuti da una legislazione che assicura protezione legale in caso di abusi da parte di colleghi o di datori di lavoro, possono però essere utilizzati solo se la vittima trova la forza e il coraggio di reagire ai pregiudizi subiti. Inoltre, la loro efficacia difficilmente può essere misurata. Non vengono rilevate: la percentuale di immigrati che è al corrente di questi strumenti, coloro che hanno la possibilità effettiva di rivolgersi ad una autorità in caso di discriminazione e neppure quante sono le vittime di fenomeni discriminatori.

Il rapporto continua con la descrizione di programmi e iniziative pubbliche che si concentrano su cultura e formazione.

L'alfabetizzazione di base e i corsi di lingua per gli immigrati sono tra le attività più diffuse. La Germania promuove corsi avanzati che uniscono all'insegnamento della lingua nozioni socio-culturali, la Repubblica Ceca aggiunge l'acquisizione di competenze di base come l'utilizzo del computer o la redazione di un *curriculum vitae*. La Danimarca nel 2007 ha organizzato il corso *Il Danese per il mercato del lavoro* che dava ai partecipanti l'opportunità di acquisire competenze linguistiche specifiche in relazione alla propria funzione di lavoro. L'organizzazione di questi corsi è finalizzata sia all'apprendimento della lingua sia di competenze specifiche necessarie nel mondo del lavoro europeo, ma soprattutto rappresenta uno dei principali strumenti per il miglioramento della socializzazione e dell'integrazione degli immigrati all'interno della società.

Si delinea però una dinamica paradossale. Queste soluzioni si concentrano su lavoratori immigrati, qualificati o no, inseriti in grandi aziende dove il sindacato è presente ed esistono forme, anche solo minime, di protezione. Non sono coinvolti in nessun modo i lavoratori immigrati di settori come agricoltura o edilizia e tutti i lavoratori del mercato sommerso, che rimangono nella fascia ad alto rischio di esclusione sociale.

Anche le iniziative organizzate all'interno delle aziende private non riscontrano molto più successo, risultano anzi troppo formali e poco ambiziose. L'analisi di casi o *best practices* sull'applicazione di azioni proattive mostrano, nei pochi numeri raccolti, che le aziende spesso ripercorrono i programmi pubblici focalizzandosi su progetti formativi o supporti logistici, oppure promuovono campagne di sensibilizzazione per migliorare l'integrazione tra i lavoratori immigrati e non. Le stesse aziende dichiarano tali azioni utili come promozione dell'integrazione all'interno della propria organizzazione. Nei servizi pubblici o negli ospedali, o anche in casi di aziende private come McDonald's, permettono perfino di migliorare la produttività della forza lavoro, la performance ed il clima aziendale, nonché un ritorno di immagine positivo. Molto raramente però incidono sulla stabilizzazione e sulla progressione lavorativa dei lavoratori stranieri.

Per questo sono ancora più interessanti quelle aziende che cercano di accrescere la presenza di lavoratori immigrati nelle posizioni di *management*. Si tratta comunque di circostanze sostanzialmente isolate. In Francia un'azienda ha imposto una percentuale nel reclutamento di posizioni manageriali, destinandola ai lavoratori immigrati; in Norvegia

alcune aziende si sono impegnate ad incrementare la rappresentanza di lavoratori immigrati tra i loro manager e in Portogallo è stato individuato un esempio di riconoscimento dei titoli posseduti dai lavoratori immigrati per gli avanzamenti di carriera.

Nell'ambito più vicino al lavoratore, ovvero nei luoghi di lavoro, uno degli strumenti possibili per assicurare le pari opportunità di crescita professionale è la contrattazione collettiva, che può agire attraverso l'inserimento di clausole *ad hoc* negli accordi collettivi. Nel territorio europeo questa strada non ha ancora raggiunto uno stadio maturo, e, al momento, appare piuttosto debole anche il supporto dei sindacati in questa direzione.

Risulta inoltre incompleto sia il monitoraggio di tutte le azioni positive e delle attività promosse sia la rilevazione dei dati relativi alla partecipazione ai programmi di formazione, indispensabile per la valutazione dell'efficacia di questi strumenti. Nello stesso modo sono limitate e non omogenee, le rilevazioni su disuguaglianze e discriminazioni, ma anche sulle buone pratiche esistenti.

La carenza di attenzione sulla promozione occupazionale dei lavoratori immigrati e la mancanza di prove empiriche generano un circolo vizioso per il quale allo scarso interesse della politica sul tema consegue il mancato stanziamento di fondi per la raccolta di dati affidabili. Allo stesso tempo, l'impossibilità di avere analisi approfondite sulla situazione esistente comporta il perdurare della limitata attenzione del pubblico a questo problema.

5. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro

5.1. A. VALEYRE, E. LORENZ, D. CARTRON, P. CSIZMADIA, M. GOLLAC, M. ILLÉSSY, C. MAKÓ, *Working conditions in the European Union: Work organisation*, European Foundation for the Improvement of Working and Living Conditions, 2009 (in *EU Boll. Adapt*, 2009, n. 7).

Impatto delle strategie organizzative sulla qualità del lavoro

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Caratteristiche ed articolazione territoriale delle forme di organizzazione del lavoro. – 3. L'impatto sulla qualità del lavoro e sulla salute e sicurezza dei lavoratori. – 4. Prospettive evolutive e raccomandazioni politiche.

1. Il rapporto in rassegna è l'esito di uno studio elaborato sulla scorta della quarta Indagine europea sulle condizioni di lavoro (condotta nel 2005 dalla Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro). Esso tratta problematiche che figurano ai primi posti dell'agenda politica per l'occupazione dell'Unione Europea. L'obiettivo generale dell'indagine è fornire una panoramica delle condizioni di lavoro in tutta Europa, nonché un'indicazione della portata e del tipo di cambiamenti che coinvolgono la forza lavoro e la qualità del lavoro. La diversità delle forme di organizzazione del lavoro in Europa è il tema esplorato e l'oggetto principale dello studio.

Sotto un profilo metodologico, lo studio analizza i risultati della suddetta Indagine al fine di identificare le differenze nelle principali forme di organizzazione del lavoro dei Paesi dell'UE, esaminando le caratteristiche strutturali, demografiche e transnazionali che aiutano a definirne le diverse forme e studiando il rapporto tra l'organizzazione del lavoro e le varie dimensioni della qualità del lavoro e dell'occupazione. Lo studio comprende un'analisi dei legami esistenti tra l'organizzazione del lavoro e le pratiche di gestione delle risorse umane, nonché un esame dell'organizzazione del lavoro in enti di piccole dimensioni e in settori "non di mercato", quali le istituzioni dell'amministrazione pubblica, della sicurezza sociale, dell'istruzione, della sanità e del lavoro sociale.

La trattazione si snoda lungo tre direttrici tematiche principali.

2. *In primis* il rapporto delinea una mappatura tipologica, strutturale e territoriale delle forme organizzative del lavoro nello scenario europeo. Sulla base delle analisi e dell'insieme di variabili utilizzate, vengono individuati quattro tipi principali di organizzazione del lavoro: l'apprendimento discrezionale, la produzione snella, il taylorismo e i modelli di organizzazione del lavoro tradizionali o a struttura semplice. Il metodo dell'apprendimento discrezionale, applicato al 38% dei lavoratori che hanno partecipato all'indagine, è caratterizzato da flessibilità funzionale, cioè da alti livelli di autonomia sul lavoro, da attività di apprendimento e *problem-solving*, dalla complessità delle mansioni, dall'autovalutazione della qualità del lavoro e, in misura minore, da un lavoro di squadra autonomo. La produzione snella (26% dei lavoratori) è caratterizzata principalmente da un livello più alto di lavoro di squadra e di rotazione delle mansioni, dall'autovalutazione della qualità del lavoro e dalle norme di qualità, nonché dai vari fattori che influenzano il ritmo di lavoro. Per contro, i modelli tayloristi di organizzazione del lavoro (20% degli impiegati) sono caratterizzati da bassi livelli di autonomia, in particolare per quanto riguarda i metodi di lavoro, da scarse dinamiche di apprendimento, da bassi livelli di complessità e da una rappresentanza eccessiva delle variabili che misurano i vincoli sui ritmi del lavoro, dalla ripetitività e dalla monotonia delle mansioni, nonché dalla presenza di norme di qualità. Nelle forme tradizionali o a struttura semplice (16% dei lavoratori) tutte le variabili dell'organizzazione del lavoro sono sottorappresentate e i metodi sono ampiamente informali e non codificati.

L'articolazione e la diffusione dei modelli nei 27 Stati membri è strettamente correlata al settore dell'attività economica ed alla categoria occupazionale.

Il metodo dell'apprendimento discrezionale, infatti, è fortemente sviluppato nel settore dei servizi, mentre la produzione snella e il taylorismo vengono impiegati più frequentemente nelle industrie manifatturiere. In termini di categorie occupazionali, le forme tradizionali o a struttura semplice di organizzazione del lavoro sono più frequenti tra i lavoratori nel campo dei servizi e della vendita, nonché tra i lavoratori non qualificati, mentre le forme di apprendimento discrezionale prevalgono tra gli alti dirigenti, i professionisti e i tecnici. Anche le caratteristiche demografiche dei lavoratori hanno rilevanza: ad esempio, l'apprendimento discrezionale è più diffuso tra i lavoratori più anziani, mentre il taylorismo viene applicato principalmente ai giovani lavoratori. Allo stesso tempo, la produzione snella è caratterizzata da una sovra-rappresentanza degli uomini, mentre le forme tradizionali o a struttura semplice di organizzazione del lavoro sono caratterizzate da una maggiore presenza di donne.

Da una prospettiva transnazionale, emergono ampie differenze anche in termini di importanza delle quattro forme di organizzazione del lavoro nell'ambito dell'UE-27. L'apprendimento discrezionale è più sviluppato in Danimarca, Svezia e Paesi Bassi, mentre la produzione snella è più diffusa in Irlanda e nel Regno Unito, nonché in numerosi Paesi dell'Europa orientale, in Finlandia, nel Lussemburgo, a Malta e in Portogallo. Il taylorismo è maggiormente diffuso nei Paesi dell'Europa meridionale e in molti Paesi orientali, mentre le forme tradizionali e a struttura semplice sono più sviluppate nei Paesi meridionali e in alcuni Paesi dell'Europa orientale.

Le politiche in materia di gestione delle risorse umane rappresentano un'altra caratteristica distintiva delle varie forme di organizzazione del lavoro adottate nei Paesi dell'UE. In particolare, le politiche adottate in materia di formazione, tipo di contratto di lavoro, sistemi di pagamento e consultazioni e discussioni legate al lavoro svolgono un ruolo cruciale. Ad esempio, l'apprendimento discrezionale e la produzione snella tendono ad essere caratterizzati da più alti livelli di formazione complementare fornita dal datore di lavoro, da un maggior impiego di forme di remunerazione variabile o incentivante, da posti più sicuri associati ad un maggiore uso di contratti a tempo indeterminato e da un mag-

gior coinvolgimento dei lavoratori nelle consultazioni e nelle discussioni inerenti al lavoro.

Con più specifico riferimento al nostro Paese, poi, la suddetta mappatura evidenzia che l'Italia, pur rivelando una discreta diffusione dell'apprendimento discrezionale, segue Portogallo e Grecia per la maggior diffusione del modello meno virtuoso: il taylorismo. Il dato sembra mettere in luce una discrasia tra la codificazione giuridica formale delle tutele – molto sviluppata in queste realtà nazionali in tema di tutela della qualità e del benessere nei luoghi di lavoro – e l'incapacità delle stesse di penetrare concretamente il mondo del lavoro, attraverso una più stretta integrazione tra modelli economici e gestionali ed esigenze di politica sociale e del lavoro.

3. La parte centrale del rapporto è la più densa. Dall'indagine ivi condotta emergono le interrelazioni tra ciascuna forma di organizzazione del lavoro ed i principali aspetti della qualità del lavoro e dell'occupazione. In tale quadro, l'apprendimento discrezionale viene giudicato il più virtuoso, contrariamente al taylorismo, individuato come il meno idoneo a garantire la promozione della qualità dell'ambiente lavorativo.

L'indagine causale è stata condotta alla luce dei seguenti parametri: esposizione a fattori di rischio fisico (*i.e.* rischio ergonomico, rischio ambientale, esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici), modulazione degli orari di lavoro, incidenza dei rischi per la salute e la sicurezza, intensità del lavoro, possibilità di conciliazione tra vita lavorativa e vita privata, utilizzo di premi intrinseci, qualità delle condizioni psicologiche connesse alla gestione delle risorse umane o all'integrazione sociale sul luogo di lavoro e livello di soddisfazione personale sulle condizioni di lavoro.

I suddetti fattori, in realtà, sempre più frequentemente si pongono all'attenzione del legislatore (nazionale e comunitario), delle imprese e della letteratura organizzativa, per una gestione integrata della salute e sicurezza dei lavoratori, a fronte delle peculiari criticità correlate all'adozione di strategie organizzative del lavoro non standard. Invero, dal punto di vista prettamente organizzativo, il crescente *focus* sulle questioni inerenti alle condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori è associato all'implementazione dei più recenti paradigmi gestionali, al fine di una esatta individuazione dei costi e di una equilibrata allocazione delle risorse aziendali. Dal punto di vista giuridico, poi, l'analisi del rapporto di correlazione tra i nuovi modelli di organizzazione del lavoro e le condizioni di salute e sicurezza appare significativa, ai fini dell'interpretazione e della ottimizzazione del dato legale, soprattutto alla luce della emersione di nuove tipologie di rischio.

Specularmente, ai fini della valutazione della qualità dell'ambiente di lavoro, l'indagine si sofferma in particolare sul tema dell'intensificazione dei ritmi di lavoro e del ricorso a modulazioni degli orari di lavoro non standard. Vengono così analizzate le pratiche dell'orario di lavoro non standard, prolungato e flessibile, nelle loro più specifiche declinazioni: l'orario di lavoro prolungato settimanale, l'orario di lavoro prolungato giornaliero, il lavoro nel finesettimana ed il lavoro notturno. I primi due modelli alludono a dimensioni organizzative in cui si ha rispettivamente il superamento delle 48 ore settimanali ovvero delle 10 ore giornaliere di lavoro. Per le altre due tipologie, poi, il lavoro nel finesettimana ed il lavoro notturno, vengono presi in considerazione rispettivamente nel caso vi si faccia ricorso per più di una volta al mese e per più di cinque volte in un mese.

L'indagine evidenzia che i suddetti modelli organizzativi, basati sulla modulazione non standard dell'orario di lavoro, sono più diffusi nella produzione snella e nell'apprendimento discrezionale che nei modelli tradizionali, a struttura semplice o tayloristi.

Proprio le suddette pratiche, tuttavia, si pongono al centro di un complesso dibattito istituzionale – comunitario ed internazionale – inerente ai loro possibili effetti negativi sulla salute e sicurezza dei lavoratori (EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Working time flexibility in European companies. Establishment Survey on Working Time 2004-2005*, 2007). Le rilevazioni critiche, del resto,

trovano fondamento in numerosi studi di medicina del lavoro che evidenziano i significativi legami tra la loro adozione e la comparsa di molteplici patologie: alterazione dei ritmi circadiani sonno-veglia; riduzione della qualità e quantità del sonno; senso maggiore di fatica; disturbi dell'umore, ansia, depressione e nevrosi; disturbi cardiovascolari; disordini gastrointestinali e, sulle donne in particolare, aumento del rischio di aborti spontanei o di nascita di bambini prematuri (C. CARUSO, E. HITCHCOCK, R. DICK, J. RUSSO, J. SCHMIT, *Overtime and Extended Work Shifts: Recent Findings on Illnesses, Injuries, and Health Behaviors*, U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, aprile 2004, nonché J.M. HARRINGTON, *Health effects of shift work and extended hours of work*, in *British Medical Journal*, gennaio 2001, 58, 68-72). La pratica dell'orario di lavoro prolungato, inoltre, innalzerebbe in modo significativo il tasso di infortuni sul lavoro, oltre che indurre nel lavoratore stress ed affaticamento tali da renderlo scarsamente soddisfatto della propria vita professionale, familiare e relazionale, anche a causa della ridotta capacità di conciliazione tra le stesse. Emblematica sarebbe al riguardo l'esperienza del settore lavorativo a bordo delle navi da pesca, tradizionalmente caratterizzato da orari di lavoro prolungati e da lunghi periodi di mancata conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare (CIRM, *Lo stress del lavoratore del comparto marittimo*, in *Atti della Settimana del Cervello/Brain Awareness Week 2008*, 2008).

Di contro, altra parte della letteratura rileva la totale assenza di interrelazioni negative tra il ricorso all'orario di lavoro lungo ed il tasso di infortuni sul lavoro, dimostrando, addirittura, la maggior soddisfazione dei lavoratori per la loro vita sociale e familiare ad esso riconducibile (M.D. JOHNSON, J. SHART, *Impact of a change from an 8-h to a 12-h shift schedule on workers and occupational injury rates*, in *International Journal of Industrial Ergonomics*, maggio 2001, vol. 27, n. 5).

L'indagine procede con l'analisi dell'impatto dei modelli organizzativi sulla sperimentazione della precarietà del posto di lavoro. Essa, in uno con la percezione di essere sottopagati, è un tipico effetto del taylorismo e si riscontra in misura minore tra chi lavora secondo il metodo dell'apprendimento discrezionale. Allo stesso tempo, la percentuale dei lavoratori che si ritengono soddisfatti o molto soddisfatti delle condizioni di lavoro nell'ambito della loro principale occupazione retribuita è più alta nell'apprendimento discrezionale e più bassa nell'ambito del taylorismo. A tale rilevazione si riconducono effetti di non poco momento.

La letteratura medica, infatti, evidenzia come l'esposizione alle esperienze di lavoro precario, caratterizzate da instabilità, mancanza di protezione, insicurezza e vulnerabilità economica, determini significativi effetti sulla salute dei lavoratori (E. TOMPA, H. SCOTT-MARSHALL, R. DOLINSCHI, S. TREVITHICK, *Precarious employment experiences and their health consequences: Towards a theoretical framework*, IOS Press, Amsterdam, 2007). La c.d. *job in security* – consistente nella percezione individuale della insicurezza del proprio posto di lavoro – in particolare, indurrebbe forte stress nel lavoratore, di modo che l'esposizione a detto fattore, per lungo tempo, sarebbe la causa di gravi patologie, quali infarto e tumori. Più in particolare i precari risulterebbero fortemente esposti al fenomeno dell'emarginazione nel contesto lavorativo, oltre quello dello scarso coinvolgimento e della scarsa partecipazione alle iniziative aziendali in materia di salute e sicurezza. Ferma restando la necessità di distinguere tra le diverse fattispecie di lavoro temporaneo, a seconda del tipo di contratto e delle competenze richieste.

Al termine dell'indagine causale, poi, il rapporto perviene alla rilevazione per cui l'adozione dell'apprendimento discrezionale come modello di organizzazione del lavoro, rispetto ai metodi della produzione snella e del taylorismo, può comportare migliori condizioni di lavoro in termini di minore intensità di lavoro, minore esposizione a rischi fisici, migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata e minore incidenza dei problemi di

salute connessi al lavoro. L'apprendimento discrezionale è altresì associato a più alti premi intrinseci, migliori condizioni psicologiche legate alle politiche di gestione delle risorse umane e all'integrazione sociale sul luogo di lavoro, nonché a più elevati livelli globali di soddisfazione dei lavoratori in merito alle condizioni di lavoro.

La conclusione sintetizza così una cospicua letteratura di matrice organizzativa. Essa sottolinea come nelle strutture organizzative funzionalmente flessibili, tipiche dell'apprendimento discrezionale, la presenza di gruppi autodiretti, caratterizzati da polivalenza funzionale, autonomia, maggiori opportunità di esercitare le proprie capacità di *problem-solving*, la latitudine decisionale porterebbe a risultati molto positivi grazie alla riduzione del cosiddetto *job strain* (J.V. JOHNSON, E.M. HALL, *Job strain, workplace, social support and cardiovascular disease: A cross-sectional study of a random sample of the Swedish working population*, in *American Journal of Public Health*, 1988, 78).

Esso identifica uno dei principali *stressor* lavorativi consistente nella percezione di bassi livelli di potere decisionale durante lo svolgimento della mansione, specie quando questo è associato ad un contenuto particolarmente impegnativo. Interdipendenza funzionale e lavoro di gruppo sarebbero dunque alla base di un maggior grado di benessere organizzativo. Invero tali modelli organizzativi, caratterizzati da maggiore flessibilità, responsabilità e più opportunità formative offrono ai lavoratori più possibilità di crescita professionale ed autonomia e gli *output* ad essi correlati sembrerebbero potenzialmente identificarsi con minori livelli di stress e la percezione di maggiore soddisfazione e benessere (NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH, *The changing Organization of work and the safety and health of working people*, 2002).

La tesi, tuttavia, non manca di autorevoli detrattori. Parte della letteratura economica, invero, ha a lungo contestato l'esistenza di reali interrelazioni positive tra l'organizzazione del lavoro e la qualità del lavoro, soprattutto sotto il profilo della soddisfazione del lavoratore per il proprio lavoro. Il risultato cui si perviene, in tal caso, è la destrutturazione del binomio causale *high performance-work satisfaction* (intense prestazioni-alto livello di soddisfazione) e la dimostrazione che le pratiche di *high performance*, comportino una anomala intensificazione del lavoro, con l'unico effetto di accrescere l'insicurezza e lo stress dei lavoratori (M. PARKER, J. SLAUGHTER, *Choosing sides: Unions and the team concept*, Labor Notes, Detroit (Michigan), 1988).

Alla luce della dialettica in atto, sembra piuttosto doversi osservare che l'efficienza e l'efficacia dei modelli dell'apprendimento discrezionale, debbano essere in ogni caso temperate col fatto che, sul piano pratico, i gruppi di lavoro flessibili non presentano caratteristiche omogenee, manifestando livelli divergenti di rafforzamento funzionale.

Spesso, infatti, la dimensione discrezionale del compito è meramente marginale e, ad un'intensificazione del carico di lavoro, non corrisponde un adeguato livello di controllo sul contenuto della mansione. In tali casi, il potere decisionale sulla modalità di organizzazione del lavoro nel gruppo resta ancora principalmente ancorato alla figura del datore di lavoro o del *management*. La principale criticità si identificherebbe, pertanto, nella carenza di effettivo potere gestionale in microstrutture estemporanee, quando comparate alla tradizione dei grandi gruppi socio-tecnici (E. APPELBAUM, R. BATT, *The New American Workplace*, ILR Press, Ithaca, 1994, nonché J.A. KLEIN, *A Reexamination of Autonomy in Light of New Manufacturing Practices*, in *Human Relations*, 1991, vol. 44, n. 1, 21-38).

In tali casi, l'introduzione di strumenti di flessibilità funzionale, in controtendenza a quanto sopra rilevato, indurrebbe un aumento del citato fenomeno del *job strain* e dell'assenteismo. Gli effetti benefici dei modelli di flessibilità funzionale/apprendimento discrezionale, sarebbero quindi neutralizzati e l'intensificazione dei ritmi, non bilanciata da un'ideale responsabilizzazione del gruppo di lavoro, si tradurrebbe in un mero sovraccarico fisico e mentale dell'individuo.

Nel medesimo meccanismo si inscriverebbe anche l'emersione del fenomeno conosciuto in Giappone come *Karoshi*, ossia il decesso del lavoratore causato da un eccesso di lavoro (T. UEHATA, *Karoshi due to occupational stress-related cardiovascular injuries among middle-aged workers in Japan*, in *Journal of Science of Labour*, 1991, n. 67, 20-28).

La pluralità di fattori eziologici in gioco, richiede pertanto un attento contemperamento tra postulati teorici e risultati analitici, affinché i dati offerti dal rapporto possano essere letti prescindendo da assoluti dogmatismi.

4. Sotto un profilo applicativo ed in prospettiva evolutiva, poi, i risultati dello studio vengono utilizzati al fine di individuare e proporre alcuni indicatori politici per l'evoluzione delle forme di organizzazione del lavoro. Il rapporto propone, infatti, quattro indicatori potenzialmente applicabili impiegati per monitorare i progressi compiuti dagli Stati membri nello sviluppo di forme innovative di organizzazione del lavoro: la rilevazione percentuale dei lavoratori che apprendono concetti nuovi sul luogo di lavoro e dei lavoratori che partecipano alle attività di *problem-solving*; la formulazione di un criterio di valutazione combinato dell'autonomia sul lavoro, basato sulla media delle percentuali dei lavoratori che esercitano un controllo sul loro metodo e ritmo di lavoro e sull'ordine delle loro mansioni; la determinazione del numero di lavoratori che, lavorando in squadre autonome, possono prendere decisioni sulla divisione delle mansioni, come percentuale del numero di lavoratori che lavorano in tutte le squadre.


Nelle raccomandazioni politiche finali, compare poi l'auspicio di utilizzo di tali indicatori per contribuire allo sviluppo di una serie di sotto-indicatori inerenti vari aspetti della qualità nel lavoro: rischi fisici, rischi per la salute e la sicurezza connessi al lavoro, orari di lavoro, intensità del lavoro, equilibrio tra vita lavorativa e vita privata, condizioni psicologiche sul luogo di lavoro e soddisfazione in merito alle condizioni di lavoro.


I suddetti parametri, infatti, potrebbero essere adottati per informare le politiche e integrare le forme innovative di organizzazione del lavoro, in modo funzionale alla Strategia europea per l'occupazione. La decisione del 2005 del Consiglio europeo concernente gli orientamenti per le politiche dell'occupazione degli Stati membri ha confermato, infatti, il ruolo guida svolto dalla stessa nella realizzazione degli obiettivi della Strategia di Lisbona in materia di occupazione e mercato del lavoro, nonché nel miglioramento della qualità e della produttività sul luogo di lavoro e nel rafforzamento della coesione ed inclusione sociale (decisione del Consiglio sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione, 12 luglio 2005, 2005/600/CE).

Tali obiettivi, sottolinea il rapporto, possono essere sostenuti solo formulando politiche adeguate, volte ad incoraggiare forme di organizzazione del lavoro che promuovano migliori prestazioni nel rispetto della salute e della sicurezza, coltivando al contempo un'uguaglianza sociale sostenibile in termini di accesso ai posti di lavoro, carriera e influenza sul luogo di lavoro.

L'assunto interpreta del resto le più recenti disposizioni programmatiche delle istituzioni comunitarie in tema di qualità degli ambienti di lavoro le quali enfatizzano il ruolo della tutela della salute e sicurezza dei lavoratori quale valore assoluto e trasversale, strumentale al conseguimento di maggiori livelli di benessere, produttività e prosperità economica (*Libro Bianco* della Commissione europea per la salute, relativo al periodo 2008-2013 e la comunicazione della Commissione europea, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*). Sulla medesima linea si auspica possa progredire lo sviluppo dei sistemi di gestione aziendale nello scenario del nostro Paese.

6. Somministrazione di lavoro

6.1. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*, 2008 (in  *Boll. Adapt*, 2009, n. 2).

6.2. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 19 novembre 2008, n. 104/2008/CE (in  *Boll. Adapt*, 2008, n. 38).

(6.1. – 6.2.) La somministrazione di lavoro in Europa: il quadro comparato e le prospettive dopo la direttiva n. 104 del 2008

Sommario: **1.** Il quadro comparato in Europa: i temi della comparazione. – **2.** La parità di trattamento. – **3.** Le restrizioni e i divieti nel ricorso al lavoro tramite agenzia. – **4.** La contrattazione collettiva e i profili di discontinuità nella normativa degli Stati membri. – **5.** Indicazioni bibliografiche essenziali.

1. Lo studio sulle agenzie di somministrazione in Europa della Fondazione di Dublino (in epigrafe) fotografa la diffusione ed il funzionamento delle agenzie nei diversi Stati europei, con particolare attenzione al ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione dell'istituto. Lo studio è tanto più interessante perché realizzato con la consapevolezza dell'imminente adozione della direttiva in materia e offre, pertanto, una prima occasione per ragionare sull'impatto della disciplina comunitaria.

Come noto l'adozione della direttiva rappresenta l'esito di un complesso confronto a livello comunitario, iniziato negli anni Novanta e che ha trovato un punto di svolta nelle Dichiarazioni congiunte del 28 febbraio 2007. Le Dichiarazioni congiunte, cui si riferisce lo studio in esame, sono rispettivamente: la EUROCIETT, UNI-EUROPA, *Joint Declaration within the framework of the flexicurity debate*, 28 febbraio 2008, e la EUROCIETT, UNI-EUROPA, *Joint Declaration on the draft Directive on working conditions for temporary agency workers*, 29 maggio 2008.

Le Dichiarazioni citate hanno anticipato alcuni contenuti fondamentali della direttiva 19 novembre 2008 n. 104/08 (in epigrafe) e favorito le condizioni politiche per il raggiungimento di un consenso diffuso a livello di istituzioni comunitarie.

La Dichiarazione congiunta del febbraio 2007 ribadisce le imprescindibili esigenze di tutela dei lavoratori tramite agenzia e riafferma la necessità di coniugare il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori con la valorizzazione del ruolo effettivo e potenziale delle agenzie di somministrazione nel mercato del lavoro europeo. Le parti, nella Dichiarazione citata, sottolineano come la diffusione delle agenzie di somministrazione negli Stati membri possa agevolare la transizione dalla disoccupazione di lungo periodo ad un impiego stabile tramite la collocazione nel mercato del lavoro ad opera delle agenzie stesse. Nel 2008, la seconda Dichiarazione congiunta, oltre a ribadire la necessità di combattere fenomeni legati ad un uso distorto delle agenzie di somministrazione, che comportano, tra gli altri rischi, quello di un abbassamento dei livelli retributivi, sancisce definitivamente alcuni principi fondamentali. Tra questi acquistano particolare rilevanza da un lato il principio di parità di trattamento tra lavoratori "forniti" dalle agenzie e lavoratori dipendenti delle aziende "utilizzatrici", sin dal primo giorno, con la possibilità di deroghe da concordare tra le parti sociali a livello nazionale, dall'altro la previsione di criteri adeguati per legittimare il ricorso al lavoro tramite agenzia nonché per poter operare un raffronto tra le condizioni dei lavoratori somministrati e dei lavoratori dipendenti.

2. Uno dei nodi del dibattito europeo sulla regolamentazione del lavoro tramite agenzia è

stato il principio di parità di trattamento. Benché l'elaborazione teorica sull'istituto sia pressoché pacifica nell'indicarlo come criterio indispensabile per un corretto funzionamento delle agenzie di somministrazione, alcuni Paesi europei, segnatamente Irlanda e Regno Unito, erano restii ad introdurlo nel proprio ordinamento come elemento che avrebbe determinato un grave irrigidimento del mercato interno del settore. Per contro, lo studio della Fondazione di Dublino in esame sottolinea che la legislazione dei numerosi Stati membri contiene norme che affermano tale principio con riferimento ai livelli retributivi, ai periodi di formazione e in generale alle condizioni di vita e di lavoro. Il principio di parità di trattamento, tuttavia, trova una regolazione, in molti Stati europei solo a livello di contrattazione collettiva. Al riguardo, lo studio rileva come, per rendere effettiva la consolidazione del principio e per evitare che si creino dei mercati del lavoro paralleli, un ruolo importante potrebbe essere svolto dagli Ispettorati del lavoro. Parimenti importante sarebbe, sul piano della garanzia di effettività delle tutele, una maggiore individuazione dei lavoratori sui diritti loro riconosciuti come premessa per una trasparente individuazione delle responsabilità delle parti del rapporto triangolare.

Mentre in Italia il principio di parità di trattamento aveva già ottenuto un riconoscimento normativo espresso *ex art. 23, d.lgs. n. 276/2003*, esistono Paesi come Bulgaria, Cipro, Lituania, Malta, Norvegia, Irlanda e Regno Unito, che non hanno disposizioni in materia, neppure per quanto concerne il profilo retributivo. Il modello introdotto in Italia, che risulta in sintonia con gli orientamenti di politica comunitaria, tende a realizzare un sistema di concorrenza tra le aziende che si basi su fattori competitivi slegati dalle possibili differenze di carattere economico e/o normativo nel trattamento dei lavoratori. In riferimento al panorama comunitario, un'efficace sistema di tutela è posto, ad esempio, dalla normativa rumena che prevede non soltanto che i lavoratori in somministrazione debbano essere retribuiti alla stessa maniera dei dipendenti per l'intera durata della missione, ma anche che, qualora non vi siano mansioni equivalenti, al lavoratore "somministrato" dovrà essere applicata la stessa disciplina dettata dai contratti collettivi per il lavoratore dipendente. Anche in Paesi come Portogallo, Belgio e Ungheria è espressamente prevista la applicazione del principio di parità di trattamento retributivo. In Ungheria, il principio si applica con delle proroghe che possono variare da sei mesi a due anni, a seconda delle voci retributive cui si riferiscono. Un diverso meccanismo di tutela previsto dalla legislazione della Repubblica Ceca, garantisce i medesimi livelli retributivi e normativi tra lavoratori somministrati e dipendenti, seppur con delle possibili limitazioni in considerazione delle diverse esperienze professionali e delle differenti qualifiche. In Polonia, il principio di parità di trattamento retributivo e normativo trova un temperamento nelle esigenze di produttività e al fine di garantire la formazione dei lavoratori con minore esperienza professionale. Anche in Spagna, dove il principio di parità di trattamento è stato oggetto di espresso riconoscimento normativo, la l. n. 29/1999 ne ha esteso la portata. In Lussemburgo, il principio di parità di trattamento retributivo, previsto dal Codice del Lavoro, può essere applicato, secondo le indicazioni dei contratti collettivi, fino a ricomprendere tutte le voci retributive. Anche in Germania, è disposto per legge l'obbligo di garantire ai lavoratori somministrati gli stessi livelli retributivi e normativi dei lavoratori dipendenti, seppur con delle deroghe consentite quando i contratti collettivi intervengano in tal senso. Le deroghe possono riguardare il momento di operatività del principio di parità di trattamento, che può essere applicato dopo le sei settimane di missione per consentire l'accesso al mondo del lavoro di lavoratori disoccupati. Il principio di parità di trattamento trova espressione anche sotto il profilo della formazione, intesa non soltanto come veicolo per accrescere le competenze professionali, ma anche come necessario percorso per aumentare le occasioni di occupazione. Esistono Nazioni come la Francia, in cui il legislatore e le parti sociali hanno dimostrato particolare attenzione al profilo della parità di trattamento nella formazione. È, inoltre, previsto per legge l'obbligo di formazione verso

quei lavoratori che svolgono attività pericolose. La formazione rappresenta, infatti, in materia di salute e sicurezza, una delle questioni di maggior rilievo per garantire un'effettiva parità di trattamento dei lavoratori somministrati e in relazione alla tenuta stessa del sistema. Il diritto d'informazione e un livello di formazione adeguata devono necessariamente essere garantiti ai lavoratori in somministrazione, come è dato acquisito nella esperienza dei Paesi europei che hanno da più tempo adottato tale tipologia contrattuale. In altri Paesi, come il Portogallo, è previsto che la formazione sia obbligatoria verso i lavoratori somministrati con un contratto di durata superiore ai sei mesi. In Spagna, il legislatore ha previsto l'obbligo per le aziende utilizzatrici di investire in formazione con particolare attenzione ai profili della prevenzione e della sicurezza. In Belgio, un contratto collettivo di settore per il 2007-2008 ha previsto un fondo speciale che dovrà garantire le risorse per la formazione in materia di sicurezza dei lavoratori tramite agenzia. In Danimarca, l'obbligo d'informazione in materia di salute e sicurezza grava sull'azienda utilizzatrice, mentre, in Paesi come Germania, Belgio e Finlandia, gli obblighi di informazione sono distribuiti in maniera differente. Nei Paesi da ultimo citati, spetta, infatti, all'azienda utilizzatrice informare l'agenzia di somministrazione circa gli eventuali rischi attinenti l'attività lavorativa, mentre l'agenzia di somministrazione sarà tenuta ad informare i lavoratori soltanto in una fase successiva. Si ricordi che nei Paesi Bassi e in Belgio, è previsto per legge che il lavoratore debba essere informato dei rischi concernenti le mansioni da svolgere in una fase che precede l'assegnazione. Il principio di parità di trattamento ha in realtà una portata molto ampia potendo riferirsi alle condizioni di vita e di lavoro in generale. Il principio di parità di trattamento "normativo" trova una sua affermazione non soltanto in Paesi come l'Italia, dove il legislatore si è dimostrato particolarmente sensibile verso tali problematiche, anticipando gli orientamenti del legislatore comunitario, ma anche in Nazioni come Belgio e Francia dove è previsto che ai lavoratori in missione siano garantite le stesse condizioni lavorative dei dipendenti. Il principio di parità di trattamento nelle condizioni lavorative è riconosciuto per legge anche in Polonia. Mentre in Paesi come la Repubblica Ceca la legge fa riferimento in generale al principio di parità di trattamento nelle condizioni lavorative, in Austria l'applicazione di tale principio è relativa alla retribuzione e all'orario di lavoro. È consentito, pertanto, un trattamento differenziato su altre materie, secondo quanto previsto dai contratti collettivi. In Germania, possono sussistere trattamenti differenziati dal momento che le condizioni lavorative dei dipendenti e dei lavoratori somministrati sono disciplinate da differenti contratti collettivi. Come anticipato, anche sulla scorta dei punti di consenso raggiunti con la Dichiarazione congiunta del 2008, la direttiva n. 104 ha, infine, accolto il principio con la possibilità di temperarne il ricorso con alcune deroghe, legittime, tuttavia, in presenza di circostanze particolari e in ossequio ad un precedente accordo collettivo a livello nazionale tra le parti sociali. Le deroghe possono operare solo in presenza di un livello adeguato di tutele. In ogni Stato membro deve, pertanto, essere sempre prevista una base minima di tutela del lavoratore somministrato. In Gran Bretagna, a seguito di un accordo raggiunto dal Governo britannico nel maggio 2008, i lavoratori riceveranno lo stesso trattamento, per quanto attiene le condizioni minime, solo dopo le dodici settimane lavorative. L'accordo è stato raggiunto in considerazione delle particolari esigenze espresse anche in passato dalla delegazione nazionale di offrire maggiore flessibilità al mercato del lavoro nazionale attraverso la concessione di un periodo di deroga. È stato così superato uno dei punti di maggiore criticità su cui si erano incontrate le più grandi difficoltà per il raggiungimento di un accordo in vista dell'approvazione della direttiva. Il principio di parità di trattamento, ribadito all'art. 5 della direttiva citata, ha molteplici implicazioni. La direttiva si riferisce a «condizioni di base di lavoro e di occupazione» dei lavoratori in somministrazione «almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi lo stesso lavoro». Secondo la direttiva citata, le regole

vigenti nelle imprese utilizzatrici poste a tutela delle donne in stato di gravidanza o allattamento, dei bambini o dei giovani (art. 5, comma 1, lett. *a*) e volte a garantire la parità di trattamento tra uomini e a contrastare «qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza, origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali devono essere rispettate a norma di quanto stabiliscono le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, i contratti collettivi e/o le altre disposizioni di carattere generale» (art. 5, comma 1, lett. *b*). Per quanto attiene al profilo retributivo, la direttiva sancisce *ex art.5*, comma 2, che le parti sociali possano stabilire una deroga al principio di parità di trattamento, ma sempre previa consultazione delle parti sociali e nello specifico rispetto ai lavoratori con contratto a tempo indeterminato che dovranno continuare ad essere retribuiti nei periodi tra una missione e un'altra. Come illustrato nello studio in esame, il principio di parità di trattamento trova una sua importante applicazione anche per quanto attiene al profilo dell'accesso all'occupazione. È disposto *ex art. 6*, comma 1, della direttiva citata, che i lavoratori in somministrazione devono essere informati dei "posti vacanti nell'impresa utilizzatrice" per consentire loro di aspirare a ricoprire "posti di lavoro a tempo indeterminato". Si è provveduto, inoltre, *ex art. 6*, comma 2, a stabilire che gli Stati membri debbano adottare le misure necessarie per dichiarare la nullità o perché possa essere dichiarata la nullità delle clausole che "vietano o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione". È previsto, inoltre, il divieto per le agenzie di lavoro interinale di richiedere un compenso ai lavoratori per l'assunzione presso l'impresa utilizzatrice o per la stipula di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro al termine della missione presso la medesima impresa utilizzatrice. I lavoratori interinali, inoltre, sempre secondo la direttiva in questione (art. 6, comma 4) devono avere accesso alle "strutture e attrezzature collettive". La direttiva si riferisce in particolare ai "servizi di ristorazione, alle infrastrutture di accoglienza dell'infanzia e ai servizi di trasporto". Tali servizi devono essere garantiti alle stesse condizioni dei lavoratori dipendenti, salvo che esistano "ragioni oggettive che giustificano un trattamento diverso". La direttiva in epigrafe si riferisce, inoltre, in linea con quanto espresso nello studio della Fondazione di Dublino, alla necessità di favorire l'accesso alla formazione, anche nei periodi tra una missione e l'altra al fine di aumentare le possibilità di occupabilità e facilitare l'avanzamento in carriera (art. 6, comma 5, lett. *a*). In linea generale è previsto che debbano, comunque, essere garantite le medesime opportunità di formazione offerte ai lavoratori dipendenti (art. 6, comma 5, lett. *b*). Un altro profilo analizzato dallo studio di Dublino, su cui la direttiva si sofferma, è quello della parità di trattamento nella "rappresentanza dei lavoratori". È previsto, infatti, all'art. 7, comma 1, che i lavoratori in somministrazione siano «presi in considerazione, alle condizioni stabilite dagli Stati membri per il calcolo della soglia sopra la quale si devono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale o dai contratti collettivi in un'agenzia interinale». La direttiva dispone, inoltre, che il comma 1 non si applica nell'ipotesi in cui gli Stati membri esercitino la facoltà di stabilire che i lavoratori in somministrazione siano considerati, ai fini del calcolo della soglia necessaria per costituire gli organi rappresentativi richiesti dalla normativa comunitaria, nazionale e dalla contrattazione collettiva, come i lavoratori dipendenti della impresa utilizzatrice. Gli Stati membri che si avvalgono della suddetta facoltà non sono tenuti ad osservare le disposizioni di cui al paragrafo 1 citato. Connessa alla tematica della rappresentanza risulta quella relativa agli obblighi d'informazione dei rappresentanti dei lavoratori che costituiscono una necessaria esplicitazione del principio di parità di trattamento. Gli obblighi d'informazione di cui all'art. 8 consistono nella necessità da parte della impresa utilizzatrice di rendere informazioni adeguate circa il ricorso a lavoratori

tramite agenzia al suo interno “all’atto della presentazione dei dati sulla situazione occupazionale”.

3. Come si evidenzia in diversi passaggi dello studio in commento, il panorama comunitario presenta molteplici tratti di discontinuità, sia per quanto riguarda la diffusione ed il funzionamento delle agenzie di somministrazione all’interno degli Stati membri, sia per quanto concerne la disciplina giuridica dell’istituto e nello specifico la determinazione dei criteri che legittimano il ricorso al lavoro tramite agenzia.

Esistono, infatti, a livello europeo, profonde differenze tra la legislazione degli Stati membri in tema di restrizioni o divieti nel ricorso al lavoro tramite agenzia. Le modalità per limitare il ricorso a tale tipologia lavorativa sono di varia natura: i divieti e le limitazioni possono riguardare attività lavorative e settori specifici, la percentuale ammessa di lavoratori in somministrazione, la durata e la quantità di assegnazioni consentita, le ragioni o le condizioni che permettono il ricorso al lavoro tramite agenzia, nonché la sostituzione di lavoratori in sciopero ed i controlli sul rispetto della normativa a tutela della sicurezza. In alcuni Paesi (ad esempio Belgio, Francia, Polonia, Portogallo, Slovenia e Spagna) si registrano delle restrizioni nel ricorso al lavoro tramite agenzia nel caso di attività pericolose. Alcuni Stati membri (Danimarca, Finlandia, Ungheria, Lituania, Paesi Bassi, Repubblica Ceca e Gran Bretagna) presentano una normativa meno restrittiva, pur mantenendo il divieto alla sostituzione dei lavoratori in sciopero con lavoratori tramite agenzia. La direttiva conferma il divieto già previsto nella legislazione di gran parte degli Stati membri, tra cui l’Italia, di adibire i lavoratori in somministrazione alla sostituzione dei lavoratori in sciopero, proprio per consentire il legittimo esercizio del diritto di sciopero. Gli Stati che non disciplinano in modo specifico le limitazioni nel ricorso al lavoro tramite agenzia in situazioni di conflitto tra lavoratori dipendenti e aziende utilizzatrici sono: Bulgaria, Cipro, Estonia, Irlanda, Lettonia e Malta. Per comprendere la disomogeneità a livello normativo nelle limitazioni al ricorso a tale tipologia contrattuale, si ricordi che in alcuni Paesi, come il Belgio, non esiste un riferimento normativo generale alle condizioni di liceità nel ricorso al lavoro in somministrazione, ma la legge disciplina alcune situazioni specifiche in cui tale ricorso è consentito. I casi in cui il ricorso è ammesso sono: la sostituzione di un lavoratore con occupazione stabile, per sopperire a situazioni di carattere eccezionale e temporaneo in cui è richiesto un maggiore impiego di forza lavoro, per determinate attività lavorative, come, ad esempio, quelle artistiche. Non è, invece, consentito tale ricorso per ragioni di carattere tecnico o economico. Seguendo la stessa tecnica normativa, in Lussemburgo, la legge indica specifiche circostanze in cui è legittimo il ricorso in somministrazione: ad esempio, per sostituire un dipendente temporaneamente assente o nel caso di lavori stagionali o per facilitare l’inserimento nel mondo del lavoro di soggetti disoccupati. Disposizioni che limitano nella durata l’assegnazione dei lavoratori tramite agenzia sono molto diffuse negli Stati membri. Così avviene, ad esempio, in Portogallo, dove la assegnazione può avere una durata massima di due anni o nella Repubblica Ceca, in cui è prevista la possibilità di ricorrere ad un’unica assegnazione per una durata massima di un anno. Anche in Romania, è prevista una durata massima di un anno, sebbene sia possibile una proroga di sei mesi, qualora il contratto individuale contenga una clausola di tale natura. Le limitazioni al ricorso al lavoro tramite agenzia riguardano, in molti Paesi, un ulteriore profilo: il divieto di assunzione di lavoratori tramite agenzia in aziende ove siano stati effettuati licenziamenti collettivi (ricorso proibito in Italia, Francia, Grecia, Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Spagna, Svezia, Slovenia, Belgio).

La direttiva del novembre 2008 prevede un riesame dei criteri adottati dai diversi Stati membri per consentire il ricorso al lavoro in somministrazione, stabilendo che le restrizioni e i divieti possano essere giustificati soltanto da ragioni di carattere generale che investano «in particolare la tutela dei lavoratori, le prescrizioni in materia di salute e sicu-

rezza sul lavoro, nonché la necessità di garantire un buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi» (art. 18).

4. Lo studio in esame considera il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva a livello dei singoli Stati membri e sottolinea le principali differenze riscontrabili negli ordinamenti nazionali che derivano, non solo dalle attuali differenti scelte di politica economica, ma anche dalle diverse tradizioni giuridiche e storico-culturali. Mentre negli Stati neocomunitari, la contrattazione collettiva non svolge alcun ruolo nella regolamentazione delle agenzie di somministrazione, in altri Paesi, invece, come Belgio, Spagna, Irlanda, Polonia e Gran Bretagna si ricorre alla contrattazione nazionale intersettoriale e al dialogo sociale. Attraverso gli accordi raggiunti tra governo e parti sociali si determinano i contenuti dello sviluppo normativo successivo. In altri Paesi, la contrattazione collettiva in materia di agenzie di somministrazione avviene a livello di settore. In Olanda, è prevista per la contrattazione collettiva la possibilità di derogare in determinate aree a quanto previsto a livello nazionale. In Germania è prevista la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento sancito dalla legge anche attraverso la contrattazione collettiva. In Francia, dove il primo accordo di settore tra le parti sociali in tema di agenzie di somministrazione risale al 1972, la contrattazione collettiva svolge un ruolo di fondamentale importanza nella regolamentazione delle agenzie di somministrazione. Esistono Paesi come il Lussemburgo, in cui sono regolati per legge orario di lavoro e retribuzione, mentre è demandata alla contrattazione collettiva di settore la predisposizione di misure contro la concorrenza sleale nel mercato del lavoro. Anche in Spagna, la legge rappresenta la principale fonte normativa nella regolamentazione delle agenzie di somministrazione, ma attraverso la contrattazione collettiva di settore si disciplinano le condizioni che legittimano il ricorso alle agenzie di somministrazione. Secondo la normativa spagnola, infatti, tutte le agenzie di somministrazione sono tenute per legge a rispettare accordi di settore.

La direttiva citata ribadisce, inoltre, all'art. 4 la necessità di prevenire gli abusi anche nell'ottica di un miglior funzionamento del mercato del lavoro. La direttiva interviene in tal senso, secondo il principio di sussidiarietà attraverso la previsione di prescrizioni minime applicabili all'intera Comunità europea. In alcuni Stati membri, le agenzie di somministrazione, pur ricoprendo un ruolo importante nel mercato del lavoro, hanno ricevuto un riconoscimento legale a livello nazionale solo di recente (ad esempio in Slovenia si è avuta una regolamentazione della materia soltanto nel 2003, nella Repubblica Ceca nel 2004 e in Romania nel 2005). Sicuramente, come più volte sottolineato nello studio in esame, le agenzie di somministrazione rappresentano una realtà sempre più diffusa nel mercato del lavoro europeo ed il loro utilizzo sembra collegato anche ad una maggiore crescita economica. In Belgio, ad esempio, nell'ottobre 2008 si è registrata una flessione del 12% della percentuale dei lavoratori presso agenzia di somministrazione rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente. Il dato in questione è stato letto come un effetto della crisi finanziaria internazionale, che si riflette in modo più immediato sui lavoratori "somministrati". Sicuramente, come in precedenza accennato, la diffusione delle agenzie di somministrazione è legata a scelte di politica economica nella direzione di una maggiore flessibilità del mercato del lavoro. Si consideri, ad esempio, che nel Regno Unito è presente la percentuale maggiore di lavoratori tramite agenzia che rappresentano il 4,5% della forza lavoro. Ulteriori difficoltà di recepimento della direttiva in questione si riscontreranno in quegli Stati che per tradizione dogmatica e culturale considerano con sfavore la diffusione delle agenzie di somministrazione preferendo altri schemi contrattuali nella convinzione che la formazione di rapporti di lavoro a schema triangolare possa prestarsi ad abusi nei confronti dei lavoratori. Come già accennato, la stessa preoccupazione viene avvertita dal legislatore comunitario che ribadisce la necessaria predisposizione di misure di tutela dei lavoratori all'interno degli Stati membri, soprattutto rispetto ai profili di salute e sicurezza sul lavoro e sempre nel rispetto del principio di parità di trattamento. Gli

stati membri potranno recepire la direttiva entro 3 anni, al termine dei quali sarà possibile un'ulteriore valutazione del quadro comparato, in considerazione delle misure adottate dagli Stati stessi per conformarsi agli obiettivi comunitari previsti.

5. Sulla rilevanza metodologica dello strumento della comparazione e per un'analisi delle principali questioni in materia si veda, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera: contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, 51, ss. Sul dibattito europeo per il raggiungimento di una direttiva comunitaria di regolazione del lavoro tramite agenzia cfr. D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dall'emarginazione all'accettazione?*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2006, 91 ss., e O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 59 ss.

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

Francia

- *dirigenti (1.1. – 1.3.)*

Svezia

- *diritto del lavoro: rilevanza dei vincoli familiari (2.2.)*


International Labour Organization

- *crisi economica: problemi e prospettive (3.1. – 3.2.)*

Quadro internazionale e comparato (Paesi dell'America Latina)


- *diritto del lavoro (4.1.)*


*Nota per la lettura dell'Osservatorio
internazionale e comparato*


I documenti indicati con il simbolo  sono pubblicati sul sito internet del Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi all'indirizzo www.csmb.unimore.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. Francia

1.1. Décret n. 2009-445 du 20 avril 2009, portant modernisation du fonctionnement du Fonds de développement économique et social (in  *Boll. Adapt.*, 2009, n. 17)

1.2. Décret n. 2009-348 du 30 mars 2009, relatif aux conditions de rémunération des dirigeants des entreprises aidées par l'Etat ou bénéficiant du soutien de l'Etat du fait de la crise économique et des responsables des entreprises publiques (in  *Boll. Adapt.*, 2009, n. 13).

1.3. FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience*, 2 aprile 2009 (in  *Boll. Adapt.*, 2009, n. 17).

(1.1. – 1.3.) Vietate le *stock options* ai manager di aziende beneficiarie di aiuti di Stato

Sommario: **1.** La crisi economico-finanziaria e la situazione francese. – **2.** Le novità del decreto n. 2009-348 in materia di benefici ai manager. – **3.** Le linee guida del Financial Stability Forum sulle retribuzioni. – **4.** Breve nota bibliografica.

1. Con il decreto n. 2009-348 del 30 marzo 2009 (in epigrafe) la Francia è il primo Paese europeo che, alla luce della attuale crisi economico/finanziaria, interviene direttamente a limitare i compensi dei manager di imprese “aiutate” dallo Stato, in una prospettiva non solo di contenimento della spesa pubblica ma anche di equità sociale.

Occorre premettere che la Francia, la quale in un primo tempo si era considerata meno investita dalla crisi, successivamente, nella riunione dell'Eurogruppo del 12 ottobre 2008 ha realizzato la portata del fenomeno e ha varato un grande piano di rafforzamento del sistema nel suo complesso nonché di sostegno finanziario, in particolare, con riguardo al settore creditizio e automobilistico.

A fronte di tali interventi il Governo francese aveva invitato più volte le aziende coinvolte dagli aiuti a ridurre i compensi dei manager, fino ad arrivare a subordinare la operazione di ricapitalizzazione ad una esplicita presa di posizione in tal senso da parte delle suddette aziende. Emblematico è il caso del principale manager di Dexia (grande industria francese del settore bancario), Axel Miller, che ha rinunciato alle sue indennità di buona uscita dopo che il Ministero dell'economia francese aveva condizionato il prestito all'istituto franco-belga alla predetta rinuncia.

In questo contesto il menzionato decreto del marzo 2009 individua una specifica regolamentazione volta al contenimento dei compensi del *top management*. I riflessi del provvedimento potranno essere rilevanti sull'organizzazione di alcuni grandi gruppi francesi appartenenti a settori economici strategici, quali le banche destinatarie di un fondo (iniziale) di 40 miliardi di euro, e il settore auto rispetto al quale il Governo è intervenuto con la stipulazione di un Patto Automobilistico e con un piano di incentivi di circa 8 miliardi di euro. Si tratta di imprese in buona parte sostenute dalla c.d. *Société de Prise de Participation de l'Etat* – SPPE, società di partecipazione statale, tra cui rientrano le sei grandi banche francesi e alcune importanti società come Renault e PSA Peugeot Citroën.

2. Il citato decreto n. 2009-348 del 30 marzo 2009 prevede *ex art. 1* che l'emissione di azioni, sia privilegiate che ordinarie, sottoscritte da società a partecipazione statale, nonché il beneficio dei prestiti accordati dallo Stato alle imprese automobilistiche, sono subordinate alla stipulazione di una *convention* con l'impresa beneficiaria. Da evidenziare che il successivo decreto n. 445 del 20 aprile 2009 ha precisato che tale *convention* è obbligato-

ria solo per quelle imprese che hanno beneficiato di un prestito superiore ai 25 milioni di euro.

L'accordo in oggetto, deve contenere, ai sensi dell'art. 2, comma 1, un divieto per le imprese interessate di accordare al presidente del consiglio di amministrazione, al direttore generale, all'amministratore delegato, ai membri del *directoire* e del *conseil de surveillance* delle *stock options* nonché delle azioni gratuite, a cui deve aggiungersi, in virtù della integrazione di cui al menzionato decreto del 20 aprile 2009, il divieto di costituire i c.d. *retraites chapeaux* (piani pensionistici supplementari). Tale divieto non interessa peraltro i dirigenti che, alla data del 23 aprile 2009, abbiano già acquisito diritti potenziali nell'ambito di un piano pensionistico *retraites chapeaux*. Questo in quanto sono fatti salvi i piani pensionistici definiti prima dell'entrata in vigore della l. n. 2009-431 sul bilancio supplementare per l'anno 2009.

L'art. 2, comma 2 del decreto n. 2009-348 precisa inoltre che l'attribuzione di eventuali *bonus* ai manager, diversi da quelli appena menzionati (*stock options* e azioni gratuite) dovrà essere autorizzata e attuata secondo regole prestabilite fissate per un anno, in funzione di criteri qualitativi e quantitativi definiti in modo chiaro e intellegibile dal consiglio di amministrazione o dal *conseil de surveillance*.

Le *convention* devono infine prevedere che i suddetti elementi varabili della retribuzione, così come le indennità di buona uscita, non possano essere erogate in caso di licenziamento forzato, legato ad un cambiamento di strategia aziendale deciso dal *management* ovvero se «difficoltà economiche gravi» dovessero sopraggiungere.

Altro profilo rilevante del decreto in esame concerne le disposizioni relative alle *entreprises publiques*.

Al riguardo, l'art. 4 prevede che per le suddette imprese, i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, sarà il Ministero dell'Economia ad avere il controllo e ad impegnarsi a verificare che le regole e i principi in materia di gestione «siano i più etici possibili».

Altro elemento rilevante del decreto riguarda, per un verso, la posizione contrattuale delle figure del top management che dovranno rinunciare *tout court* al loro contratto di lavoro subordinato, per altro verso, la parte variabile delle loro retribuzioni che non dovrà essere legata ai valori della Borsa ma a criteri semplici e predeterminati dal consiglio di amministrazione o dal *conseil de surveillance*.

3. Le misure contenute nei provvedimenti commentati appaiono in linea con le raccomandazioni del rapporto del Financial Stability Forum (FSF) dello scorso mese di aprile (cfr. *Report on Enhancing Market and Institutional Resilience*, in epigrafe) e con gli auspici della Commissione Europea che chiede con forza una limitazione degli stipendi e dei benefici collaterali dei manager (cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Driving European Recovery*, Communication for the Spring European Council, COM(2009)114 final, 4 marzo 2009 e il contributo di M. ZAGORDO, *Le risposte della Commissione europea alla crisi economica*, che precede in q. *Fascicolo*).

Tale organismo di consultazione internazionale è divenuto, nel periodo di crisi, un organismo stabile con il nome di Financial Stability Board (FSB).

Il FSB agirà in coordinamento con il Fondo Monetario Internazionale (FMI) svolgendo, rispetto a questo, un ruolo "complementare". Il FMI sorveglierà sul sistema economico globale e sull'aiuto ai Paesi in difficoltà mentre il FSB avrà il compito di coordinare e mettere in rete tutte informazioni. Lo scopo è costituire un quadro di regole comuni di vigilanza "macroprudenziale" fra le diverse autorità nazionali per prevenire le difficoltà delle grandi istituzioni finanziarie. Insieme i due organi realizzeranno i cosiddetti Early Warning Exercise per prevedere in tempo le crisi.

Nel Rapporto sono definiti i principi secondo cui le remunerazioni devono essere «adeguate a tutti i tipi di rischio, simmetriche rispetto ai rischi futuri». Secondo il Report, in-

fatti, tali principi si dovranno applicare «a tutte le istituzioni finanziarie rilevanti anche se [...] sono critici in modo particolare per le società significativamente grandi e importanti da un punto di vista sistemico».

Le cosiddette *compensation*, ossia i salari, le *stock option* e i *bonus* di vario tipo, dovranno essere allineati alle prestazioni delle società, in modo da evitare di prendere rischi eccessivi: in pratica se la divisione a cui appartiene un addetto genera *performance* deboli o negative, le sue gratifiche dovrebbero calare, fino ad azzerarsi. Per assicurare una *governance* efficace dei compensi, occorre allineare i salari per far fronte ad «una presa di rischio prudente e una analisi di supervisione efficace».

I sistemi retributivi dei manager non devono in alcun modo essere in contrasto con una sana e prudente gestione della banca e con le sue strategie di lungo periodo. I compensi devono essere parametrati ai rischi assunti dalla società e strutturati in modo da evitare il prodursi di incentivi in conflitto con l'interesse della *company* in un'ottica di lungo termine. Sulla loro entità e anche sulla loro composizione occorre la massima trasparenza, pertanto, gli organi di supervisione devono esserne informati e a loro toccherà il compito di vigilare e se necessario di intervenire con misure correttive. Regole precise saranno comunque definiti dagli organi di supervisione entro il prossimo mese di ottobre.

E proprio in tale direzione interviene il decreto francese in quanto, come in precedenza chiarito, tutti gli elementi variabili delle retribuzioni dei manager devono essere determinati e autorizzati dal consiglio di amministrazione o dal *conseil de surveillance* che ha una funzione di controllo sul sistema e ciò si allinea anche con la previsione del FSF che raccomanda la creazione di una *governance* per armonizzare le dinamiche delle remunerazioni con gli altri sistemi incentivanti che puntino a mantenere l'equilibrio dei rischi.

4. Sulla tematica delle retribuzioni dei dirigenti in Francia e per un primo commento ai decreti n. 2009-348 del 30 marzo 2009 e n. 2009-445 del 20 aprile 2009 si veda A. ASTAIX, *La rémunération des dirigeants des entreprises aidées sous surveillance*, in *Recueil Dalloz*, 2009, 935 ss e V.C. MALECKI, *Un simple au revoir aux bonus, stock option set parachutes dorés*, *Dalloz*, 8 aprile 2009.

2. Svezia

2.1. Employment Protection Act 1982 (amendments: up to and including SFS 2007:391), 2008 (in [📖](#) indice A-Z voce *Svezia*).

Evoluzione storica e prassi applicativa in tema di regolazione dei rapporti di lavoro tra il datore e suoi familiari ()

Sommario: 1. Rapporti familiari e tutela del lavoro. – 2. L'evoluzione storica dell'istituto. – 2.1. Le ragioni della esclusione. – 2.2. L'ambito soggettivo della esclusione. – 2.3. L'ambito oggettivo della esclusione. – 3. L'elaborazione giurisprudenziale sull'ambito di applicazione della esclusione. – 3.1. Nozione di datore di lavoro nell'ambito dei rapporti di famiglia. – 3.2. Nozione di lavoratore familiare. – 3.3. Il problema dei conviventi. – 3.4. Effetti di separazione e divorzio. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La tutela del diritto alla vita privata e familiare rispetto all'ingerenza dello Stato è un obiettivo fondamentale dell'ordinamento svedese, comune a molti altri Paesi e riconosciuto a livello internazionale (l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei

* Traduzione dall'inglese a cura di Chiara Bizzarro.

diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 17 della Convenzione internazionale sui diritti politici e civili e gli artt. 5 e 6 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, sottoscritte dalle Nazioni Unite). L'esigenza di tutela della vita familiare può quindi determinare l'esclusione della famiglia dalla applicazione di una determinata legislazione, come accade tipicamente per la disciplina del rapporto di lavoro che ha una specifica articolazione con riferimento al rapporto di lavoro domestico, da un lato, e con i membri della famiglia, dall'altro. In particolare, i familiari del datore di lavoro, nonché i lavoratori domestici, sono esclusi dall'Employment protection Act n. 80 del 1982, in epigrafe (ma vedi anche il Domestic Work Act, n. 943 del 1970 e le Work Environment Ordinance, n. 1166 del 1977 e Ordinance on Working Time, n. 901 del 1982). Si tratta di una eccezione tanto più significativa quanto più il sistema economico svedese si va caratterizzando per una diffusione sempre maggiore di imprese di piccole dimensioni. Va detto che la presenza di questa eccezione, insieme ad altre non riconducibili a quelle previste dall'articolo 24 della Carta sociale europea in materia di tutela contro il licenziamento ingiustificato (lavoro a termine e periodo di prova), ha precluso la possibilità per la Svezia di ratificare il citato articolo 24. Come si vedrà, la esclusione in esame risulta sbilanciata a favore del datore di lavoro, rispetto al principio di tutela del soggetto debole, che caratterizza tanto il diritto del lavoro quanto quello di famiglia. Inoltre, rispetto al principio di parità tra i coniugi, che informa il diritto di famiglia svedese, dalla esclusione deriva, nella maggior parte dei casi, una condizione di dipendenza sostanziale del lavoratore rispetto al coniuge datore di lavoro. Nei paragrafi che seguono la specifica disciplina dei rapporti di lavoro per i familiari del datore di lavoro sarà esaminata a partire dalla sua introduzione ed evoluzione storica. L'indagine è stata condotta sulla base del dato legale, integrato con la considerazione dei lavori preparatori, e sulla scorta dell'elaborazione della giurisprudenza svedese del lavoro.

2. Nella prima fase della economia industriale svedese la produzione era per di più agricola e derivava da attività di lavoro domestico. La retribuzione, tanto per i membri della famiglia quanto per i lavoratori a servizio, consisteva in vitto e alloggio, capi di abbigliamento articoli semilavorati prodotti dalla azienda agricola (cfr. SOU (a cura di), *Gift kvinnas förvärvsarbete*, 1938, 47, 65, Commissione Governativa (a cura di), *L'attività retribuita delle donne coniugate*). Lavoro e vita familiare rappresentavano una unica realtà nella pratica e nell'inquadramento giuridico. Il Legostadgan, l'istituto che regolava il lavoro in agricoltura era un istituto del diritto di famiglia (cfr. la legge svedese n. 43/1833 sui rapporti di servitù, Legostadgan). Fino al 1920, in virtù di una disposizione di legge della codificazione del 1734, la donna sposata era sotto il controllo e la tutela del marito. Il marito aveva il diritto di chiedere alla moglie l'adempimento dei lavori familiari e domestici e la moglie non poteva disporre autonomamente del proprio rapporto di lavoro senza il consenso del coniuge. Tanto nel settore industriale, quanto in agricoltura era solo il marito a sottoscrivere i contratti di lavoro in nome dell'intera famiglia e a lui erano versate le retribuzioni. Il Legostadgan regolava tanto il rapporto di lavoro tra proprietario terriero e lavoratori, quanto quello tra proprietario e figli, inclusi i figli illegittimi cresciuti nel nucleo familiare. In base a tale regolazione era fatto divieto ai giovani fino al ventesimo anno di età di lavorare presso altri datori di lavoro ove al giovane fosse richiesto dai genitori di continuare a prestare la propria attività presso la famiglia di origine. Il Legostadgan trovava applicazione anche nei confronti dei bambini orfani o poveri cresciuti dal "padrone" che, in cambio, aveva diritto a ricevere, da questi, un determinato numero di anni di servizio (cfr. Legostadgan, §§ 18-20). Solo nel corso del ventesimo secolo il diritto del padrone/datore di lavoro di determinare unilateralmente le condizioni di lavoro trovò dei limiti nella disciplina a tutela della sicurezza dei lavoratori, nonché in materia di orario di lavoro e ferie. Fu quindi accentuata la tutela della parte debole rispet-

to alle istanze datoriali. Contemporaneamente l'evoluzione del sistema economico determinava la separazione tra produzione ed economia domestica di modo che, in quel periodo, il diritto del lavoro si affermò come settore autonomo dell'ordinamento rispetto al diritto di famiglia. Nessuno di questi cambiamenti, tuttavia, ha modificato nella sostanza l'eccezione ancora presente nell'ordinamento svedese in virtù della quale il rapporto di lavoro dei familiari del datore di lavoro è escluso dall'ambito di applicazione della disciplina protettiva, segnatamente quella limitativa dei licenziamenti.

2.1. In Svezia, la prima regolazione generale a tutela del lavoro risale al 1912; si tratta della legge n. 206, l'Occupational Safety Act. Il provvedimento non trovava applicazione nei confronti dei familiari del datore di lavoro. Allora solo poche considerazioni bastarono a giustificare l'eccezione. Limitare il lavoro minorile e consentire l'attività ispettiva all'interno dell'abitazione del datore di lavoro avrebbe concretizzato una intrusione illegittima nella sfera privata degli interessati. Per contro, i sentimenti di appartenenza e affetto caratteristici delle relazioni di famiglia avrebbero garantito un livello di tutela pari a quello a cui mirava il provvedimento di legge. Successivamente, anche in occasione dei dibattiti/iniziative di riforma, il mero riferimento alla legge del 1912 divenne costante e sufficiente, in quanto tale, a legittimare l'esclusione, senza ulteriori approfondimenti e sulla scorta di una ritenuta unanime accettazione dei valori che tale esclusione sottintendeva.

Il medesimo argomento fu invero ripetuto anche in occasione della emanazione della disciplina in tema di orario di lavoro e di salute e sicurezza. Nel dibattito precedente alla legge del 1949 sulla salute e sicurezza dei lavoratori il sindacato si espresse nel senso di un ripensamento della eccezione. Ispezioni rare e di breve durata non avrebbero potuto realisticamente costituire un pericolo per gli equilibri della vita familiare. All'esito del dibattito, tuttavia, rimase tanto l'eccezione, quanto l'idea che una diversa soluzione avrebbe determinato una indebita intrusione nelle abitazioni dei cittadini. Negli anni Settanta, la tutela della privacy degli interessati fu adottata come ulteriore giustificazione per la conferma di tale scelta anche con riferimento alla esclusione dalla disciplina della salute e sicurezza dei lavoratori autonomi e, con loro, dei relativi familiari (cfr. Work Environment Act n. 1160 del 1977 e anche il progetto di legge n. 149/1976-77, con una proposta in merito alle disposizioni in materia di tutela dell'ambiente di lavoro, l'Act on Work Environment, 26).

Negli anni, era emersa una ulteriore argomentazione a sostegno della opportunità di confermare l'eccezione in esame. La considerazione che i vincoli familiari costituivano, per il legame tra le persone coinvolte, una garanzia sufficiente senza bisogno di introdurre una regolazione legale. La famiglia costituisce, secondo tale impostazione, un ambiente di lavoro buono, posto che tutte le persone che vi lavorano perseguono il bene comune. Esemplificativo in questo senso è stato il dibattito negli anni Trenta sulla disciplina dell'orario e sulle ferie.

Va detto, peraltro, che nello stesso periodo in cui tale tesi era formulata, una commissione di inchiesta parlamentare denunciava livelli eccessivi di lavoro per le casalinghe, soprattutto in agricoltura. L'impostazione rimase anche vent'anni dopo, allorché nuovamente si discuteva della riforma di tali discipline.

Un'ulteriore giustificazione adottata per confermare l'esclusione era di ordine per c.d. pratico. La difficoltà di distinguere quando si fosse in presenza di una *vera relazione di lavoro*, rispetto alle altre relazioni personali e di famiglia tra i soggetti coinvolti, questo anche con l'obiettivo di evitare che contrasti interni alla famiglia potessero avere, per questa via, una pubblicità indesiderata. Questo profilo emerse nel dibattito sulla regolazione delle ferie retribuite, nella seconda metà degli anni Trenta. Successivamente, nel 1970 il Vacation Act stabilì che il diritto alle ferie retribuite spettava al lavoratore indipendentemente dal legame familiare solo ove fosse provata una *vera relazione di lavoro*. La

clausola fu elaborata ulteriormente nel corso degli anni Settanta nell'ambito del dibattito sul citato Work Environment Act là dove fu precisato che la disciplina ivi contenuta era applicabile alle *vere relazioni di lavoro*, anche se interne al medesimo nucleo familiare.

Rimaneva, peraltro, l'idea di fondo che il lavoro prestato all'interno della famiglia era diretto ad un bene comune, tanto che successivamente nei primi anni Ottanta quando si trattò nuovamente della disciplina dell'orario fu definitivamente stabilito che il lavoro svolto per un bene comune non poteva essere ricondotto ad un rapporto di lavoro. Un assunto questo mai né discusso né giustificato. Il condizionamento di fondo di tale prospettiva, infatti, poteva essere rintracciato nella rilevanza attribuita alla famiglia come soggetto giuridico, dove il vincolo di appartenenza rivestiva un'importanza superiore alla proprietà e alla retribuzione. Conseguentemente, non erano oggetto di discussione temi quali la distribuzione della proprietà e degli utili, la gestione del potere e delle risorse all'interno dell'attività familiare; ad esempio negli anni è sempre stata trascurato il caso del coniuge che lavorasse a tempo pieno in un'impresa interamente di proprietà dell'altro.

La tesi in virtù della quale la esclusione si giustifica per la peculiarità dei rapporti di famiglia mostra un punto immediato di debolezza. A ben vedere l'assenza di una stretta necessità, non pare di poter essere di per se determinante ai fini della esclusione da una disciplina di protezione. In vero, sembrano altre le ragioni che, realisticamente, sostengono, nell'ordinamento svedese, il permanere ancora oggi di questa eccezione. Basti pensare al fatto che gli argomenti a sostegno della espansione, il più possibile, dell'ambito di applicazione della esclusione sono state elaborate e sostenute principalmente dalle associazioni datoriali (cfr. *infra* nel testo paragrafo 2.2.). La ragione ultima della esclusione dei rapporti familiari dalla disciplina protettiva del lavoro sembra doversi rintracciare nella maggiore rilevanza attribuita, in questo ambito e a fronte di una proclamato valore di unità familiare, alla tradizionali prerogative del datore di lavoro a scapito della applicazione, anche a questa ipotesi, del principio di tutela del soggetto debole che informa, invece, il diritto del lavoro in generale. Non solo. Da questa prospettiva emerge anche il fatto che le riforme del diritto matrimoniale, tanto del 1920, quanto del 1973, caratterizzate per l'obiettivo principale di individualizzare le relazioni di famiglia, non sembrano avere avuto alcun impatto sulla regolazione delle relazioni di lavoro.

2.2. A partire dalla prima esclusione dei legami familiari dalla disciplina a tutela del lavoro nel 1912, è progressivamente emersa una nozione di famiglia ai fini del diritto del lavoro. Erano inclusi genitori e figli, ma anche parenti e altre persone non legate da vincoli di parentela con il datore di lavoro ma che vivevano nella casa familiare, inclusi i bambini cresciuti dal datore di lavoro o avuti in affidamento. Originariamente neppure la moglie era considerata membro della famiglia a questi fini, atteso vincolo soggezione della moglie rispetto al marito che escludeva a priori la possibilità che i coniugi potessero essere considerati parti di una relazione contrattuale.

Quando nel 1936 venne emanata la legge sull'orario in agricoltura, l'Act on Working Time in Agriculture, i sindacati proposero di includere i minori cresciuti dal datore di lavoro ovvero a lui affidati tra i soggetti comunque tutelati, ma tale proposta non riscosse successo. Nel 1938, in occasione del dibattito sulla regolazione delle ferie retribuite (1938), le organizzazioni datoriali si opposero al fatto che fossero incluse nella disciplina protettiva le persone impiegate presso i propri fratelli e nonni, prevalse quindi la soluzione di un più ampio ambito di applicazione della eccezione.

Nel 1954, nell'ambito del confronto sulla riforma della disciplina dell'orario fu nuovamente dibattuto l'ambito di applicazione della estensione, la Commissione incaricata della redazione del progetto di riforma sostenne che la mera convivenza nella casa familiare non poteva integrare il presupposto per l'applicazione della esclusione, ma che questa avrebbe dovuto operare solo a fronte di un vero e proprio legame familiare, nel caso di genitori, figli, coniuge, parenti stretti e conviventi con il datore di lavoro. I sindacati dei

comparti agricoltura e conceria proposero una definizione ancora più stretta dell'ambito di applicazione della disciplina, limitata solo al coniuge. Per contro, le associazioni datoriali artigiane e rappresentanti delle piccole imprese si opposero a tale soluzione, sulla scorta del rilievo che il numero delle piccole imprese era in forte aumento e il settore si stava consolidando grazie agli sforzi comuni dei membri delle famiglie interessate di modo che famiglia e attività commerciale costituivano una unica realtà conformata da un interesse condiviso. All'esito fu confermata anche con riferimento alla disciplina dell'orario la disciplina in deroga prevista per i familiari del datore di lavoro, secondo una eccezione ancora alquanto ampia di famiglia (cfr. Act on Working Time, n. 253 del 1957).

Per una vera e propria contestazione del regime di esclusione occorre arrivare agli anni Settanta allorché furono emanate nuove regole in materia di riposi e ferie retribuite, congedi parentali e congedi per le attività di studio (cfr. Study Leaves Act, n. 981/1974, Paid Vacation Act, n. 480/1977, Parental Leaves Act, n. 280/1976). Allora l'accento fu posto sul profilo relativo alla sussistenza, ai fini della applicazione della tutela anche ai familiari, di una *vero rapporto di lavoro*. Non solo. Il regime in deroga venne comunque abolito, in quel periodo, sia dalla disciplina sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro che da quella sull'orario. Fu tuttavia mantenuta, e permane ancora oggi, quella prevista dall'Employment Protection Act, in epigrafe, sull'assunto, fondamentalmente, della peculiarità della relazione personale che 'colorava' anche quella lavorativa di modo che non era possibile sottoporre anche tale relazione alla disciplina ordinaria del lavoro subordinato. Sul fine del ventesimo secolo, infine, fu formulata la proposta di ampliare il campo di applicazione della eccezione per ricomprendervi anche le persone conviventi, incluse le coppie omosessuali. La proposta di riforma non fu accolta, ma lo stesso risultato fu comunque raggiunto dalla elaborazione giurisprudenziale (cfr. *infra* paragrafo 3) che peraltro, in questo modo, finì per far prevalere, in questo ambito, la tradizionale posizione di vantaggio per il datore di lavoro.

2.3. Storicamente vi sono anche ipotesi specifiche rispetto alle quali non fu prevista alcuna esclusione per i familiari del datore di lavoro rispetto alla disciplina generale del lavoro subordinato. In primo luogo, in tema di divieto di licenziamento durante il servizio militare (1914, confermata nel 1939) per evitare che i giovani vedessero peggiorare le proprie condizioni di lavoro, pregiudicare le prospettive di carriera, fino al rischio di essere licenziati a causa dell'adempimento dell'obbligo militare.

Sempre nel 1939 fu introdotto il divieto di licenziamento per motivo di matrimonio o di gravidanza. Inizialmente erano escluse dall'ambito di applicazione del divieto le lavoratrici appartenenti alla famiglia del datore di lavoro, le domestiche, le lavoratrici impiegate in imprese con meno di tre lavoratori. Successivamente il divieto fu generalizzato dalla prospettiva di disincentivare il ricorso all'interruzione volontaria di gravidanza. Queste due eccezioni, in cui prevale la dimensione collettiva dei valori di patria, maternità, tutela delle generazioni future, testimoniano il prevalere di questi interessi sulla tutela delle prerogative tradizionali del datore di lavoro e sui limiti derivanti dalla garanzia di riservatezza della vita familiare.

3. La giurisprudenza che si è occupata, con riferimento all'Employment Protection Act, dell'ambito di applicazione della esclusione in esame è relativamente esigua. Solo poche controversie sono state decise in Tribunale. Da un lato i lavori preparatori della disciplina di legge risultano abbastanza chiari in merito all'ambito di applicazione della eccezione, dall'altro, ovviamente, vi sono molti scrupoli ad agire contro un membro della propria famiglia, anche per la tutela dei propri diritti. Peraltro, l'indagine su questa giurisprudenza mostra che non si tratta mai di attori sindacalizzati; un dato piuttosto sorprendente se si considera che in Svezia circa l'80% dei lavoratori è iscritto ad organizzazioni sindacali. Peraltro, l'esame di queste poche pronunce evidenzia, in ogni caso, come l'esclusione dalla applicazione dell'Employment Protection Act risulta di per sé neutra per il lavorato-

re dal momento che può tradursi in un vantaggio o in uno svantaggio a seconda del contesto. Così è certamente negativa l'assenza di limiti alla facoltà di licenziamento e la conseguente assenza di tutela giurisdizionale in caso di licenziamento ingiustificato, mentre è positiva l'esclusione dalla applicazione della disciplina sui licenziamenti collettivi e la possibilità quindi di vedere garantita la propria occupazione anche in caso di mancanza dei requisiti di anzianità di servizio/qualificazione professionale, criteri obbligatori questi di selezione previsti dalla regolazione svedese delle eccedenze di personale.

3.1. Con riferimento alla prassi applicativa dell'esclusione la prima questione riguarda l'individuazione, ai fini che qui interessano, della nozione di datore di lavoro. La giurisprudenza del lavoro ha infatti chiarito che il *discrimen* sta in questo caso nella specificità della relazione di famiglia e che, ad esempio, non rileva la modalità adottata per la conduzione dell'attività commerciale (es. società per azioni, joint venture). Conseguentemente, si considera datore di lavoro colui che partecipa attivamente alla attività dell'impresa e ha un rilevante potere decisionale. Ad esempio è stato ritenuto datore di lavoro, ai fini della specifica disciplina dei rapporti familiari, colui che detiene il 40% delle azioni dell'impresa e gestisce di fatto l'attività imprenditoriale. In un'altra circostanza la figlia dell'amministratore delegato, impiegata in azienda, fu licenziata senza giusta causa ma fu considerato comunque applicabile il regime in deroga. Il padre era infatti proprietario del 50 % delle azioni, membro del consiglio di amministrazione, direttore vendite per il mercato svedese, il direttore generale di una delle due filiali della società e del relativo personale. In tali circostanze, la Corte investita della controversia stabilì che il padre doveva essere considerato datore di lavoro ai fini dell'esclusione dei rapporti di famiglia dalla disciplina limitativa del licenziamento e che quindi il licenziamento intimato senza giustificazione doveva essere comunque ritenuto valido.

3.2. Con riferimento all'ambito di applicazione della eccezione in esame, chiarita la nozione rilevante di datore di lavoro, altro tema affrontato in giurisprudenza è stato quello di chiarire la rilevanza del requisito di coabitazione tra le persone interessate. Al riguardo è interessante il caso di due fratelli non coabitanti e impegnati nell'impresa di famiglia. Nel caso in esame, il fratello minore aveva causato con la sua condotta una grave perdita economica e era quindi stato licenziato dal maggiore che era titolare dell'azienda secondo la tradizione irachena che considera capo famiglia il fratello più anziano. L'assenza di coabitazione nel caso in esame fu determinante per escludere l'applicazione diretta della deroga alla disciplina limitativa dei licenziamenti, tuttavia il giudice accordò comunque rilevanza decisiva, nella valutazione delle circostanze del caso e nella individuazione delle tutele applicabili, al vincolo di stretta parentela che legava datore di lavoro e lavoratore.

Un'altra vicenda all'attenzione della giurisprudenza svedese ha avuto ad oggetto la posizione del figlio del coniuge coabitante con il datore di lavoro, in relazione ad un diritto di precedenza nell'assunzione a seguito di una procedura di licenziamento collettivo. Nella fattispecie in esame il giovane era stato assunto dal datore di lavoro privilegiandolo rispetto ad un altro lavoratore che avrebbe avuto diritto all'assunzione. Il sindacato, opponendosi all'assunzione, aveva sostenuto che la esclusione in esame trovasse applicazione solo a fronte di vincoli biologici ovvero comunque giuridicamente rilevanti. Per contro, la Corte, richiamandosi ai lavori preparatori, aveva ritenuto che anche il figlio del coniuge convivente con il datore di lavoro rientrasse nell'ambito della esclusione. Non solo. Poiché la disciplina specifica non era applicabile a tale soggetto, il diritto di precedenza previsto da tale disciplina a beneficio di un soggetto diverso non era opponibile al primo. Era quindi legittimo assumere il figlio del coniuge a scapito di un altro soggetto che pure, in generale, avrebbe avuto diritto di precedenza nella assunzione.

Altro caso ha riguardato la possibilità di non ritenere incluso nell'eccezione il figlio non più convivente con il datore di lavoro. La Corte, riferendosi all'Occupational Safety Act

del 1912 ha stabilito che coniuge, genitori e figli sono sempre considerati membri della famiglia, mentre il vincolo della convivenza rileva con riferimento a gradi più lontani di parentela.

3.3. L'esclusione in esame dalla disciplina di diritto del lavoro si è basata sin dalla sua introduzione dalla rilevanza specifica accordata al peculiare legame tra datore di lavoro e lavoratore. Già prima che emergesse il problema della rilevanza da accordare a situazioni di convivenza anche i lavoratori domestici rientravano nell'ambito di applicazione della esclusione (cfr. Act on Domestic Workers del 1944, n. 461). L'eccezione in questo caso si basava sull'analogia con la situazione della casalinga pure esclusa dalla disciplina protettiva. Non sono state date ragioni per questa assimilazione, là dove essa potrebbe essere considerata il primo passo per riconoscere rilevanza alla situazione di convivenza in quanto tale, atteso il ricorrere di queste figure alle dipendenze di vedovi e scapoli. Il problema si pose quando nel 1970 venne approvata la legge relativa all'orario di lavoro per il personale domestico, l'Act on Working Time in Domestic Services (n. 943), con particolare riferimento a quei domestici che vivevano *more uxorio*. Si decise che, in ogni caso, affinché la normativa fosse applicabile, il rapporto di lavoro dovesse essere prevalente sugli altri rapporti. Furono evidenziate le difficoltà nell'accertare tale requisito e decidere se la relazione tra le parti avesse carattere personale ovvero professionale. Relativamente a quest'ultimo punto, fu stabilito che il rapporto doveva essere qualificato alla luce di tutte le circostanze del caso. Nel momento in cui la relazione personale prevaleva su quella professionale, non si poteva più parlare di rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. L'implicazione di tale impostazione è che si sarebbero create tre tipologie di rapporti di lavoro: lavoro fuori dalla famiglia, in ambito familiare, altre relazioni di natura personale. Non c'era tuttavia una spiegazione per l'esclusione dal diritto del lavoro dei casi che ricadevano nella terza ipotesi. L'idea di fondo sottintesa all'ampliamento delle esclusioni era quella di accordare rilevanza alla comunanza di interessi tra le parti, da un lato, ma anche alla tutela del datore di lavoro, dall'altro. La situazione che derivava da tale impostazione era che la donna convivente era di fatto privata tanto delle tutele del diritto di famiglia, quanto di quelle riconosciute alle lavoratrici domestiche secondo le disposizioni introdotte nel 1970.

Una sentenza del 1977 contribuì a chiarire il processo interpretativo di individuazione del confine tra lavoro domestico e relazione personale. Il caso riguardava il diritto alle retribuzioni maturate da una lavoratrice domestica che aveva svolto la propria attività per otto anni presso un datore di lavoro, poi deceduto. Da tutte le testimonianze raccolte era emerso che non si fosse instaurato tra i due alcun rapporto *more uxorio*. La lavoratrice, quindi, aveva pieno diritto alla retribuzione, là dove la decisione pare suggerire che se tra i due vi fosse stata una relazione personale di carattere sessuale/sentimentale l'esito sarebbe stato contrario.

In un altro caso (1982) una donna era stata assunta come governante da una società per azioni e successivamente era andata a vivere con un uomo nella posizione di esercitare una grande influenza sulla vita della società. Avevano convissuto per sei anni. La Corte, in quel caso, stabilì che la donna era parte del nucleo familiare del datore di lavoro e che quindi trovavano applicazione i principi dell'Employment Protection Act in tema di esclusione dei familiari dalla disciplina protettiva. Anche in questo caso la donna, convivente senza figli, non era tutelata dal diritto del lavoro in virtù dell'esclusione in esame, e, allora, la sua posizione non era in alcun modo riconosciuta neppure dal diritto di famiglia o tributario.

Nel 1996 il giudice del lavoro svedese si è occupato di un caso di licenziamento di un lavoratore che aveva vissuto cinque anni con la sua datrice di lavoro, titolare di una società di servizio taxi, dalla quale aveva avuto un figlio. Per tre anni il lavoratore era stato assunto nell'impresa della convivente e dopo la separazione tra i due lei lo aveva licenziato

denunciando abusi e scorrettezza nella gestione della cassa. L'uomo aveva agito in giudizio per chiedere la applicazione delle tutele dell'Employment Protection Act, ma il giudice del lavoro, in primo e secondo grado, si era pronunciato negativamente ritenendo che il caso fosse riconducibile alla esclusione dei familiari dalla disciplina limitativa dei licenziamenti, trattandosi di convivenza *more uxorio* in presenza, per lo più, di un figlio della coppia.

Nel 2000 il giudice del lavoro svedese ha esaminato una controversia in tema di licenziamento illegittimo tra due persone conviventi. La donna era andata a vivere con un uomo proprietario di un negozio all'ingrosso di beni e aveva iniziato a prestare la propria attività per la società. Dopo un anno e mezzo di convivenza i due si erano separati a seguito di minacce e abusi che l'uomo aveva rivolto alla donna la quale lo aveva denunciato alla autorità di pubblica sicurezza. Successivamente l'uomo aveva licenziato la lavoratrice assumendo che il motivo del licenziamento non era stata la denuncia a suo carico, ma l'impossibilità di proseguire a lavorare insieme dopo la cessazione della vita in comune.

In primo grado prevalse la tesi che la esclusione dalla disciplina protettiva dei licenziamenti non trovasse applicazione, in assenza di una specifica disciplina di legge, nei confronti della persona convivente in assenza di figli. In appello, prevalse, la tesi contraria, sulla scorta di una interpretazione evolutiva del dato legale suffragata dalla rilevanza che la convivenza, con o senza figli, aveva assunto in altri settori dell'ordinamento. La Corte peraltro, proprio alla luce di tale evoluzione del quadro legale, aveva precisato che l'esclusione avrebbe trovato applicazione solo in caso di convivenza protrattasi per un arco di tempo rilevante, ritenendo sussistente tale requisito a fronte della convivenza durata diciotto mesi.

3.4. La giurisprudenza del lavoro svedese ha avuto modo di affrontare anche la questione se l'eccezione alla applicazione dell'Employment Protection Act trovasse applicazione anche dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale ovvero la cessazione della relazione *more uxorio*. In un caso del 1992, una donna che aveva lavorato sia a Stoccolma e sia presso una diversa sede aziendale, a Sundsvall, era stata licenziata dall'azienda del marito dopo la separazione. La separazione si era determinata dopo che la donna aveva avuto conoscenza del tradimento del marito con la sua migliore amica. La donna, quindi, si era rifiutata di trasferirsi durante il periodo di preavviso da Sundsvall a Stoccolma, dove vivevano l'ex marito e la attuale compagna. Conseguentemente l'ex marito non le aveva corrisposto la retribuzione per il periodo di preavviso. La donna aveva agito in giudizio sostenendo che a fronte della separazione non trovava applicazione l'esclusione dalle tutele dell'Employment Protection Act, ivi inclusa la tutela rispetto al trasferimento eccessivamente gravoso in periodo di preavviso. Secondo il giudice di primo grado la intervenuta separazione aveva reso applicabile al rapporto di lavoro la disciplina protettiva, posto che la donna aveva la propria casa familiare ed era divenuta economicamente indipendente dal marito. In secondo grado, tuttavia, la sentenza non fu confermata sull'assunto, già prima menzionato, che la rilevanza è attribuita dalla legge allo *status* di coniugio ovvero al rapporto di parentela con genitori e figli, indipendentemente dalla convivenza. Peraltro, la Corte precisò anche che, nel caso in esame, se era legittimo il rifiuto della lavoratrice di prestare la propria attività a fronte del deterioramento intervenuto della relazione personale con l'ex marito, altrettanto legittimamente il marito poteva rifiutarsi di pagare la controprestazione, vale a dire la retribuzione.

Sempre con riferimento agli effetti della separazione, nel caso di convivenza, la giurisprudenza ha anche chiarito che la cessazione della relazione personale tra i coniugi/conviventi non determina, automaticamente nello stesso giorno in cui interviene, il fatto che venga meno l'esclusione del rapporto di lavoro tra gli stessi intercorrente dalla disciplina di tutela del lavoro subordinato (la decisione in esame è la medesima del 1996 esaminata nel paragrafo che precede).

4. L'analisi sopra svolta mostra che il mutamento della struttura delle relazioni industriali in Svezia e il rafforzamento della posizione del sindacato non ha inciso sull'ambito di applicazione delle tutele del lavoro in caso di lavoratori membri della famiglia del datore di lavoro. Il passaggio fondamentale nella evoluzione della eccezione qui esaminata è intervenuto negli anni Settanta con la massima espansione del diritto del lavoro e la crisi dell'istituzione familiare in quanto tale. Si assiste in quegli anni ad un ripensamento della esclusione con riferimento a salute e sicurezza, all'orario ed ai riposi. Permane tuttavia l'approccio tradizionale con riferimento ai profili cruciali dell'esclusione. Se si considerano le altre eccezioni al divieto di licenziamento ingiustificato (dirigenti, lavoratori domestici, lavoratori assunti nell'ambito di attività di assistenza o volontariato) si vede come abbia prevalso un orientamento alquanto restrittivo. Non così per quanto riguarda la situazione specifica dei familiari del datore di lavoro. In questo caso, l'esclusione dalla disciplina protettiva è stata interpretata in modo ampio, a partire dal 1970 (con il Working Time Act) a fronte della equiparazione al matrimonio della convivenza con figli.

La scelta di sottrarre al diritto del lavoro le relazioni di famiglia è stata condivisa tanto dai governi democratici, quanto da quelli liberali, sebbene siano stati questi ultimi a promuovere, negli anni, le iniziative volte a estendere l'ambito di applicazione della esclusione. Effettivamente, risale al governo liberale l'idea di distinguere tra *vero rapporto di lavoro* e relazione lavorativa finalizzata al raggiungimento di un bene comune, così come, successivamente, la proposta, mai divenuta legge, di includere espressamente nella eccezione la convivenza tra coppie eterosessuali e anche omosessuali.

Anche la elaborazione giurisprudenziale ha contribuito ad estendere l'ambito di applicazione della esclusione. Si deve alla giurisprudenza del lavoro la considerazione in termini di specialità/eccezionalità della relazione familiare, al punto da prevalere su ogni altra relazione, anche quando il familiare del datore di lavoro esercita l'attività economica in forma di società per azioni. Sempre alla giurisprudenza del lavoro si deve l'ampliamento dell'eccezione fino a ricomprendere i conviventi, anche passati e anche in assenza di figli. In tali circostanze, i giudici hanno fondato la propria decisione sull'esame dei lavori preparatori e sul riferimento, invero di per sé vago, alle speciali caratteristiche della relazione di famiglia che rendono peculiare anche la relazione di lavoro. Il presupposto di tale orientamento è stato individuato nel carattere strettamente privato delle relazioni all'interno della famiglia. Certo è, tuttavia, che ritenuta la non opportunità di una ingerenza della legge in questo ambito, di fatto si è favorita la posizione del datore di lavoro come soggetto più forte.

Tale conclusione risulta bene evidente se si considera la peculiare situazione dei conviventi *more uxorio* del datore di lavoro. L'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina in esame nei loro confronti trova origine nella parallela evoluzione dell'ordinamento tributario e di famiglia. Ma è evidente come la differenza dei fini della regolazione determina esiti contraddittori nei differenti settori dell'ordinamento. La rilevanza attribuita alla convivenza nell'ambito del diritto di famiglia e tributario era volta a tutelare il soggetto più debole della relazione. Con riferimento, invece, al diritto del lavoro la estensione della esclusione dalla disciplina protettiva del lavoro, segnatamente dalla disciplina limitativa del licenziamento, determina l'effetto contrario.

La giurisprudenza che ha operato in questa direzione, infatti, ha fondato la propria elaborazione sull'assunto della situazione di parità tra i soggetti interessati là dove i familiari del datore di lavoro, soprattutto i conviventi, sono in realtà le parti deboli della relazione. In vero, dunque, tale impostazione non ha tenuto conto né dell'evoluzione sostanziale del diritto di famiglia, improntato al principio di indipendenza reciproca tra i coniugi, né del dato storico relativo alla progressiva erosione dell'ambito oggettivo di applicazione della eccezione. Non solo. A quando sarebbe stato possibile, la giurisprudenza ha comunque

escluso, accordando rilevanza al vincolo di famiglia, la possibilità di limitare il potere datoriale ritenendo comunque contrario alla buona fede il licenziamento intimato.

L'analisi dei casi portati all'attenzione dei giudici del lavoro ha evidenziato come gli effetti dell'esclusione possano essere, per il lavoratore interessato, positivi o negativi. L'esempio tipico è quello del regime di priorità nelle assunzioni dopo un licenziamento collettivo, che non trova applicazione, come si è visto, se il datore di lavoro intende procedere all'assunzione di un membro della propria famiglia. D'altro canto, se si deteriorano i rapporti personali tra i soggetti coinvolti (tipicamente in caso di separazione o divorzio) il lavoratore può essere licenziato senza giustificazione.

In vero, il riferimento ai lavori preparatori oltre che generico è fuorviante atteso che l'ampiezza delle conseguenze legali derivanti dal regime di esclusione non era stato mai, in tale ambito, veramente approfondito.

Le conseguenze, come si è visto, possono essere tra loro fortemente eterogenee, a seconda delle circostanze concrete.

Può accadere che la donna, moglie o ex moglie, abbia comunque una compensazione per il licenziamento ingiustificato subito, essendo in comunione di beni con il marito e sempre che l'attività economica non sia da questa esclusa. In ogni caso, il vincolo coniugale, così come il legame con i figli, determina, poi, il diritto all'eredità nell'ambito di una eventuale successione a causa di morte. Diversa è invece la situazione del convivente more uxorio, che non ha la comunione dei beni ed non ha diritti ereditari. In questo caso, l'unica remunerazione possibile per il lavoro svolto non può che essere una adeguata retribuzione.

In assenza di indagini empiriche non è possibile stimare compiutamente la portata reale del regime di esclusione. In molti casi peraltro l'apporto di lavoro all'interno della famiglia sarà oggetto di specifiche convenzioni contrattuali, diversificate in relazione alla dimensione aziendale e al settore economico di riferimento. Certo è, poi, che, statisticamente, rispetto a cento anni fa, sono molto inferiori i casi di vera e propria convivenza tra i membri della stessa famiglia. D'altro canto, questo dato può essere controbilanciato dalla estensione della esclusione anche alle situazioni di convivenza e, in generale, dalla diffusione rilevante nel sistema economico svedese delle piccole imprese.

Se è vero che l'evoluzione del diritto di famiglia e del diritto tributario ha determinato il raggiungimento dell'obiettivo prioritario di garantire parità e indipendenza tra i coniugi all'interno del matrimonio. L'esclusione dalla disciplina protettiva del lavoro determina, come è stato dimostrato nei paragrafi che precedono, l'effetto opposto. Aumenta, ancor più con riferimento ai rapporti di convivenza, la situazione di dipendenza sostanziale di un coniuge rispetto all'altro. Paradossalmente la tutela dei rapporti di convivenza era determinata dalla esigenza di tutelare la parte più debole; per contro, la esclusione dal diritto del lavoro determina una situazione di vantaggio per il soggetto più forte della relazione. La situazione che ne deriva è ancora più paradossale, se si pensa che la Svezia ha sempre accordato alla regolazione del rapporto di lavoro un ruolo centrale per promuovere la parità di genere.

Catharina Calleman
Professore associato – Umeå University, Svezia

3. International Labour Organization

3.1. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *The Financial and Economic Crisis: A Decent Work Response*, International Institute for Labour Studies, marzo 2009 (in *Boll. Adapt*, 2009, n. 12).

Crisi economica e *Decent work agenda*

Sommario: **1.** L'ILO si pronuncia sulla crisi mondiale. – **2.** Cause ed effetti della crisi economico-finanziaria; garanzia di *Decent Work*.

1. Il documento dell'ILO *The Financial and Economic Crisis: A Decent Work Response*, International Institute for Labour Studies (in epigrafe), analizza i principali fattori che hanno determinato l'attuale crisi economica e i possibili strumenti per farvi fronte, sottolineando la necessità di porre particolare attenzione alla situazione dei Paesi in via di sviluppo dove l'economia informale è maggiormente diffusa, con conseguente minore protezione sociale dei lavoratori.

La crisi dei mutui, a partire dalla seconda metà del 2007, ha assunto una dimensione globale che coinvolge anche i Paesi in via di sviluppo le cui condizioni di partenza richiedono un'attenta riflessione dell'impatto della crisi sulle loro prospettive di sviluppo e sulle modalità attraverso cui promuovere una solida ed efficace cooperazione.

Il documento analizza nella prima sezione le origini della crisi e di come gli effetti negativi si siano diffusi dai Paesi sviluppati a tutti gli altri Paesi del mondo; nella seconda e terza sezione esamina i possibili strumenti utili per superare l'attuale momento di recessione e individua nel "patto globale per l'occupazione" la strategia di fondo per combinare l'azione nazionale con quella globale, la promozione dell'occupazione con la protezione sociale. La sezione quattro analizza un modello di sviluppo equo e sostenibile a lungo termine, come previsto dalla Dichiarazione di giustizia sociale adottata dall'ILO nel 2008. L'ultima sezione, infine, valuta gli effetti del "patto globale per l'occupazione" mettendo in evidenza l'importanza di un intervento coordinato e tempestivo per affrontare la crisi ai fini dell'incremento dei posti di lavoro a livello mondiale.

2. L'ILO individua nelle incaute politiche finanziarie la causa principale dell'attuale crisi dell'economia reale e nella stagnazione dei salari le ragioni della diminuzione del consumo e dell'aumento di indebitamento delle famiglie. Osserva, anche, come il calo della domanda dei Paesi avanzati può determinare effetti rilevanti sull'occupazione nei settori orientati all'esportazione, che nei Paesi in via di sviluppo ed emergenti sono il bacino più rilevante di occupazione formale. Il rischio di un ampliamento della quota di popolazione con occupazione informale è dunque più che mai concreto. Da tale situazione deriva un abbassamento dei livelli di reddito, una riduzione degli istituti di protezione sociale, una diminuzione delle tutele sul lavoro.

L'analisi pone in particolare l'accento sugli effetti di tale situazione di crisi sul mercato del lavoro e sui livelli di occupazione. Si stima, infatti, che il numero globale dei disoccupati crescerà nel 2009 fino a 38 milioni, portando il tasso di disoccupazione globale al 7%. Secondo tale previsione l'aggravamento della situazione è destinata a coinvolgere le fasce già deboli, i giovani, le donne, gli immigrati e in generale le famiglie a basso reddito.

Posto l'accento sui principali rischi che questa crisi comporta nel breve periodo, il documento ILO analizza le diverse misure di contrasto al fenomeno del rallentamento economico globale adottate dalle principali economie mondiali, sia quelle dei Paesi più indu-

strializzati che quelle dei Paesi in via di sviluppo che risentono indirettamente degli effetti negativi di questo momento. Più precisamente, il documento analizza gli impegni che sono stati assunti da 40 Paesi – tra cui anche quelli del G20 – evidenziando come le misure adottate si concentrino prevalentemente sull'aumento della spesa pubblica per beni e servizi, sullo stimolo fiscale, sul sostegno della domanda aggregata, sull'incentivo alla domanda di investimento da parte delle imprese e come le stesse misure tendano a sostenere la domanda di consumo da parte delle famiglie.

Descrivendo i vari interventi adottati dai Paesi coinvolti dalla crisi, si ricorda che l'obiettivo è quello di riattivare l'economia in modo sostenibile evitando che gli effetti del rallentamento globale possano determinare un pericoloso allentamento delle tutele. Lo strumento sembra essere appunto un "patto globale per l'occupazione" quale unico mezzo per garantire la salvaguardia dei pilastri dell'Agenda del lavoro dignitoso, ovvero la creazione di posti di lavoro attraverso imprese sostenibili, la protezione sociale, il dialogo sociale e la contrattazione collettiva.

Lo studio auspica che le misure anti-crisi non sottovalutino il grave impatto dell'attuale recessione sull'economia reale e siano, invece, orientate tanto verso le persone più esposte, quanto verso le imprese al fine di salvaguardare i posti di lavoro. Le politiche attive devono privilegiare la tutela della protezione sociale, l'estensione delle indennità di disoccupazione, la promozione di attività di formazione, di riqualificazione e lo sviluppo dei servizi pubblici e privati per l'impiego, l'estensione della protezione sociale. Affinché l'occupazione, il lavoro dignitoso e il progresso sociale non siano irrimediabilmente compromessi dalla crisi non si può prescindere da un'economia sociale solida e da un settore pubblico vitale e orientato al sostegno del reddito.

L'esperienza delle precedenti crisi finanziarie suggerisce che tutte le misure volte a superare la crisi devono necessariamente contemplare il rilancio del sistema del credito, fino ad oggi non sufficientemente incentivato e funzionale anche ad una crescita dinamica di tutto il settore privato, quanto all'incremento dell'occupazione globale.

Per quanto riguarda le misure a sostegno dell'occupazione i possibili interventi devono passare per la effettiva promozione delle competenze dei lavoratori. È necessario operare affinché sia mantenuta l'occupabilità attraverso politiche per la formazione e la riqualificazione che arricchiscano il capitale umano, indirizzandolo verso competenze più vicine alla domanda espressa dal mercato.

Le azioni pubbliche vanno orientate anche alle persone in cerca di occupazione attraverso il rafforzamento dei servizi pubblici e privati per l'impiego e lo sviluppo di politiche volte a facilitare l'adattamento degli individui alle mutevoli condizioni del mercato del lavoro mediante piani di azione personalizzati, formazione adeguata, inserimento mirato per i soggetti svantaggiati.

Sono ricordati anche gli strumenti tradizionali di sostegno durante i periodi di crisi, segnatamente il rafforzamento dei regimi di sicurezza sociale e l'estensione della durata dei sussidi alla disoccupazione.

Nel tentativo di incentivare le politiche di contrasto alla crisi è fondamentale anche mantenere l'ordine pubblico economico e garantire l'efficace applicazione delle norme internazionali a tutela dei lavoratori. Il tutto in un quadro complessivo in grado di assicurare adeguate condizioni di giustizia sociale al fine di evitare disordini politici che potrebbero creare anche maggiori ritardi in termini di recupero della situazione economica.


In tale contesto appare anche necessario assicurare opportune forme di flessibilità del sistema in quanto un mercato del lavoro troppo rigido e norme troppo severe potrebbero limitare la ripresa economica.

Le misure di sicurezza sociale devono andare di pari passo con una politica economica volta ad aumentare la produzione, la tutela sociale e la redistribuzione affrontando allo stesso tempo le questioni sociali, come la famiglia, la cura della persona e la povertà. I si-

stemi sociali, oltre a fornire il necessario sostegno al reddito delle famiglie e a svolgere il loro ruolo di stabilizzatori automatici, devono contribuire al processo di miglioramento dell'occupabilità, prevedendo che il godimento delle misure di sostegno sia legato alla dimostrazione di un impegno costante nella ricerca di un lavoro stabile o comunque al mantenimento delle competenze individuali mediante idonei percorsi di formazione e riqualificazione professionale.

Quanto analizzato dall'ILO mette in luce come i Paesi coinvolti dalla crisi oltre ad avere adottato misure a salvaguardia del credito e del sistema finanziario (varando incentivi fiscali di stimolo della domanda aggregata e piani di realizzazione di infrastrutture o programmi di supporto alle piccole e medie imprese) hanno previsto strumenti di protezione sociale e di formazione continua sia a vantaggio dei più giovani che dei lavoratori estromessi dal mercato del lavoro.

4. Quadro internazionale e comparato (Paesi dell'America Latina)

4.1. OIT [ILO], *Estrategia para promover la declaracion de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT*, Segunda Reunion de los Grupos de Trabajo en el marco de la XII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA, 2005 (in  indice A-Z, voce *America Latina*).

Prospettive di evoluzione del diritto del lavoro nei Paesi dell'America Latina: il contributo dell'analisi comparata e dell'approccio interdisciplinare

Sommario: 1. Premessa. – 2. Importanza dello studio comparato e interdisciplinare. – 3. La previdenza sociale come elemento integrativo. – 4. Un altro esempio: le politiche per la occupazione. – 5. Conclusioni: la natura multidisciplinare dei rapporti di lavoro.

1. L'idea principale che si intende porre a fondamento del costante scambio a livello internazionale di studi e ricerche sul diritto del lavoro è che esso sia una necessità dettata dalla globalizzazione. Anche l'integrazione commerciale ha condizionato fortemente il mondo economico e il mondo del lavoro; i grandi flussi economici e commerciali che percorrono il pianeta condizionano in modo rilevante le differenze tra i Paesi. Per un verso, l'importanza unanimemente riconosciuta del mercato e della sua regolazione da parte dello Stato, la rivalutazione delle politiche sociali, la presenza imprescindibile della componente fiscale, il ruolo crescente del dialogo sociale sono elementi costanti della vita economica e politica di tutti i Paesi con un rilevante impatto sul mercato del lavoro. Per contro, ogni Paese sperimenta su questi temi soluzioni alternative. Nell'ambito del diritto del lavoro, della previdenza sociale e delle politiche di welfare emergono tendenze comuni, ma anche differenze ancora profonde. In tale quadro, la mancanza di un costante confronto tra esperienze diverse, in termini comparativi, determinerebbe una grave perdita a scapito dell'efficienza, atteso che lo scambio di informazioni su politiche specifiche è uno strumento per perseguire un vantaggio per tutti gli interlocutori.

Peraltro questo vantaggio non si dispiega solo a livello di politiche nazionali, ma anche in ambito imprenditoriale. Le relazioni di lavoro hanno implicazioni molto maggiori della mera ricerca delle buone pratiche nella gestione del rapporto tra capitale e lavoro. Nella misura in cui lo scambio di conoscenza permette di creare società al loro interno maggiormente coese e inclusive, anche le imprese possono raggiungere un clima positivo di collaborazione e l'equilibrio indispensabile per l'aumento di produttività e competitività.

La ricerca di uno scambio permanente non è semplice: manca una definizione condivisa, assoluta, di benessere. Nelle scienze sociali, i risultati si presentano come relativi, privi del carattere assoluto delle scienze naturali. Anche i parametri di riferimento in ambito lavoristico o economico possono non essere univoci, o rispondere ad interessi parziali, o, ancora, essere soggetti a mistificazioni volte a perseguire un falso benessere generale.

Nonostante questa difficoltà, il bisogno di condividere le esperienze non smette di essere una necessità. Anzi, risulta ancora più pressante.

Il processo di globalizzazione dell'economia ha creato un rapporto di forte interdipendenza tra i diversi Paesi, è importante perciò conoscere le dinamiche dei processi evolutivi in ambito lavoristico su scala mondiale. È universalmente riconosciuto il fatto che ci troviamo davanti ad un processo di integrazione economica e commerciale più accelerato che in qualsiasi altra epoca storica. Le politiche di liberalizzazione commerciale ed integrazione economica mostrano risultati positivi, ma hanno anche colpito il funzionamento del mercato del lavoro nei diversi Paesi. Ne deriva una sempre maggiore intensificazione della concorrenza sui mercati nazionali e internazionali. Le imprese sono costrette, in molti casi, a trasformare i luoghi stessi di lavoro per mantenere gli standard di competitività richiesti, con l'alternativa, diversamente, di dover interrompere la propria attività.

2. È attuale il dibattito sull'opportunità o meno di regolare i profili lavoristici che intervengono nell'ambito del commercio internazionale e sulle modalità di intervento in tal senso: è evidente la necessità di assicurare che il libero commercio porti ad un progresso sociale equo sia tra i Paesi sia, al loro interno, tra i diversi gruppi sociali, evitando che si introducano nuove formule protezioniste e che si incorra nel *dumping* sociale.

Da ciò nasce la necessità di ricercare una nuova generazione di politiche che diano una risposta più adeguata alle richieste attuali in campo lavorativo e che bilancino gli effetti sociali negativi.

In tal senso, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO) si è pronunciata sulla necessità di armonizzare le condizioni di lavoro dei Paesi per evitare vantaggi commerciali indebiti. Sempre secondo l'ILO, ciò non significa necessariamente che le politiche del lavoro debbano essere identiche, è invece indispensabile stabilire un livello minimo di diritti fondamentali e articolare politiche a livello nazionale che incidano sul costo del lavoro e sulla produttività, con lo scopo di diminuire in questo modo gli squilibri attualmente esistenti (OIT [ILO], *Estrategia para promover la declaracion de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT*, Segunda Reunion de los Grupos de Trabajo en el marco de la XII Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo de la OEA, 2005, in epigrafe).

Siamo, dunque, di fronte alla responsabilità dei governi, risalente nel tempo, di conciliare le azioni del mercato e dello Stato con un elemento nuovo e che non può essere trascurato: i tempi sono oggi più stretti e le decisioni devono essere immediate, poiché gli effetti di eventuali errori risulta altrettanto immediati.

L'America Latina, in maniera non uniforme ma costante, avanza verso l'integrazione interna, e si prospettano molte opportunità favorevoli in campo economico per diversi Paesi. Tra i primi, specialmente il Brasile, il Cile, l'emergente Costa Rica, ma anche l'Uruguay e l'Argentina, sono nazioni con una forte capacità competitiva, anche nel campo dell'innovazione tecnologica e a livello di produttività. Tuttavia presentano situazioni interne con enormi deficit a livello sociale: gli standard di protezione sociale costituiscono, per un enorme volume della popolazione, mete cui ambire più che posizioni minime da difendere. È indispensabile perciò l'assunzione di un forte impegno alla negoziazione e al dibattito in due direzioni: verso l'esterno, nel progresso che porta alla globalizzazione, ed all'interno, in termini di sviluppo locale, attraverso un equilibrio virtuoso che permetta il riscatto sociale delle popolazioni più povere nel quadro del più ampio processo globale.

Uno studio comparato dei rapporti di lavoro nei diversi Paesi è funzionale e utile per un Paese che voglia implementare nuove politiche o misure volte ad apportare cambiamenti nei rapporti di lavoro e che dunque ha bisogno di conoscere altre esperienze sia a livello locale sia a livello mondiale.

Ciò nonostante, è importante tener presente che la comparazione delle norme in materia di lavoro in sé può certamente essere importante, ma deve essere combinata con la conoscenza di altri fattori, come l'effetto dei costi sulle politiche aziendali. Il che non significa tuttavia raggiungere una più profonda comprensione dei cambiamenti che si stanno verificando nell'ambito dei rapporti di lavoro. Per una piena comprensione è indispensabile un approccio interdisciplinare che permetta di utilizzare strumenti di analisi applicabili ai diversi campi del sapere, come la storia, la sociologia, la psicologia, la politica, il diritto, l'economia, ecc.

Esistono, quindi, diversi fattori che è necessario considerare nel momento in cui si decida di applicare il modello interpretativo ricavato da uno studio comparato in materia di rapporti di lavoro. La possibilità di una sua effettiva applicazione deve essere stabilita sulla base di una attenta valutazione della situazione economica e sociale e inserirsi in un processo di dialogo sociale.

3. Nell'ambito della previdenza sociale in America Latina, è possibile trovare un chiaro esempio di quanto detto, in particolare con riferimento ai sistemi di pensione integrativa. Nel continente, infatti, questo capitolo è di grande importanza.

Nel settore della previdenza sociale si riflettono tanto le responsabilità da parte della società nel suo complesso relativamente alla tutela dei lavoratori, quanto le difficoltà strutturali dell'economia (ricordiamo che il progetto di base della previdenza sociale presuppone l'esistenza di un mercato del lavoro formale esteso, elemento spesso assente nei Paesi meno sviluppati) e, infine, la sinergia di forze tra pubblico e privato.

Il Cile è stato il primo Paese ad attuare riforme in questo settore e nel 1980 ha creato un sistema di risparmio basato sulla contribuzione individuale mediante capitalizzazione per consentire ai lavoratori di ottenere pensioni più alte rispetto a quelle garantite dalla Cassa di Previdenza.

L'iniziativa ha suscitato l'interesse degli esperti di tutto il mondo, che hanno studiato la fattibilità del sistema a carico dei fondi di previdenza e la possibile applicazione nel proprio Paese. L'analisi è stata condotta da diverse prospettive e nel corso di 15 anni sono stati individuati tre modelli:

- a) conti individuali basati sulla contribuzione dai lavoratori;
- b) sistemi misti, basati in parte su conti individuali, in parte a carico del Settore Pubblico e del datore di lavoro;
- c) un sistema dove il lavoratore può scegliere il sistema privato o pubblico, con la possibilità di poter decidere, in ogni momento, di cambiare opzione.

Questi tre modelli hanno trovato applicazioni diverse a seconda del Paese di riferimento. È rimasto però costante l'interesse alla comparazione, con lo scopo di poter trarre beneficio dall'esperienza altrui. Ad esempio, in Cile, Paese innovativo in questo senso, sono stati avviati degli studi sulle possibili modalità di applicazione del "principio di solidarietà" (afferente all'ambito della dottrina politico-sociale), che in Uruguay ed Argentina funziona parzialmente.

4. Un altro esempio significativo, a dimostrazione dell'importanza della ricerca comparata, sono politiche attive per la promozione dell'occupazione. Il quadro normativo varia da Paese a Paese, ma ciascuno di essi trae indicazioni dal successo o dagli errori degli altri. Ciò, naturalmente, non significa conoscere i limiti e le possibilità di applicazione delle diverse misure. L'esperienza e lo studio comparato indicano solamente che non esiste una ricetta comune: ogni Paese cerca di applicare una combinazione di queste politiche che sia efficace e complementare alla realtà economica e sociale. Vi è poi un problema im-

prescindibile di ordine quantitativo: la gravità dei problemi influisce sul volume della domanda, e le risorse impiegate per affrontarla determinano in qualche misura le probabilità di successo, se ben investite.

In effetti, le politiche attive si sono sviluppate su tutti i fronti, con un'intensità variabile, ma in linea generale in modo piuttosto consistente, anche i tempi recenti. In Cile, Argentina, Perù, Uruguay, Venezuela, Bolivia esistono programmi volti all'incremento della occupazione giovanile, promossi dal Banco Interamericano de Desarrollo, istituito nel 1959 per favorire il processo di sviluppo economico e sociale in America Latina e nell'arcipelago caraibico.

Benché si tratti di un tema condiviso, vi sono importanti differenze nella determinazione dell'ambito di applicazione di queste azioni (come il limite di età necessario per rientrare nella fascia giovanile), nella delimitazione delle responsabilità dello Stato, nella definizione del carattere dei sussidi e delle modalità di partecipazione. Lo studio comparato e interdisciplinare contribuisce ad individuare gli aspetti di forza e di debolezza dei singoli casi.

I fondi di investimento sociale del modello boliviano di inizio anni Novanta sono stati ripresi da tutti i Paesi della regione ma con modalità assai differenti. Ogni Paese, infatti, ha previsto una varietà di misure: dai sussidi in denaro (i *cash transfers*), alla fornitura di derrate alimentari a fronte di una prestazione di lavoro; dalla fornitura di prime colazioni nelle mense scolastiche ai programmi di finanziamento per piccoli progetti imprenditoriali. Occorre sottolineare che, in questo ambito, sono cambiati gli attori coinvolti: la povertà è diventata un problema sociale che coinvolge tutte le istituzioni, inclusa l'impresa quale unità economica e sociale di base.

I servizi pubblici per l'impiego sono ormai diffusi in tutti i Paesi, ma il loro funzionamento varia non soltanto in funzione delle risorse e degli stanziamenti, ma anche in base alla preparazione tecnica degli addetti. Alcuni programmi per l'occupazione coinvolgono poi grandi quantità di lavoratori, come nel caso di Argentina, Brasile, Messico, Paesi di vaste dimensioni.

Elemento altrettanto significativo è l'introduzione, seppur con limiti prevedibili, dell'indennità di disoccupazione in cinque Paesi (Argentina, Uruguay, Brasile, Colombia e Venezuela). Tuttavia, a distanza di anni sussistono ancora enormi difficoltà. Le politiche introdotte, benché non inutili, sono state poco efficaci. Tuttavia, anche se forse meno rapidamente di quanto auspicabile, ma con sicurezza, stanno aumentando i Paesi in cui si è raggiunto un certo equilibrio. Per risolvere il problema della disoccupazione, sarebbe opportuno raccogliere e combinare, attraverso la comparazione, i vantaggi derivanti dalle diverse soluzioni messe in atto, creando un nuovo modello di risposta.

È possibile affermare, dunque, che un'economia moderna e "globale", con i problemi di disoccupazione che ne derivano, ha bisogno di rapporti di lavoro che rispecchino il contenuto delle nuove proposte di cui si discute e che devono essere applicate concretamente, con una attenzione particolare alle relazioni industriali in un'ottica di internazionalizzazione. Ciò conduce alla necessità di riforme e innovazioni nelle azioni e nelle istituzioni.

Nel contesto attuale, l'America Latina affronta sfide ancora più impegnative a causa della sua condizione di regione emergente caratterizzata dalla presenza di enormi masse di popolazione in condizioni di arretratezza che devono essere veicolate nella modernità. I governi e le associazioni di rappresentanza di lavoratori e datori di lavoro hanno il duplice compito di integrare le nuove idee e i nuovi sistemi di produzione, accorciando la distanza rispetto ad altri Paesi in ambito economico, nel tentativo però di risolvere i problemi che affliggono le loro popolazioni emarginate dal progresso. Le loro Nazioni non sono più isolate tra loro e rispetto al resto del mondo; anzi, il loro destino dipende da un futuro a livello mondiale, globalizzato in termini di produzione e di cultura.

5. Tornando ora al tema dell'approccio interdisciplinare, giova qui ricordare che la specificità che definisce l'uomo ed il suo lavoro è la capacità di trasformare le cose in benessere. Nell'arco della storia, è stata questa la funzione dell'uomo, inteso come specie, sul pianeta: sono i sistemi di lavoro che definiscono le strutture sociali, le norme di convivenza, l'accordo sociale. A livello individuale, invece, la maggior parte dei conflitti e dei problemi è legata al mantenimento e alla conservazione di sé e della propria famiglia. La maggior parte della vita delle persone, e gran parte del loro comportamento, è condizionata dal ruolo che occupano nel mondo del lavoro.

È questa visione dell'uomo come specie e come individuo, secondo la nota distinzione di Marcuse tra ontogenesi e filogenesi, che permette di dare la giusta importanza ad una visione collettiva dei rapporti di lavoro.

Ad essa contribuisce anche l'aspetto della socialità, la curiosità dell'uomo (qualità unica tra le specie animali) per il comportamento collettivo – oggetto di studio di differenti discipline come l'economia e la sociologia e, in generale, le scienze sociali – come mezzo di ricerca dell'ordine e della felicità. I rapporti fra i gruppi sociali, la loro collocazione sulla base delle abilità che li caratterizzano e della proprietà, i loro conflitti d'interesse (interesse che può essere connotato anche positivamente, a vantaggio della collettività, ma di cui ciascuno ha una personale visione) sono tutti fattori che determinano la produzione normativa nel campo del lavoro e le modalità di azione nelle imprese. La integrazione economica e sociale definisce i prezzi, la crescita economica e le modalità di distribuzione e di accumulazione delle risorse.

Questi fattori hanno la propria sistematizzazione nel campo delle scienze che studiano l'amministrazione. In questo ambito è possibile indagare non solo l'aspetto dirigenziale, ma anche quello della gestione funzionale all'efficienza. I rapporti di lavoro sono parte essenziale dell'amministrazione, se non la più vitale, poiché sono legati alla condotta e alla natura delle persone, sia in quanto individui sia in quanto parte di un gruppo con determinati interessi.

Bisogna dunque considerare le scienze esatte come un settore estraneo rispetto alle relazioni di lavoro? La risposta è no: i due aspetti non si escludono a vicenda. Il mondo si è trasformato grazie alla scienza e alla tecnologia. Senza tener conto di questo, non è possibile ottenere alcun risultato nel campo dell'amministrazione e delle relazioni di lavoro. Le innovazioni scientifiche e tecnologiche influiscono sui rapporti di produzione e di amministrazione all'interno dell'impresa. Grazie allo sviluppo che esse comportano si rende possibile anche il progresso nella produttività e nella competitività. Oggi, i grandi passi in avanti nelle comunicazioni e nell'informatica, le grandi prospettive della biologia, la sistematizzazione su base matematica annunciano innovazioni e una nuova fisionomia del mondo del lavoro.

Concludendo, non esiste attività più essenziale per l'umanità intera e per ogni singolo individuo che il lavoro. Le relazioni di lavoro non possono che essere studiate da una prospettiva interdisciplinare. Questo è un aspetto legato alla loro stessa natura, una peculiarità senza la quale perderebbero di significato. Questa è la sfida, questa è la spinta per continuare nella direzione dello studio comparato e interdisciplinare delle relazioni di lavoro.

Luis Aparicio Valdez, Jorge Bernedo Alvarado
Análisis Laboral