

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

In questo numero

INTERVENTI A CONFRONTO

***Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia:
quale ruolo per la concertazione?***

POLITICA DEL LAVORO

***Contrattazione collettiva e lavori flessibili
nelle pubbliche amministrazioni***

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

***La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea
Il contratto di lavoro in Giappone***

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

Sentenza INAIL: spunti di riflessione

Giuffrè Editore

N. 1/XIII - 2003

DIRITTO
delle
RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

N. 1

XIII-2003

Giuffrè Editore Milano

SOMMARIO - n. 1/2003

Interventi a confronto: Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia: quale ruolo per la concertazione?

LUIGI MARIUCCI <i>Il riformismo nel diritto del lavoro</i>	3
PAOLO BOSI <i>Politica dei redditi e riforme del Welfare</i>	9
CARLO DELL'ARINGA <i>Politiche dei redditi e ruolo allocativo delle politiche retributive</i>	28
AGOSTINO MEGALE <i>Il bilancio di un decennio di politica dei redditi</i>	32
GUIDO BAGLIONI <i>Per un assetto più attuale della contrattazione collettiva</i> . . .	36
STEFANO LIEBMAN <i>Il nodo della rappresentanza e della rappresentatività</i> . . .	40
LUIGI MONTUSCHI <i>Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata</i>	50
RICCARDO DEL PUNTA <i>Licenziamenti e performances occupazionali.</i>	63
MARIO GRANDI <i>L'arbitrato nelle controversie di lavoro: problemi e prospettive</i>	67
TIZIANO TREU <i>La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato</i>	78

Politiche del lavoro

ROSARIO SANTUCCI <i>Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni</i>	93
---	----

Diritto comunitario, internazionale e comparato

MANFRED WEISS <i>La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea.</i> . . .	117
SHINYA OUCHI <i>Il contratto di lavoro in Giappone</i>	134

Osservatorio sulla giurisprudenza italiana

VANIA BRINO <i>La sentenza INAIL: spunti di riflessione</i>	151
---	-----

INTERVENTI A CONFRONTO

Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia: quale ruolo per la concertazione?

Il riformismo nel diritto del lavoro

Luigi Mariucci

Sommario: 1. Premessa. — 2. Il Patto per l'Italia: una riflessione critica. — 3. Riformismo e diritto del lavoro: i temi da affrontare.

1. C'è un abuso della parola « riformismo », anche nel diritto del lavoro. Infatti il termine viene spesso impiegato per esprimere la condivisione di qualsiasi idea di cambiamento, come se accedere al mutamento purchessia consistesse comunque in un metodo « riformista ». Naturalmente non è così, come alcuni secoli di teoria e pratica politico-sociale ci insegnano. Perciò è necessario promuovere intanto una ridefinizione sul piano lessicale, cominciando col dire che non è riformismo il cambiare in sé, il cambiare per cambiare. Possono esserci infatti cambiamenti sbagliati. Va quindi tracciato un primo confine tra « riformismo » e generico « nuovismo ». In secondo luogo non è riformismo il cambiare segmentale, episodico, frazionale, al di fuori di un progetto: questo è minimalismo, pragmatismo spicciolo senza principi. Infine non è riformismo il cambiare le strutture portanti di un sistema, come quello del diritto del lavoro: questa può essere semmai una rivoluzione, o, al contrario, una contro-riforma.

Quando ho letto il *Libro Bianco* del lavoro, a mente libera, come altrove ho scritto, mi sono posto questo interrogativo: siamo di fronte ad una scelta riformista o a qualcosa d'altro? La mia impressione quando esaminai quel testo e poi la sua interpretazione autentica (cioè il disegno di legge delega n. 848 del novembre 2001) fu quella di avere a che fare con un progetto più « destrutturante » che riformista. Il problema non è nelle singole proposte, tutte suscettibili di una valutazione problematica, ma nella intelaiatura del disegno. Cosa significa dichiarare la fine della concertazione, sostituita dall'accordo « con chi ci sta », l'esaurimento della politica dei redditi a favore delle politiche di competitività, una interpretazione della riforma del titolo V della Costituzione nel senso della attribuzione alle regioni di un potere legislativo sullo stesso

* Luigi Mariucci è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cà Foscari di Venezia.

* I contributi di Luigi Mariucci, Paolo Bosi, Carlo Dell'Aringa, Stefano Liebman, Luigi Montuschi, Riccardo Del Punta, Mario Grandi, Agostino Megale, qui pubblicati, riproducono le relazioni presentate al convegno: *Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia: quale ruolo per la concertazione?*, organizzato a Modena dalla rivista Diritto delle Relazioni Industriali e da Adapt, Associazione per gli studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali.

ordinamento del rapporto di lavoro, il dissolvimento della contrattazione collettiva in un pulviscolo non ordinato di accordi territoriali, la preminenza di un principio di derogabilità delle discipline lavoristiche, sostitutivo di quello classico di inderogabilità (relativa), e quindi approdare (come meglio si è visto con il ddl n. 848 del 2001) ad un disegno di flessibilizzazione generalizzata dei rapporti di lavoro in entrata e in uscita, anche attraverso la sostanziale abrogazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori? Mi sembra difficile dire che un siffatto disegno è « riformista »: si tratta piuttosto di un programma rivoluzionario o, al contrario, come molti pensano, contro-riformista. Non a caso questi termini sono stati puntualmente impiegati nella polemica reciproca: quante volte abbiamo sentito sostenere da parte di esponenti della maggioranza di governo che il *Libro Bianco* proponeva una « rivoluzione del mercato del lavoro », e quante altre volte abbiamo sentito, dalla parte opposta, che tutto questo costituiva invece una « controriforma »!

2. Se si vuole de-ideologizzare il dibattito, come generalmente si auspica, occorre quindi partire da una valutazione di merito, anche sotto il profilo funzionale.

Da questo punto di vista le scelte effettuate dalla maggioranza di governo in carica e da quelle associazioni che hanno acceduto alla stipulazione del c.d. *Patto per l'Italia* appaiono del tutto inefficaci.

Si guardi intanto al *Patto per l'Italia* dello scorso 5 luglio 2002. Qui si potrebbe svolgere una critica persino troppo facile. A parte il titolo, tra il kitsch e l'inquietante (cosa significa chiamare un accordo *Patto per l'Italia* se non alludere al fatto che chi non aderisce sia una specie di anti-italiano se non un « disfattista », per usare un linguaggio risalente?), è singolare che tra gli stipulanti dopo la sottoscrizione dell'accordo siano cominciate forti polemiche in ordine ai contenuti qualificanti e agli stessi cardini del patto: dalle dispute sul modo in cui intendere la deroga all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori al tema dei riferimenti macro-economici, dal tasso di inflazione programmato, stimato dal Governo nell'1,4 a fronte di un dato reale che supera il 2, alla percentuale di incremento del pil, progressivamente decresciuta dalle cifre miracolistiche del 2 allo 0,4 per cento.

Ma il punto critico è in realtà più di fondo. La debolezza del *Patto per l'Italia* è infatti anzitutto strutturale. Quell'accordo a ben vedere non ha alcun contenuto propriamente negoziale in termini di impegni concreti tra le parti sociali: tant'è vero che il patto quando intende introdurre veri e propri obblighi negoziali non fa che richiamarsi al Protocollo del 23 luglio 1993, la cui vigenza è quindi confermata con tutte le conseguenze, quali la riaffermazione dei due livelli di contrattazione, il riconoscimento delle rappresentanze sindacali unitarie, l'auspicio di un intervento legislativo sull'*erga omnes* ecc., tutte regole, com'è evidente, contraddittorie in radice con la piattaforma programmatico-ideologica del *Libro Bianco*. Il *Patto per l'Italia* è dunque un accordo meramente politico, consistente in uno scambio di dichiarazioni di volontà politiche. Perciò risulta devastante, sul piano della tenuta anche simbolica del patto, che proprio sul piano politico si registri la rottura tra gli stipulanti: dalle questioni,

sopra richiamate, relative alla definizione dei riferimenti macro-economici (tasso di inflazione programmato e tasso di sviluppo), alle misure di intervento a favore del mezzogiorno, rispetto a cui è stata generalmente criticata la scelta del governo di abrogare la tecniche degli incentivi all'occupazione attraverso il credito d'imposta, fino alle durissime prese di posizione di Confindustria, per un verso, e di Cisl e Uil per l'altro sul disegno di legge finanziaria presentato dal Governo.

Da ultimo, la critica fondamentale nei confronti del *Patto per l'Italia* può essere svolta nei seguenti termini. Gli accordi triangolari tra governo, imprese e sindacati servono in quanto costituiscono elementi di preveggente stabilizzazione del sistema delle relazioni sociali. In questo caso non si è apprezzato alcun effetto di stabilizzazione: da un lato infatti la Cgil ha promosso un riuscito sciopero generale il 18 ottobre, mentre i soggetti principali del « patto » annaspiano tra dissensi rispettivi e retorica esaltazione di un accordo in realtà privo di prospettive concrete sul medio periodo. Quanto alla preveggenza si può fare un'ultima osservazione: quale senso comune poteva avere la battaglia frontale contro la disciplina dei licenziamenti individuali (il famoso art. 18!) quando era alle porte un evento sismico sul piano degli assetti occupazionali, nel nord e nel sud, e dello stesso profilo industriale della identità del paese, come la crisi Fiat? Evento traumatico di cui erano ben informati i normali diligenti lettori dei giornali economici, mentre sembra che non ne sapessero nulla le autorità principali del paese.

Ce n'è abbastanza, insomma, per concludere che conviene voltare pagina e fare punto e a capo. Cosa che nella storia succede raramente, ma tuttavia sempre nei punti essenziali di svolta della vicenda politica e sociale.

Se si vuole riaprire un confronto serio sul riformismo nel diritto del lavoro penso che andrebbero affrontati in termini nuovi i seguenti temi, che qui naturalmente possono essere solo accennati e brevemente argomentati per titoli: *a)* regolazione della rappresentanza sindacale; *b)* politiche attive dell'impiego; *c)* estensione selettiva dei diritti e delle tutele; *d)* forte modernizzazione degli strumenti amministrativi e giurisdizionali del lavoro (meccanismi di intervento sul mercato del lavoro, ispettorati del lavoro, giustizia del lavoro).

3. La prima questione è costituita dal tema della regolazione della rappresentanza sindacale.

Si tratta di un tema che intanto ha rilevanza in sé, sul piano delle specifiche questioni relative al sistema delle relazioni di lavoro. Non è tollerabile l'attuale dualismo tra lavoro pubblico e lavoro privato. Nel pubblico impiego vige infatti una regolazione puntuale dei criteri di accertamento della rappresentatività sindacale e di attribuzione di efficacia giuridica generale agli accordi sindacali, dovuta anche al lavoro di Massimo D'Antona. Nel settore privato domina invece l'anomia, cioè l'assenza di regole. Non a caso proprio a questo tema Massimo D'Antona aveva dedicato il suo scritto postumo. È il caso di osservare che proprio l'assenza di regole sulla rappresentanza sindacale drammatizza il fenomeno dei c.d. « accordi sindacali ». Se vi fosse un sistema cogente e al tempo stesso semplice di regole non si parlerebbe più di accordi separati e le

crisi dell'unità sindacale non sarebbero vissute come eventi drammatici. Opererebbe infatti una regola che consentirebbe ai sindacati maggioritari di stipulare validamente gli accordi, salvo opposizione dei sindacati dissenzienti di rilevante consistenza tramite il ricorso allo strumento referendario.

Il tema assume inoltre una valenza più ampia, di tipo sistemico, relativo ai rapporti tra rappresentanza sociale, politica e più complessivi assetti istituzionali. Il passaggio, pure imperfetto, ad un sistema bipolare e maggioritario sul piano della rappresentanza politica, per un verso, e ad un assetto istituzionale di tipo federale, per quanto svolto in termini ancora confusi, per l'altro, implica di definire una più precisa collocazione della rappresentanza sociale e dei suoi criteri di legittimazione.

La seconda questione è quella che definirei di qualificazione dei diritti e delle politiche dell'impiego. Qui il punto cruciale a me sembra essere costituito dalla necessità di accorpare le figure flessibili di accesso all'occupazione, collegandole ad efficaci politiche di formazione ed a una efficiente strumentazione dei servizi dell'impiego, pubblici anzitutto, ma anche privati. Infatti il capitolo meno convincente del *Libro Bianco* prima e poi del successivo ddl n. 848 è costituito, ancora prima che dall'intervento deregolatorio sull'art. 18, dalla proposta di moltiplicare, fin quasi ad inflazionare, la lista delle forme flessibili, *id est* precarie, di accesso al lavoro: ad un elenco già lungo, costituito dal lavoro a termine, ormai del tutto liberalizzato, dai contratti di formazione lavoro, di apprendistato, a part-time, dal lavoro interinale, oltre alle varie figure dei contratti di *stage*, di reinserimento ecc., si aggiunge infatti un insieme di ulteriori figure, dal lavoro a chiamata al part-time con clausola elastica, dal contratto di somministrazione di lavoro (ovvero di pseudo-appalto di lavoro o di interinale a tempo indeterminato) al lavoro occasionale, « a progetto » ecc. Ne esce l'immagine di un mercato del lavoro polverizzato, ovvero di un insieme di incentivi istituzionali alla ulteriore frammentazione del mercato del lavoro che assume caratteri così accentuati da apparire persino disfunzionale rispetto agli stessi interessi delle imprese. Una politica razionale della flessibilità come strumento di promozione e al tempo stesso di stabilizzazione della occupazione comporta invece una scelta esattamente rovesciata. Si tratta di accorpare le forme flessibili di accesso all'impiego attraverso l'individuazione di tre-quattro figure essenziali (lavoro a termine, lavoro in formazione, part-time, lavoro temporaneo), agganciate a robusti interventi formativi, mirati alla stabilizzazione dell'impiego, e di sostegno alla continuità del salario. Ciò si collega al tema della riforma dei c.d. ammortizzatori sociali.

Da qui la terza questione, che definirei di estensione selettiva dei diritti e delle tutele. Questo tema a sua volta si articola in tre sotto-categorie. La prima è ricondotta al titolo della riforma degli ammortizzatori sociali, che meglio sarebbe definire in termini di introduzione di salario o reddito garantito, recuperando una nobile dizione (mi riferisco al modo in cui fu definito l'accordo interconfederale del 25 gennaio 1975 sulla riforma della Cassa integrazione guadagni rubricato appunto « accordo sul salario garantito »). Qui si tratta di introdurre fondamentalmente due misure: l'estensione degli interventi di Cassa integrazione e guadagni, per crisi d'impresa temporanee e

strutturali, ai settori finora esclusi, e la previsione di una significativa indennità di disoccupazione, collegata ad interventi formativi e ad efficaci strumenti di ri-collocamento dei lavoratori disoccupati intesi in senso ampio (lavoratori già occupati, lavoratori in cerca di occupazione, lavoratori occupati nell'area di confine tra lavoro subordinato e lavoro autonomo).

La seconda sotto-categoria riguarda i lavoratori occupati nell'area della impresa minore, sotto i 16 dipendenti, oggi sottratta alle discipline della seconda parte dello Statuto dei lavoratori. Qui l'iniziativa referendaria già avviata ai fini della estensione indiscriminata dell'art. 18 alle imprese di minori dimensioni a me pare al tempo stesso meccanica e massimalista, e come tale votata alla sconfitta. Va invece promossa una estensione selettiva delle tutele, che possono essere variamente modulate rispetto alle dimensioni occupazionali e alla potenzialità economico-produttiva delle imprese. A questo fine, in ordine alla estensione della specifica tutela di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, è necessario introdurre una fondamentale innovazione: la previsione di una procedura speciale per le controversie sui licenziamenti, sul modello di quella prevista dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, finalizzata ad accorciare radicalmente i tempi del processo del lavoro, allo stato attuale insostenibili.

Resta infine l'ultima questione, quella in realtà più rilevante dal punto di vista pratico ma soprattutto teorico e della prospettiva politico-sociale: quella della estensione delle tutele assicurate ai lavoratori subordinati alla estesa area dei lavoratori c.d. parasubordinati, oggi in particolare costituiti dai lavoratori coordinati e continuativi (c.d. co.co.co.). In tema da tempo si confrontano varie ipotesi, che non è qui il caso di richiamare *ex professo*. Mi limito a sintetizzare qui la mia opinione, che in altra sede argomenterò in maniera più approfondita. Ritengo che costituirebbe un grave errore, ed anzi il frutto di una specie di abbaglio ottico, ritenere declinante o addirittura superata la figura del lavoro subordinato, come disciplinato ora dall'art. 2094 del codice civile, solo in virtù della evidente crisi della equiparazione tra quella figura giuridica e una forma determinata di subordinazione identificata nel modello fordista. Ciò per due ragioni essenziali, una, per così dire, teorica, e l'altra pratica.

La ragione teorica sta nel fatto che a me è sempre parso che il fondamento giuridico della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. non consistesse nella eterodirezione, vale a dire nello svolgimento di quelle forme particolarmente pervasive di potere direttivo specifiche della organizzazione del lavoro di massa di tipo taylorista e fordista, ma nella esistenza di una doppia alienità del lavoro: del risultato del lavoro, che in quanto prodotto appartiene già ad altri, e della organizzazione entro cui la prestazione di lavoro è inserita. A ciò mi convinse, qualche decennio fa, lo studio di una forma c.d. marginale del lavoro subordinato, il lavoro a domicilio. Nello studio di quel particolare rapporto di lavoro mi colpì il fatto che nella molteplice varietà della regolazione giuridica di quella fattispecie, in particolare a cavallo degli anni Sessanta-Settanta, si era determinato un curioso fenomeno: si era registrato un formidabile incremento delle iscrizioni negli albi degli artigiani, stimato attorno al milione e mezzo di unità. Cifra, guarda caso, abbastanza vicina alle stime attuali sul numero dei « lavoratori coordinati e continuativi », determinate in circa due milioni di unità.

Scoprii tuttavia ben presto che quell'incremento abnorme degli artigiani dipendeva dal fatto che la legge n. 264 del 1958 sul lavoro a domicilio escludeva testualmente dal suo campo di intervento appunto gli iscritti nell'albo degli artigiani. Infatti quando la successiva legge n. 877 del 1973 eliminò quella previsione, introducendo anche una definizione c.d. « in deroga » della subordinazione, improvvisamente crollò il numero di tutti quei lavoratori evidentemente pseudo-artigiani. Non diversamente accade oggi che appena si incrementa la percentuale della contribuzione a fini previdenziali per i lavoratori coordinati e continuativi improvvisamente aumentino le « associazioni in partecipazione » o le partite Iva per lavori *tout court* autonomi.

La ragione pratica sta in una rilevazione di carattere empirico. Se si guardano le dinamiche del lavoro e dell'impresa nella scena globale pare evidente osservare che il fenomeno più eclatante dell'epoca in cui viviamo è l'espansione a scala geometrica del lavoro subordinato, applicato nelle sue forme addirittura più primitive: basti pensare alle forme di lavoro diffuse dove lo sviluppo purtroppo ricalca le forme peggiori del vecchio modo di produzione capitalistico, come i paesi asiatici, per non parlare dei paesi poveri, del lavoro minorile, del lavoro degli extracomunitari nell'occidente e nella stessa Unione Europea, e dei tentativi di ricondurre la dinamica della globalizzazione a una prospettiva sociale, la quale si riduce nel porre questioni da secoli risolte nell'occidente, come quella relativa alla previsione delle più elementari « clausole sociali ».

Da tutto ciò deduco che in quel piccolo orto che si chiama Italia non si tratta di inventare alcunché di originale, a proposito di c.d. nuovi « statuti dei lavori », di disciplina del c.d. lavoro *sans phrase*, che altro non è se non un ritorno, elegante quanto forse inconsapevole, alla mitologia conservatrice del « diritto comune del lavoro » tipica del protocapitalismo, di revisione della fattispecie fondamentale del diritto del lavoro, di cui alla definizione del lavoro subordinato prevista dall'art. 2094 c.c. Senza bisogno di scervellarsi più di tanto in Italia si possono fare due cose molto semplici: contrastare gli aggiramenti fraudolenti della disciplina del lavoro subordinato e promuovere una revisione degli orientamenti giurisprudenziali ancillari verso tale tendenza, eventualmente inserendo nell'art. 2094 un nuovo comma diretto alla sua autentica interpretazione, e introducendo tutele di Welfare verso l'area dei lavori effettivamente autonomi, e tuttavia deboli sul piano contrattuale.

Politica dei redditi e riforme del Welfare

Paolo Bosi

Sommario: **1.** Difficoltà e lentezze nella riforma dei modelli di welfare. — **2.** Disponibilità e responsabilità. — **3.** Due visioni alternative del welfare state. — **4.** Temi di un'agenda dello sviluppo umano. — **5.** Il menu delle riforme e il *Patto per l'Italia*. — **6.** Opportunità di altre contropartite.

1. Difficilmente grandi riforme del welfare vengono realizzate in assenza di un'area sufficientemente ampia di consenso tra le parti sociali. La connessione tra i due termini — politica dei redditi (pdr), riforme del welfare state (ws) — è quindi ancora del tutto appropriata e viene riproposta nel contesto europeo da diversi anni, da quando hanno cominciato a manifestarsi i segni di quella che potremmo chiamare la vulgata della globalizzazione, che ha posto l'esigenza di riforme del modello di ws costruito ed ereditato dal modello di produzione fordista.

Gli osservatori più attenti avvertono che i processi di riforma del welfare sono necessariamente lenti. Perché è così difficile attuare queste riforme? A questa domanda, da cui vorrei prendere le mosse in questa relazione, sono state date risposte diverse, più o meno ottimistiche: richiamarle può essere utile per evitare impazienze o paralisi comunque poco produttive.

Sulle ragioni che rendono opportuno riflettere sulla riforma del ws esiste invece un consenso abbastanza ampio. Limitando l'attenzione a quelle che hanno radici oggettive, si ricordano l'accresciuta integrazione economica, sul terreno non solo delle merci, ma anche dei fattori, che ha creato problemi alla possibilità di accrescere la pressione tributaria sui redditi di capitale; il flusso di immigrati dai paesi poveri del sud; la deindustrializzazione a favore della società dei servizi; l'invecchiamento della popolazione; i mutamenti dei ruoli di genere nella famiglia e nel mercato del lavoro.

Come si sono intrecciati i tentativi di rispondere a queste sfide dei modelli di ws con l'evoluzione delle relazioni industriali e in particolare delle politiche dei redditi?

La pdr non è uno strumento nuovo della politica industriale: le prime applicazioni risalgono agli anni Sessanta. È soprattutto in quel periodo che tale strumento ha raggiunto il massimo successo. Il suo compito principale era

* Paolo Bosi è professore ordinario di Scienza delle finanze presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

quello di cercare di attenuare gli effetti del fenomeno macroeconomico, tipico di quegli anni, della stagflazione, vale a dire degli effetti depressivi prodotti dall'inflazione, per lo più generata da pressione dei costi interni od esterni. La presenza di accordi volti a controllare e programmare la dinamica salariale consentiva il controllo dell'inflazione e quindi della crescita del prodotto e dell'occupazione.

Negli anni Ottanta la maggiore integrazione delle economie vede la pdr più funzionale al sostegno della competitività. Verso la metà degli anni Novanta gli sforzi di risanamento finanziario, che hanno coinvolto la maggior parte dei paesi europei per il varo dell'Unione monetaria, hanno visto il rifiorire di politiche di concertazione e dei redditi, testimoniate da una successione molto ampia di Patti ¹.

L'esperienza storica mostra che riforme rapide dei sistemi di ws e delle relazioni industriali sono difficili e improbabili. Esping-Andersen ² ricorre al concetto di *path-dependence* per darne una spiegazione: una volta costituiti, i sistemi di ws diventano rigidi. Spesso infatti comportano patti impliciti di lunga durata, si pensi ad esempio ai sistemi pensionistici, che non è facile rettificare. Hemerick ³ utilizza la categoria del « cambiamento politico istituzionalmente limitato ». Si tratta di una tesi più ottimistica sulla capacità dei sistemi di mostrare elasticità di risposta ai cambiamenti istituzionali esterni, ma con risposte variabili, in dipendenza del manifestarsi di *shock* esogeni di rilievo, alle diverse concezioni nazionali dei sistemi di welfare e delle diverse strutture dei processi decisionali politici. Va sottolineata però la rilevanza dell'assenza di convergenze nei processi di mutamento, che come vedremo più oltre, ha trovato riscontri anche in altri aspetti del mutamento istituzionale nell'ambito dei processi di globalizzazione; così come non va trascurato l'apporto di politiche di coordinamento svolte, ad esempio, a livello europeo.

Per i paesi europei non è però mai sottolineato a sufficienza l'impatto che sulla rapidità dei processi di mutamenti ha l'assenza di un unico modello di ws, che rende molto difficile fornire indicazioni comuni e svolgere esercizi di politica comparata. Così come appare rilevante e difficilmente modificabile nel breve periodo la visione sulla natura dei ws, che appare molto differenziata non solo nel confronto continentale Usa vs Europa ⁴, ma anche all'interno dei diversi contesti nazionali europei.

La difficoltà di cogliere la rilevanza di queste specificità di fondo è alla base della scarsa produttività del dibattito tra modello americano e modello euro-

¹ V. Regalia, *Politiche di protezione del lavoro. Esperienze a livello territoriale in Europa*, in *SM*, 2002, n. 2; Olanda: 1982, Wassenaar; 1992, Nuovo corso; 1996, Flexsecurity. Danimarca: 1987. Finlandia: 1992, Patto di stabilità. Irlanda: 1987, Ripresa nazionale; 2000, Partnership. Italia: 1992, scala mobile; 1993, Protocollo Ciampi; 1998, Patto sociale.

² Esping-Andersen, *Social Foundation of Post-industrial Economics*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

³ Hemerick, *Come cambia il modello sociale europeo*, in *SM*, 2002, n. 2.

⁴ Alesina et al., *Inequality and Happiness: Are Europeans and Americans Different?* NBER WP, n. 8198, aprile 2001.

peo, che pure ha dominato la discussione sulle cause della disoccupazione per un intero decennio e che è ancora un *workhorse* della polemica politica della destra.

Un altro aspetto più sottile e forse più importante per spiegare confusione e lentezze del dibattito sulla riforma del ws è l'intreccio tra lavoro di mercato e attività non di mercato e le implicazioni che esso ha nei processi di immigrazione che investono i paesi del nord del mondo. La discussione sullo sviluppo è infatti sempre più inficiata dall'inidoneità dei tradizionali indicatori di *performance* economica (il Pil, il tasso ufficiale di occupazione, la dinamica della produttività dei fattori) a registrare fenomeni reali, in un mondo in cui la presenza di attività non di mercato è altrettanto ampia di quella che è intermediata dal mercato, in cui lo sviluppo dell'economia dei servizi ha drammaticamente ridotto la possibilità di misurare la produttività.

Queste considerazioni, certo molto generali, non devono essere dimenticate quando si affrontano i tempi e sentieri di possibili riforme. Nel caso italiano, a quelle fatte, se ne possono aggiungere altre non meno importanti. La discussione sulla riforma del ws italiano, quasi sempre centrata sulla richiesta di ulteriori riforme delle pensioni e di maggiore flessibilità degli istituti del mercato del lavoro (compensata da più generosi ammortizzatori sociali), non sembra avere colto con sufficiente chiarezza la profonda differenza tra le caratteristiche dell'inoccupazione italiana e quella dei paesi anglosassoni, e, più in generale tra i problemi di un modello di welfare maturo, che ha attraversato la fase di universalismo e in cui possono anche essere segnalati fenomeni di *welfare-dependance*, e di un modello mediterraneo, quale quello italiano, che presenta ancora vistose carenze di costruzione degli istituti di base e in cui la famiglia svolge un ruolo sussidiario di dimensioni spropositate.

Ma oltre a questi aspetti di carattere strutturale, che comunque ci fanno comprendere quanto lento sia in ogni caso il processo di superamento dei limiti del nostro modello, una responsabilità molto grande può essere attribuita agli attori politici che negli ultimi dieci anni, da quando cioè il problema del mutamento si è posto con forza sull'onda della crisi finanziaria e dell'avvio del processo di consolidamento finanziario, non hanno saputo offrire agli attori sociali, in particolare ai lavoratori e alle loro organizzazioni, « pacchetti » di riforme tali da ottenere il consenso. In Italia il processo di cambiamento politico istituzionale limitato a cui si riferisce Hemerick sembra avere funzionato poco e male.

È però indubbio che il contesto macro-sociale entro cui le politiche di riforma si trovano oggi ad operare è più difficile di quello che caratterizzava il periodo fordista.

2. È difficile dire quali degli attori in gioco — governi, partiti, sindacati, organizzazioni imprenditoriali — abbia maggiori responsabilità nella spiegazione dell'impasse che si è verificata e che sembra perdurare. Non pare tuttavia che le organizzazioni sindacali possano essere dipinte solo come istituzioni che ostacolano la competizione nell'uso dei fattori, come viene invece spesso

teorizzato dalla teoria neoclassica dominante ⁵. Al contrario, un'analisi serena dovrebbe portare a riconoscere l'ampia disponibilità dimostrata ad accettare sacrifici e a individuare terreni di negoziazione, in cui scambiare salario contro riforme. Può bene essere che tale disponibilità fosse solo l'esito di una maggiore debolezza contrattuale: in ogni caso, quello è stato il risultato.

Tab. 1 — Quote distributive e peso dell'occupazione dipendente dal 1980 al 2001 in Italia

	1980-82	1983-87	1988-92	1993-95	1996-01	2001
Retribuzioni lorde	36,1	34,0	32,6	31,1	29,5	29,6
Profitti e Lav. autonomo	31,0	32,6	32,4	32,0	32,8	32,5
Imp. ind. nette e CS a carico datori	32,9	33,4	35,0	36,9	37,7	37,9
Lav. Dipendenti/Occ.totale	69,4	68,1	68,8	69,4	69,8	70,3

Fonte: *Ires-Cgil elaborazioni su dati di contabilità nazionale.*

Limitando l'attenzione ad un indicatore molto sintetico — le quote distributive tra redditi di lavoro dipendente e altri redditi — inadeguato per valutare l'evoluzione del tenore di vita delle famiglie dei lavoratori, che sono infatti titolari non solo di redditi di lavoro, ma significativo per misurare i rapporti di forza tra classi sociali, si può osservare che le retribuzioni lorde sono in termini relativi diminuite, mentre appare relativamente costante la quota dei redditi di lavoro autonomo e dei profitti. La tabella mostra anche, nell'ultima riga, quanto sia poco aderente alla realtà la rappresentazione di un mondo del lavoro dipendente in rapida estinzione. Il fatto che i lavori autonomi atipici, poco protetti, siano in espansione, giustifica, sì, una preoccupazione a trovare tutele adeguate a questa posizione, ma non legittima l'idea che il lavoro dipendente operaio sia finito.

In un recente lavoro presentato all'AIEL nel settembre 2002, Casadio ⁶ mostra dati sulla distribuzione del reddito che documentano inequivocabilmente la moderazione (o debolezza) dei salariati, in particolare negli anni successivi al 1992, in cui viene eliminata la scala mobile e introdotta un'esplicita politica di concertazione. Al netto delle imposte i salari reali pro-capite dal 1992, e per i quattro anni successivi, hanno cumulato una caduta di 3,3 punti percentuali. Nel 2000 erano ancora di 1,3 punti inferiori al livello del 1992.

L'accordo (soppressione) sulla scala mobile, che può essere valutato positivamente dal punto di vista della rottura di un circolo vizioso a livello macroeconomico, è stato tuttavia costoso per i lavoratori, influenzando significativamente

⁵ Per una visione più articolata e la contrapposizione dei diversi modelli del comportamento sindacale si veda Checchi, Lucifora, *Union and Labour market institutions in Europe*, in *Economic Policy*, ottobre 2002, n. 35.

⁶ Casadio, *Wage Formation in the Italian Private Sector after the 1992-93 Income Policy Agreement*, paper presentato all'AIEL, settembre 2002.

sulla decompressione dei salari negli anni Novanta e ha determinato un sensibile aumento della disuguaglianza ⁷.

Tra il 1991 e il 2000 la disuguaglianza dei redditi *familiari* è fortemente aumentata (l'indice di Gini aumenta del 16%). Il 50% di tale variazione è attribuibile all'aumentata dispersione dei salari dei lavoratori dipendenti e soprattutto dei lavoratori autonomi. Il fenomeno è più accentuato nei lavoratori di sesso maschile ⁸. Tra il 1977 e il 1989 la percentuale dei lavoratori *low paid* era diminuita dal 17% all'8%; nel 1998 ha invece raggiunto il 18% ⁹. Secondo questi autori l'Italia, alla fine degli anni Novanta, è un paese a bassi salari, soprattutto nel Sud, ove è più diffuso il lavoro nero.

È singolare come, nel dibattito politico corrente, questo sforzo compiuto dai lavoratori e dalle loro rappresentanze sindacali sia poco riconosciuto e come, ad esempio con riguardo all'istituto della scala mobile, vi sia così poca comprensione delle sue implicazioni distributive. La scala mobile non è la causa dell'inflazione, ma costituisce solo un fattore della sua propagazione. La responsabilità dell'inflazione è in chi fissa i prezzi, non nel meccanismo di indicizzazione. Che la rottura del circolo vizioso risulti, in una società di mercato decentrata, più facilmente realizzabile rinunciando a un istituto di protezione del potere di acquisto del salario, e che quindi vada valutata positivamente la sua sospensione, non rende neutrale tale misura sotto il profilo distributivo.

Ancora su questo tema, è singolare come sia pacificamente accettato, in questo caso anche dal sindacato negli anni recenti nell'ambito della contrattazione nazionale e in sede di definizione del tasso di inflazione programmato, che da un meccanismo di indicizzazione debbano essere esclusi i fattori di inflazione da costo esterni (come ad es. *shock* ai prezzi delle materie prime), quando, nella più che plausibile ipotesi che i prezzi siano definiti sulla base di un *mark-up* su tutti i costi unitari (inclusi quelli delle materie prime), un aumento dei prezzi delle materie prime produce una riduzione della quota del prodotto a favore dei lavoratori se l'indicizzazione è inferiore al 100% ¹⁰.

Questi esempi sono significativi dell'arretramento della difesa del mondo del lavoro dipendente a partire dall'inizio degli anni Novanta. La disponibilità a farsi carico dei costi del risanamento finanziario avrebbe dovuto trovare la disponibilità ad offrire uno scambio, ad esempio in termini di « salario sociale ». Nulla di tutto ciò è accaduto: al contrario si continua a sentire reiterare la necessità di accrescere la competitività, di accrescere la flessibilità del mercato del lavoro e di ridurre la spesa pensionistica.

Nel 1997, sulla base dei lavori della Commissione Onofri, pareva si fossero

⁷ Manacorda, *Can the Scala Mobile Explain the Fall and Rise of Earnings Inequality in Italy? A Semiparametric Analysis, 1977-93*, Center for Economic Performance, LSE, giugno 2002.

⁸ Fiorio, *Effects of Earnings and Pensions Income Disparities on Italian Household Income Distribution*, paper presentato alla XIV conferenza della Siep, Pavia, 2002.

⁹ Brandolini, Cipollone, Sestito, *Earning Dispersion, Low Pay and Household Poverty in Italy, 1977-1998*, Temi di discussione n. 427, Banca d'Italia, Roma, 2001.

¹⁰ Bosi, *Teoria della politica fiscale*, Il Mulino, Bologna, 1981.

posti alcuni punti fermi per la riforma del welfare, in cui si potevano individuare possibili « scambi » tra moderazione salariale, disponibilità ad assecondare un mondo economico più rischioso e flessibile e riforme del welfare. In realtà il quinquennio successivo non è stato molto fruttuoso. Se osserviamo la composizione della spesa del welfare in Italia dal 1997 al 2001 nella riclassificazione effettuata nella tabella 2, che segue criteri utilizzati anche dalla Commissione Onori ¹¹, si deve riconoscere che non è stato possibile avviare nessuna delle innovazioni che apparivano ricevere il massimo del consenso (riduzione della spesa pensionistica a favore della spesa per ammortizzatori e assistenza).

Tab. 2 - L'inerzia delle riforme del Welfare

La spesa per la protezione sociale — Classificazione tipo Commissione Onori					
(milioni di euro)	1997	1998	1999	2000	2001
1. Pensioni in senso stretto e Tfr	139964	145405	151151	157282	163605
in % del Pil	13,6	13,6	13,6	13,5	13,4
2. Assicurazioni del mercato del lavoro	21485	20975	22251	21554	22208
in % del Pil	2,1	2,0	2,0	1,9	1,8
3. Assistenza sociale	36068	35476	36223	37437	38730
in % del Pil	3,5	3,3	3,3	3,2	3,2
4. Sanità	51845	53775	56489	62586	66805
in % del Pil	5,1	5,0	5,1	5,4	5,5
5. Prest.prot.sociale riclass. (1+2+3+4)	249362	255630	266113	278859	291348
in % del Pil	24,3	23,8	24,0	23,9	23,9

Una volta effettuate le opportune riclassificazioni (soggette però al limite della stima di alcune poste, in particolare della spesa per pensioni integrate al minimo), la tabella mostra che dal 1997 in poi la spesa pensionistica (più TFR) è sostanzialmente costante o in lieve declino, e si aggira sul 13,5% del Pil, un valore di mezzo punto inferiore a quello desumibile dai conti Sespros. In lieve aumento è la spesa sanitaria, mentre diminuiscono le due componenti su cui sarebbe stato più importante un rafforzamento: la spesa per assicurazioni del mercato del lavoro e per assistenza.

In considerazione dei temi discussi in questa sede, può essere opportuno un approfondimento sulla spesa per le politiche del lavoro. Su questi aspetti i Conti Sespros sono scarsamente informativi, mentre soccorrono gli eccellenti

¹¹ La riclassificazione consiste nello scomporre la spesa delle assicurazioni del mercato del lavoro dalla spesa previdenziale, escludere dalla spesa previdenziale stime delle pensioni integrate al minimo, classificate nelle spese per assistenza, nel depurare la spesa pensionistica dalle stime dei prepensionamenti, di includere nella spesa pensionistica anche il Tfr dei lavoratori del settore privato.

Rapporti di monitoraggio delle politiche del lavoro predisposti dal Ministero del Lavoro, dalla cui ultima edizione è tratta la Tabella 3. Alle politiche attive sono dedicate risorse in misura non inferiore alle politiche passive, pur in un quadro di scarso e decrescente impegno di risorse pubbliche.

Tab. 3 — Politiche attive e passive — 1996-2002 milioni di euro

Tipologia di politiche	1997	1998	1999	2000	2001 (a)	2002 (b)
Formazione Professionale	873	1407	825	580	600	600
Contratti a causa mista	1729	2076	2485	2450	2521	2613
Incentivi alle assunzioni	1085	1725	1797	2479	3161	2640
Incentivi al mantenimento dell'occupazione	32	303	266	231	529	113
Riduzioni contributive a carattere territoriale	2053	1007	722	541	389	93
Creazione diretta di posti di lavoro	570	671	796	603	244	300
Incentivi all'autoimpiego	0	197	300	569	642	345
Politiche attive	6342	7386	7192	7453	8086	6705
in % del Pil	0,6	0,7	0,6	0,6	0,7	0,5
Trattamenti di disoccupazione	6380	6319	6168	6041	6673	6499
Pensionamenti anticipati	2409	1887	1393	1254	826	706
Politiche passive	8789	8206	7560	7296	7500	7205
in % del Pil	0,9	0,8	0,7	0,6	0,6	0,6
Riduzioni contributive a carattere settoriale	1498	1842	1824	2194	2163	2114
Totale politiche	16629	17434	16576	16942	17748	16023
in % del Pil	1,6	1,6	1,5	1,5	1,5	1,3
(a) preconsuntivo; (b) previsioni di bilancio						

A un attento esame si può tuttavia osservare che gran parte delle c.d. politiche attive è rappresentata da incentivi all'occupazione e riduzione dei contributi sociali; politiche che senza dubbio possono stimolare l'occupazione, ma che sono in primo luogo un trasferimento o una riduzione di costo per l'impresa e che, come è ben noto a chi ne studia gli effetti, non sempre creano occupazione addizionale, ma producono effetti di spiazzamento rispetto a decisioni che sarebbero comunque state prese¹². Molto meno rilevanti sono le politiche di formazione e di creazione di efficienti servizi per l'avviamento al lavoro.

¹² Sulla rilevanza degli effetti di spiazzamento si vedano Cipollone, Guelfi, *Rational responses to poorly designed policies: The case of subsidies to open-end Contracts in Italy*, AIEL, settembre, 2002.

Alla luce di questi dati, non appare accettabile la diagnosi del *Libro Bianco* là dove afferma, commentando gli anni Novanta, che « la moderazione salariale e l'abbassamento dell'inflazione hanno consentito il risanamento dei conti pubblici sul versante degli interessi; la produttività del sistema è stata assorbita in gran parte dall'aumento della pressione fiscale, mentre è sostanzialmente rimasta inalterata la quota della spesa sociale sul Pil (con un aumento della spesa pensionistica ed un calo di quella sanitaria). Difesa del salario reale e delle prestazioni sociali (con una compressione della dinamica) sono stati i vantaggi per i sindacati e per i lavoratori. La contrattazione salariale è stata negli anni Novanta il riflesso delle esigenze macroeconomiche, rivelandosi irrilevante ai fini di una corretta allocazione dei fattori produttivi ». A tale diagnosi francamente non sembrano corrispondere le evidenze empiriche qui portate. Così come non appaiono coerenti le conclusioni di *policy*, fra cui, ad esempio, l'affermazione « Emerge con evidenza l'inadeguatezza di un sistema contrattuale centralizzato, il cui perno centrale è rappresentato da un indicatore economico (l'inflazione programmata) che svolge una funzione sociale (difesa del salario reale) ma è indifferente rispetto alle esigenze reali delle singole imprese »¹³, a meno che queste non chiare esigenze siano semplicemente salari più bassi.

3. Il dissenso espresso alla fine del precedente paragrafo scaturisce in realtà da una più generale contrapposizione tra due visioni della natura e del ruolo del sistema di welfare nella società contemporanea, una volta che si è preso atto che il modello fordista non è più così diffuso come in passato e risulta in parte superato dal diffondersi di un'economia sempre più fondata sui servizi in un contesto globalizzato. Sappiamo bene che il predominio culturale e politico della visione liberista dell'ultimo ventennio nel mondo anglosassone ha permesso attacchi sempre più forti all'intervento dello stato, con valorizzazione esclusiva delle politiche pro-mercato. Ma non è con questo modello estremo che preme qui aprire un confronto, bensì con due visioni alternative che vivono all'interno dell'area riformista e di sinistra, per quel (poco) che possono significare questi aggettivi oggi. Nei documenti ufficiali, nei programmi politici e spesso anche nelle analisi di studiosi che creano opinione, è difficile riuscire a cogliere le differenze tra i due punti di vista, che hanno senza dubbio sovrapposizioni, ma in cui, almeno a mio avviso, gli aspetti di divergenza sono molto significativi e profondi. In questa fase, in cui si sta cercando di mettere a fuoco una strategia riformista, è importante discutere apertamente di queste divergenze.

La prima visione del ws, che chiamerò produttivista, è quella proposta dai sostenitori della Terza Via, che ha avuto in Giddens, Field, Hutton, Layard i principali mentori, influenzando profondamente il programma e le politiche del *New Labour*. Il paradigma di teoria economica entro cui si muove questa

¹³ Ministero del lavoro, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, Proposte per una società attiva e un lavoro di qualità*, Roma, Ottobre 2001, 31.

visione è quello neoclassico e della sua versione normativa costituita dalla tradizionale economia del benessere. Al di là delle attenuazioni che a fini retorici si possono fare di questa visione, l'affermazione di fondo che ne emerge è che il mercato è l'unico principio regolatore e che esso può essere corretto solo in presenza di fallimenti di funzionamento. Il metro di giudizio del benessere è il consumatore e quello dell'efficienza è l'impresa, mai il lavoratore in quanto produttore. Il lavoro è una merce come tutte le altre, il cui prezzo è determinato dal mercato in relazione alla sua produttività marginale. Nell'impostazione normativa — di per sé relativamente *value-free* — dato che ammette molteplici specificazioni della funzione del benessere sociale — tende a prevalere un'impostazione benthamiana: ciò che conta è la massimizzazione dell'utilità collettiva, quasi sempre misurata della *proxy* della crescita del Pil, nella convinzione che maggiore crescita comporti alla lunga maggiore benessere per tutti. Maggiore efficienza, maggiore competitività, maggiore benessere. La visione del ws coerente con queste premesse è quella di un intervento leggero, finalizzato soprattutto a rimuovere le inefficienze del mercato. La sua funzione è quindi esclusivamente assicurativa, mai promozionale di valori diversi da quelli che l'economia di mercato è in grado di controllare. In quest'ottica, per fare un esempio che interessa il tema di questa nota, occupabilità e flessibilità del mercato del lavoro sono l'obiettivo primario, proprio perché essi consentono il massimo del produttivismo. In questa visione la dimensione della spesa sociale, compatibile con un minimo di coesione sociale, deve essere la più bassa possibile, dato che, spesso senza dimostrarlo, si presuppone che esista sempre una riduzione di imposte (ad esempio di contributi sociali) che rende più efficiente il sistema e che è quindi in grado di innestare la citata catena di effetti positivi. A questa impostazione, sul versante dei principi etici, è spesso associata una forte sottolineatura di valori di equità procedurale¹⁴, che valorizzano la responsabilità individuale, contrapposta a principi consequenzialisti, spesso identificati come paternalistici.

La seconda visione del ws, che si contrappone a quella appena richiamata, può invece essere definita dello « *sviluppo umano* ». Essa — si badi bene — non è una versione più caritatevole della precedente, ma un punto di vista radicalmente diverso. Essa non può farsi forte di quello scudo così resistente che è l'economia neoclassica; tuttavia, alla luce dei sempre più evidenti limiti delle *policy* che dalla visione liberista scaturiscono, ha ormai assunto, grazie al contributo fondamentale non tanto di economisti, ma di filosofi morali, una fisionomia sufficientemente forte e delineata, da proporsi come visione capace di ispirare chiare linee di politica economica. Questo punto di vista mantiene un forte legame con visioni dell'equità di tipo consequenziale: i risultati contano, i bisogni vanno soddisfatti, perché non sempre è chiaro come discriminare la misura in cui ciascuno è responsabile del proprio stato. La sua

¹⁴ Anche se una visione procedurale dell'equità è incompatibile, in senso stretto, con una visione di tipo consequenziale, sottesa alla tradizionale economia del benessere, tali principi vengono spesso associati.

« funzione di benessere sociale » è tendenzialmente ugualitaria, ad esempio nel senso rawlsiano. Si tratta di una visione che non tollera doppi regimi di welfare, soluzioni minimali, anche se esse rappresentano per i destinatari un miglioramento rispetto alla situazione di partenza. Include nozioni di benessere che si contrappongono a quelli dell'impianto welfarista tradizionale, sulle linee proposte, ormai da alcuni decenni da A. Sen (capacità e funzionamenti), arricchita dalle elaborazioni di M. Nussbaum, in cui aspetti non di mercato vengono messi su un piano non inferiore a quelli governati dal mercato e in cui si utilizzano preferibilmente concetti come dignità, anziché benessere individuale; in cui la qualità, della vita e del lavoro, fa premio sulla quantità. In una visione di questo tipo hanno un peso non secondario i diritti di cittadinanza, che possono essere soddisfatti pur avendo attenzione ai vincoli di bilancio. È questo un aspetto molto importante: il punto di distacco dall'economicismo non è nell'attenuazione della coerenza dei vincoli di bilancio, ma nella misura del benessere e nel ruolo del lavoro all'interno della società. Sen e compagni hanno per lo più scelto i paesi sottosviluppati come principale terreno di verifica delle loro posizioni teoriche. Oggi però, in un mondo globalizzato, quei valori trovano applicazione universale ¹⁵.

Questa prospettiva si è poi irrobustita grazie all'apporto fornito da studiosi come Atkinson ¹⁶, Stiglitz, Krugman, di formazione neoclassica, ma che hanno in modo crescente posto all'attenzione le debolezze delle visioni liberiste, o di altri studiosi non radicali come Rodrik ¹⁷, che hanno contribuito ad offuscare l'ottimismo tipico del welfare produttivistico per i processi di globalizzazione. Nel ws dello sviluppo umano il salario non è una merce come le altre e nel rapporto di lavoro il lavoratore è la parte debole che richiede maggiore tutela ¹⁸. La misura e la difesa del salario trovano origine non tanto nel pur apprezzabile tentativo di salvare sia l'eguaglianza tra produttività marginale del lavoro e salario, sia un salario minimo garantito, quanto nel tentare di realizzare, come recita un vecchio adagio della classe operaia inglese, « *a fair wage for a fair working day* ».

Il sistema di welfare dello sviluppo umano tende quindi a realizzare per tutti i cittadini, in una visione per questo aspetto universalistica, una vita dignitosa per tutti, e non si rivolge solo alle fasce più deboli. Questo punto di vista è stato espresso con grande lucidità nel recente libro *Parti uguali tra disuguali* da Ermanno Gorrieri, di cui può apparire irriverente ricordare in questa occasione

¹⁵ In questo senso è di estremo interesse l'introduzione di indicatori di esclusione sociale tra i termometri della performance dei paesi europei promossa durante la presidenza belga nel 2001, cfr. il rapporto Atkinson, Cantillon, Marlier, Nolan, 2002.

¹⁶ Atkinson, *Inequality, Poverty and the Welfare State. A European Perspective on the Globalisation Debate*, Mimeo, 2001.

¹⁷ Rodrik, *After Neoliberalism What?*, v. Rodrik Homepage, giugno 2002 e *Id.*, *Feasible Globalizations*, Mimeo, v. Rodrik Homepage, Luglio, 2002.

¹⁸ È certo inutile ricordare ciò ad un uditorio composto in maggioranza da studiosi di diritto del lavoro, che sa bene che tale disciplina nasce proprio da questa fondamentale differenza. Ma questo punto di vista è invece assai poco avvertito dagli economisti della tradizione neoclassica e ora anche da alcuni giuslavoristi che si sono mossi sulle stesse lunghezze d'onda.

che è stato uno dei fondatori della Cisl. « L'equità sociale può essere perseguita solo ... con l'aiutare i cittadini ad autopromuoversi e, in ogni caso, con il garantire a tutti il raggiungimento di un traguardo, costituito *non da un minimo vitale, ma da una soglia minimale di benessere*, intesa nel senso di adeguata partecipazione ai molteplici beni che sono patrimonio della società (corsivo nel testo) »¹⁹.

Il modello produttivista presenta fundamentalmente il limite di volere attribuire troppo peso agli aspetti economici nella definizione delle politiche sociali e ciò è alla base del suo declinante favore presso i riformisti. La crescita in questa visione è realizzata sempre e principalmente attraverso forme di competitività che passano più per i prezzi dei fattori che attraverso l'innovazione; scarsa attenzione è dedicata ai problemi di consenso, se configgono con l'efficienza dell'impresa; il valore aggiunto è l'unico indicatore rilevante per giudicare politiche alternative. Esso sembra incapace di allargare l'orizzonte a punti di vista più ampi.

Perché questa visione è entrata in crisi? Non è possibile affrontare qui il tema in modo compiuto, ma senza dubbio ha contribuito il fatto che molte delle sue promesse sono rimaste deluse e che i modelli di riferimento, in particolare quello americano, appaiono oggi appannati. La fine del boom novennale americano, e soprattutto l'interpretazione della sua natura, frutto più di un'irrazionale propensione consumistica che di fattori strutturali positivi, hanno reso meno convincente il confronto proposto dai liberisti, tra il modello vincente di un paese flessibile e un'Europa ingessata. Il caso Enron non è solo un clamoroso caso di falso in bilancio, messo in atto da alcuni manager che non hanno operato nell'interesse degli azionisti e degli investitori, ma anche una prova dell'irrazionale fiducia in politiche di privatizzazione e di deregolamentazione che sono servite più a produrre profitti di breve periodo ad imprese spregiudicate, che vantaggi per i consumatori; fiducia in politiche di previdenza integrativa, quale ad esempio quella collegata ai piani individuali del tipo 401k, che hanno generato danni difficilmente recuperabili a lavoratori-investitori²⁰. Non deve stupire quindi che, anche nel campo dei più convinti sostenitori del ws produttivista, comincino a manifestarsi segni di inversione di rotta²¹.

Per esemplificare ulteriormente le differenze tra queste due visioni alternative del ws, può essere utile sottolineare il diverso atteggiamento su pdr e occupa-

¹⁹ Gorrieri, *Parti uguali tra disuguali*, Il Mulino, Bologna, 2002.

²⁰ Spaventa, Saulini, *American Lies*, Fazi Editore, Roma, 2002.

²¹ Si veda ad esempio il saggio di Blair, 2002 e il lucido commento critico di Pennacchi, *Commento a The courage of our convictions: why reform of the public services is the route to social justice*, in *Italiani Europei*, 2002, 5, 73. Non va poi trascurato che tra il dire e il fare può esserci un gap non piccolo. La stessa politica sociale del *New Labour* non sempre si è attenuta ai precetti teorici (ad esempio in tema di avversione alle politiche selettive). Dilnot, Goodman, *The economic record of Labour government since 1977*, *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, mostrano che nel Regno Unito negli ultimi anni è aumentata la pressione fiscale, è aumentato l'uso del *means testing*, e sebbene le misure prese abbiano avuto positivi effetti distributivi, non sono state sufficienti ad evitare che la disuguaglianza e la povertà aumentassero a causa delle tendenze negative della distribuzione primaria.

zione. Per il ws produttivista la pdr è fondamentalemente uno strumento politico per realizzare la « corretta » remunerazione dei fattori produttivi, che è quella implicita nella teoria marginalista. L'occupabilità è l'obiettivo principale delle politiche del lavoro e per questa passa la possibilità di aumentare l'occupazione. Non sempre viene raccontato che ciò può accadere, in quella logica, solo attraverso un abbassamento del salario reale ²². L'occupazione può aumentare solo se vi saranno altri fattori, esogeni rispetto a quelli che producono l'aumento dell'offerta, e quindi per definizione non collegati casualmente ai primi, che determinano un aumento della domanda di lavoro. L'intensità di tale nuova domanda è futura, incerta e non necessariamente tale da determinare un livello di salario superiore a quello iniziale.

Nella prospettiva dello « sviluppo umano » la pdr non è solo moderazione salariale, ma uno strumento per realizzare un'equa ripartizione del prodotto nazionale e con un vincolo al reinvestimento dei profitti. L'occupabilità va perseguita, ma significa in primo luogo realizzazione di politiche di inclusione sociale, non discriminatorie soprattutto per gli immigrati. Grande attenzione riserva a politiche sociali rilevanti per la qualità della vita anche se esse non riguardano produzione di servizi di mercato: ciò che rileva è la massima partecipazione al lavoro, pagato o non pagato che sia, purché socialmente dignitoso.

4. Un utile terreno per cogliere le implicazioni di *policy* delle due visioni alternative di ws potrebbe essere la politica per il mezzogiorno, il principale problema politico, sociale ed economico oggi sul tappeto. In questa prospettiva, da un lato, incontreremmo chi propone riduzioni del costo del lavoro, realizzabili in molti modi (l'abbandono della contrattazione nazionale, incentivi contributivi) e, dall'altro, chi sollecita più complesse politiche di ricostruzione del tessuto economico e sociale. Non intendo affrontare ora questo tema, importante, ma troppo complesso, e mi limito a sottolineare altri punti critici delle politiche sociali e del lavoro, non meno rilevanti, ma scarsamente avvertiti dall'ottica produttivista.

Un primo punto è rappresentato dalla tutela previdenziale dei lavori flessibili (collaborazioni coordinate e continuative *et similia*). L'ampia diffusione di lavoro autonomo (partite Iva, co.co.co., lavori occasionali, per non parlare di forme elusive come le associazioni in partecipazione) mostra con evidenza l'effetto nefasto di uno scambio iniquo tra salario e copertura previdenziale, che sfrutta la miopia e l'asimmetria informativa dei giovani lavoratori.

²² Su questi aspetti si vedano i convincenti scritti di Addessi, Fantacone e Rodano, *La riforma del mercato del lavoro: « Libro Bianco », deleghe, « Patto per l'Italia »*, in Fantacone, Rodano, (a cura di), *Inversione di rotta e occasioni mancate*, XIII Rapporto Cer-Spi, Ediesse, Roma, 2002, e di Targetti, *Lavoro: il riformismo possibile*, in AA.VV., *Non basta dire No*, Mondadori, Milano, 2002.

Tab. 4. — Tasso di sostituzione delle pensioni nella riforma Dini

Tasso di crescita:			
Pil	2,0	2,0	2,0
Salario	1,5	1,5	1,5
Occupazione	0,5	0,5	0,5
Anni di:			
Lavoro	40	40	40
Pensione	18	18	18
Aliquota contributiva	0,14	0,33	0,20
Tasso di sostituzione	39	93	56

Secondo un recente studio di Ferraresi e Segre ²³, i lavori parasubordinati in senso stretto (diversi da amministratori, sindaci, ecc.), circa 800 mila secondo i dati archivi Inps, 2002, godono di redditi medi (complessivi, non orari) per età pari a circa la metà di quelli corrispondenti di lavoratori dipendenti. La pensione maturata da tali lavoratori, proiettando nel futuro le attuali caratteristiche dei loro lavori, risulterebbe sempre inferiore alla pensione sociale.

La tabella 4 presenta stime degli effetti della riforma Dini sul tasso di sostituzione tra pensione e ultimo salario in diverse ipotesi di crescita del Pil, del salario e dell'occupazione, di anni di contribuzione e di periodo di pensionamento e di aliquota contributiva. Anche con periodi lavorativi molto lunghi, il tasso di sostituzione che corrisponde ad un'aliquota contributiva del 14% non arriva al 40%. Anche con un'aliquota contributiva del 20%, quella a cui dovrebbe attestarsi il livello di contribuzione per le co.co.co., raggiungerà al massimo (in ipotesi estremamente favorevoli) il 56%²⁴. Affrontare questo problema significa, vigente il modello pensionistico a ripartizione di tipo contributivo, aumentare i contributi sociali, non diminuirli; imporre regole, che ai *liberal* potranno apparire paternalistiche, a chi oggi non si rende conto, per miopia, degli effetti a lungo termine della flessibilità del mercato del lavoro oggi accettata o subita.

Un secondo campo a cui la visione del ws produttivista sembra meno attenta che la visione dello sviluppo umano riguarda i problemi legati all'immigrazione. È ormai sempre più evidente che tendono a formarsi mercati del lavoro segregati, in cui lavori a bassa qualifica vengono offerti con scarse coperture dei rischi sociali. Problemi di bilancio possono portare resistenze ad estendere anche a questi lavoratori le stesse garanzie di cui godono gli altri. Non affrontare con decisione i problemi legati, ad esempio, ai problemi della casa

²³ Ferraresi, Segre, *Il futuro previdenziale dei lavoratori parasubordinati*, paper presentato alla XIV conferenza della Siep, Pavia, 2002.

²⁴ Risultati dello stesso segno sono raggiunti con simulazioni di modelli più complessi da Dragosei, Pollastri, Scalzini, *La legge delega in materia previdenziale: credibilità e sostenibilità*, in Fantacone, Rodano, (a cura di), *Inversione di rotta e occasioni mancate*, cit.

degli immigrati porterà in un breve volgere di anni a tensioni difficilmente sostenibili sul piano sociale ²⁵. Già oggi una quota non trascurabile delle abitazioni assegnate a livello locale, in presenza degli attuali meccanismi di selettività, sono a favore di famiglie di extracomunitari. C'è un'evidente sottovalutazione del costo sociale dell'immigrazione, che pone a carico delle comunità locali costi indiretti che le imprese non vogliono assumere. Una visione orientata al produttivismo può essere tentata di trovare soluzioni come l'adozione di diritti differenziati, il che alla lunga può rivelarsi molto pericoloso.

Un terzo terreno, strettamente connesso al tema dell'immigrazione, riguarda il settore dei servizi di cura e di assistenza a soggetti non autosufficienti, la cui domanda è destinata ad aumentare in misura considerevole con l'invecchiamento della popolazione. L'obiettivo dell'aumento del tasso di partecipazione nel nostro paese è un problema fondamentale femminile; la realizzazione di tale obiettivo, prima ancora che nella creazione di valore aggiunto di mercato, con conseguenti effetti positivi sulla contribuzione, e così via, va favorita per gli effetti di promozione sotto il profilo del genere. Ciò porta ad un ampliamento di fenomeni di defamilizzazione e di mercificazione di servizi ora offerti all'interno della famiglia. Si tratta di tendenze del tutto naturali, rispetto alle quali non devono esservi pregiudiziali ideologiche. Non si deve però trascurare che tali tendenze non sono sempre attente, nel misurare i vantaggi di un crescente grado di partecipazione al lavoro di mercato, a valutare il valore aggiunto non di mercato dei servizi attualmente prodotti da chi svolge lavori di cura; non pare utile incoraggiare fenomeni di stress da eccesso di lavoro (*workaholism*), ben documentati negli Stati Uniti, ove il numero delle ore di lavoro delle donne che svolgono mansioni di bassa qualifica è molto più elevato della media. Porre vincoli alla produzione di adeguati servizi sociali, di supporto all'espressione del lavoro femminile (asili nido, assistenza domiciliare, ecc.), ha già avuto l'effetto, anche nelle regioni ove è più forte la sensibilità per l'offerta pubblica di servizi sociali, a modelli familisti regressivi. L'assegno di cura diventa lo strumento per evitare la produzione di un servizio pubblico, e non il riconoscimento di un valore nella cura ad un familiare, e quasi sempre si traduce in un sussidio che finanzia lavoro sommerso. La tendenza a fare quadrare il cerchio del lavoro di cura e del lavoro di mercato porta ad utilizzare forme di lavoro non regolare, quasi sempre di donne immigrate, contribuendo a creare forme dualistiche di mercati del lavoro e di protezioni. È questo un terreno su cui la riflessione dei riformisti dovrebbe aumentare. La risposta è complessa, ma certamente essa non può consistere solo in sussidi monetari ²⁶.

5. Nel paragrafo precedente abbiamo citato alcuni terreni in cui sarebbe utile approfondire lo studio di proposte al confine tra ws e mercato del lavoro. Il

²⁵ Colombo, Sciortino (a cura di), *Stranieri in Italia, Assimilati ed esclusi*, Il Mulino, Bologna, 2002.

²⁶ Un'ottima discussione dei problemi dei lavori di assistenza e di cura alla persona è contenuta nel recente volume collettivo curato da Gori, (a cura di), *Il welfare nascosto*, Carocci, Roma, 2002.

ragionamento potrebbe essere esteso ad altre riforme attualmente in discussione. La tabella che segue, proposta come semplice esercizio retorico, elenca, senza pretesa di esaustività, le principali misure di riforma del ws discusse in Italia negli ultimi anni, classificandole a seconda che esse si ispirino, in prevalenza, all'uno o all'altro modello di welfare delineato in questa relazione. L'attribuzione non è sempre inequivoca e in taluni casi la contrapposizione non è sempre così netta ²⁷. La tabella indica anche, in modo molto approssimato, l'ordine di grandezza delle risorse che le riforme potrebbero comportare.

Non è ovviamente possibile esaminare le misure una per una: uno sguardo rapido consente tuttavia di dedurre che quasi tutte le riforme attuate, o su cui più accesa è la discussione, sono quelle che si ispirano al modello produttivista. Negli ultimi sei anni, per diverse ragioni, sono state mancate opportunità di riforma. Tra il 1996-1998 è ancora presente l'ottica del risanamento finanziario e alle proposte di riforma viene opposto il vincolo di bilancio. Nel periodo 1998-2000 si manifesta una certa egemonia di visioni simpatetiche per la Terza Via blairiana: preferenza per misure che si caratterizzano per automatismi di mercato; adesione all'obiettivo della riduzione della pressione fiscale, realizzata anche con aumenti delle detrazioni per familiari a carico di tipo universale. Dal 2001 in poi si approfondisce l'incapacità di individuare forme di scambio equo tra parti sociali e tra generazioni.

Come si inserisce in questo percorso il *Patto per l'Italia*? Temo si debba concludere che anch'esso rappresenta un esempio di incapacità di offrire un equo pacchetto di scambio.

Tab. 5 — Il menu delle riforme

Modello di welfare	Produttivista	Welfarista	Milioni di euro
Aumento dell'età pensionabile	*		
<i>Decontribuzione di 3 punti (delega previdenziale)</i>	*		6000
Abolizione dei CS degli assegni familiari	*		2000
Sgravi contributivi sui lavoratori meno qualificati (EITC)	*		
<i>Aumento dell'indennità ordinaria di disoccupazione</i>	*		700-1500
Tfr e promozione della previdenza integrativa	*		0
<i>Fondi sanitari integrativi</i>	*		
Estensione del contributivo a tutti i lavoratori		*	
Universalizzazione dell'indennità di disoccupazione		*	
Copertura previdenziale ai lavoratori parasubordinati		*	3000
Aumento delle detrazioni fiscali per famiglie		*	2000
Detrazioni per spese per servizi di cura alle persone		*	

²⁷ In corsivo le misure annunciate o realizzate dal governo di centro destra.

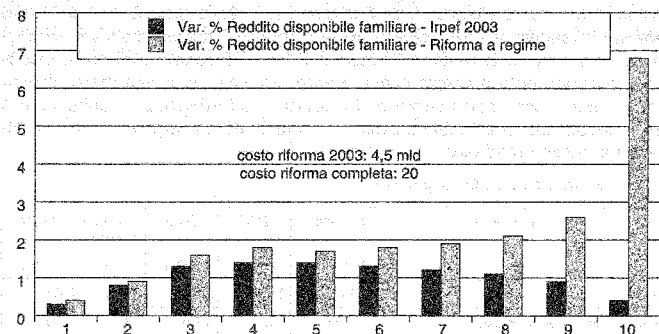
Modello di welfare	Produttivista	Welfarista	Milioni di euro
Estensione dell'ANF agli autonomi		*	1500
Rmi		*	2500
Rmi limitato ai lavoratori disoccupati	*		600
Pensione minima a 1 milione		*	2000
Assicurazione per non autosufficienti		*	6000
Sussidi alle famiglie per lavori di cura		*	
Politiche per l'abitazione per immigrati		*	

Nel Patto la pdr è identificata con la riforma dell'Irpef. Sulle politiche per il lavoro, esso enuncia obiettivi importanti: investimenti nei servizi all'impiego; aumento dell'indennità di disoccupazione ordinaria; decontribuzioni finalizzate a favorire la previdenza integrativa; fine del Rmi; per non parlare delle modifiche all'art. 18. Per il Mezzogiorno si enunciano impegni in tema di Patti, contratti, attrazione di investimenti, senza particolari precisazioni se non il mantenimento della misura delle risorse aggiuntive in percentuale del Pil. Nessun riferimento è fatto alle pensioni. Ma non si può mancare di osservare che all'abbandono di strumenti interessanti dal punto di vista del ws dello sviluppo umano (si pensi ad esempio al Rmi), si accompagnano politiche di tipo produttivistico (indennità di disoccupazione, decontribuzioni), a cui sono però dedicate risorse inadeguate ad una vera riforma. Non si affrontano temi scottanti come la copertura previdenziale dei lavori atipici. L'unica contropartita sembra essere costituita dalla riduzione dell'Irpef per i soggetti economicamente più deboli. Una riforma, che, contrariamente alle dichiarazioni, si rivela assai poco efficace dal punto di vista distributivo. Quando l'analisi venga ricondotta all'unità familiare, lo sgravio fiscale, come mostra la figura che segue, non appare particolarmente a favore delle famiglie dotate di meno risorse economiche²⁸. Ma ciò che più preme sottolineare è che risorse finanziarie preziose sono utilizzate per finalità poco coerenti con un ws di sviluppo umano.

6. Riprendendo un'osservazione avanzata all'inizio di questa nota, anche nel *Patto per l'Italia* emerge la difficoltà, da parte delle autorità politiche, a proporre pacchetti di politiche di riforme in cui, alla richiesta di concessioni e di sacrifici, si associno contropartite credibili ed efficaci nella direzione della creazione di un ws di sviluppo umano. Questo limite è particolarmente evidente quando si affronta il tema delle pensioni, di cui o non si parla, come nel caso del *Patto per l'Italia*, o che si propone come necessità per sanare buchi di finanza pubblica. Molto raramente il tema delle pensioni è posto in un contesto

²⁸ Baldini, Bosi, *La riforma dell'imposta sul reddito: aspetti di equità e di efficienza*, in *PE*, 2002, n. 3.

Fig. 1 — Effetti della riforma dell'Irpef 2003 e della riforma Tremonti a regime



di scambio ²⁹. Eppure riforme non utopistiche, in grado di realizzare un ragionevole compromesso tra visione produttivistica e di sviluppo umano, erano e sono possibili. Qualche esempio può essere utile, in aree in cui la politica degli anni recenti si è esercitata.

Nella fase attuale del dibattito sarebbe di grande interesse discutere alternative di riforma nel campo degli ammortizzatori sociali. Ma non è questo il terreno su cui vorrei soffermarmi ora, anche se rinvio alle motivate e importanti proposte contenute in Geroldi. Mi limiterò ad alcune osservazioni relative ai trasferimenti monetari a favore delle famiglie e di contrasto della povertà. La tabella 6 mostra alcune stime delle risorse destinate tra il 1996 e il 2001 a tale segmento particolare della spesa sociale ³⁰.

In quel quinquennio sono stati utilizzati 6 decimi di punti del Pil per riforme dei trasferimenti monetari: non poco, circa 7 miliardi di euro. Se osserviamo la destinazione di tali somme, gli incrementi più consistenti riguardano l'aumento delle detrazioni Irpef per carichi familiari, l'aumento delle pensioni minime, l'aumento degli assegni per il nucleo familiare. In tutti i casi si tratta di interventi su terreni poco innovativi (pensioni minime), poco selettivi (detrazioni fruiti da tutti), probabilmente favoriti per competere con i programmi della destra di riduzione della pressione fiscale, concentrati su istituti obsoleti e categoriali (assegni al nucleo familiare). Vi sono state, va riconosciuto, alcune innovazioni: l'assegno per nuclei con almeno tre minori e la sperimentazione del Reddito minimo di inserimento; ma si è trattato di interventi di dimensione

²⁹ Questa attenzione è invece presente nel recente volume di Boeri, Perotti, *Meno pensioni, più welfare*, Il Mulino, Bologna, 2002, anche se gli scambi ivi proposti sembrano talora privilegiare misure ad accentuato contenuto produttivistico.

³⁰ A questo tema è dedicata la seconda parte del saggio di Gorrieri, *op. cit.*, a cui si rinvia per approfondimenti.

molto modesta. Il secondo pare poi destinato a scomparire dall'agenda politica. Con le stesse risorse, come mostra la colonna 6 della tabella, sarebbe stato possibile estendere a tutti i lavoratori gli assegni al nucleo familiare e riformarne i criteri di selettività sulla base dell'Ise. Il Reddito minimo di inserimento avrebbe potuto essere generalizzato, ponendo la prima pietra di una riforma della spesa per assistenza. La logica produttivistica avrebbe potuto essere soddisfatta con l'eliminazione dei contributi sociali che finanziano gli assegni al nucleo familiare.

Tab. 6 — Riforme fatte e riforme possibili

Milioni di euro	1996	2001	delta	Riforme possibili	Delta
	1	2	3=2-1	6	7=6-2
Uscite	7075	14591	7516	15416	825
Assegno per il Nucleo Familiare	3357	5327	1970	6800	1473
Detrazioni Irpef per carichi familiari (stima)	3718	6718	3000	6000	-718
Assegno per nuclei con almeno 3 minori	0	250	250	0	-250
Assegno di maternità	0	116	116	116	0
Reddito minimo di inserimento	0	180	180	2500	2320
Aumento pensioni minime	0	2000	2000	0	-2000
Entrate					
Contributi sociali per Assegni familiari	3615	4132	516	0	-4132
Imposte (a carico del bilancio dello stato)	3460	10459	6999	15416	4957
In % del Pil	0,6	1,2	0,6	1,3	0,1

Ma anche altre misure potrebbero essere realizzate in settori più impegnativi. In una prospettiva di medio termine, non sarebbe insensato realizzare una riduzione della contribuzione per le pensioni di tipo contributivo. Essa non andrebbe però vista in relazione con la promozione della previdenza integrativa ³¹, ma semmai come contropartita all'avvio di un programma, finanziato da imposte generali, di assicurazione *obbligatoria* contro la non autosufficienza ³². La riduzione della pensione che la minore contribuzione determina potrebbe essere compensata dalla copertura del rischio in oggetto. Per coprire almeno in parte il deficit della mancata contribuzione sul lavoro dipendente, si potrebbe aumentare la contribuzione dei lavori atipici, garantendo in tal modo agli stessi un tasso di sostituzione della pensione futura superiore ai livelli attuali. Va da sé che la discussione su proposte di questo tipo, coerenti con un modello

³¹ È infatti assai improbabile che tale contropartita possa apparire attraente per i lavoratori, che sicuramente preferiscono il Tfr, a cui sono associate anche altre finalità di risparmio precauzionale che le polizze assicurative non garantiscono.

³² Importanti riflessioni su questo tema sono svolte in numerosi scritti di Beltrametti (ad es. 2002).

dello sviluppo umano, comunque attento anche alle ricadute produttivistiche e sicuramente sensibile ai vincoli di bilancio, richiede l'abbandono dell'idea di ridurre la pressione tributaria, almeno sino a che il rapporto debito/Pil non abbia raggiunto livelli tollerati dal Patto di stabilità.

Politiche dei redditi e ruolo allocativo delle politiche retributive

Carlo Dell'Aringa

Sommario: **1.** Una riflessione sugli effetti dell'Accordo del luglio 1993. — **2.** Alcuni interventi di modifica.

1. È difficile nel nostro Paese trovare un consenso più ampio di quello esistente, tra studiosi, esperti, ed operatori sulla bontà dell'Accordo sul costo del lavoro del luglio 1993. Anche se non mancano richieste ed inviti alla modifica di quell'Accordo (come si tenterà di fare in questa nota), non vi è dubbio che il giudizio positivo sui risultati raggiunti da quell'Accordo è unanime. Ad esso infatti è da ascrivere, in buona misura, il raggiungimento del duplice obiettivo di riduzione dell'inflazione e di abbattimento del deficit pubblico.

I due obiettivi, per altro, non sono stati tra loro indipendenti: il contenimento del deficit pubblico è stato infatti raggiunto grazie alla riduzione del servizio del debito pubblico, ottenuto con la riduzione dei tassi di interesse, riduzione a sua volta garantita dalla diminuzione del tasso di inflazione.

Ma vi è di più. Alcune indagini tendono oramai a dimostrare come la moderazione salariale, che è stata alla base dell'Accordo stesso, abbia avuto effetti positivi anche sui livelli occupazionali. L'occupazione è infatti letteralmente esplosa fra la fine degli anni Novanta e i primi anni del nuovo millennio e vi è da supporre che questa eccezionale *performance* della domanda di lavoro sia stata facilitata, se non proprio causata, oltretutto dalle misure di politica del lavoro tendenti a migliorare l'occupabilità e ad aumentare l'adattabilità delle forze di lavoro, anche dal deciso contenimento, verificatosi negli anni precedenti, della dinamica dei salari nominali, e, in una certa misura, dei salari reali. Ad una contenuta dinamica dei salari reali è corrisposto in questi ultimi 5 anni un rallentamento sensibile della dinamica della produttività del lavoro, vale a dire del valore aggiunto per addetto. Ed era inevitabile che il risultato finale fosse questo. Di fronte ad una crescita del Pil alquanto contenuta, la forte crescita dell'occupazione è avvenuta a scapito della dinamica della produttività del lavoro. Si è verificato, in definitiva, quanto suggeriva J. Delors nel suo *Libro Bianco* di qualche anno fa, e cioè un rafforzamento dell'intensità occupazionale del processo di crescita.

* Carlo Dell'Aringa è professore ordinario di Economia politica presso l'Università Cattolica di Milano.

Questo fenomeno peraltro non si è verificato solo in Italia ma anche in altri paesi europei, che hanno colto l'opportunità data dalla costruzione dell'Unione Monetaria per praticare una politica di rigore sia nel contenimento del deficit pubblico, sia nella dinamica dei redditi nominali. Grazie all'evoluzione positiva dell'occupazione il nostro Paese ha raggiunto un livello del tasso di disoccupazione che è fra i più bassi degli ultimi 20 anni.

Ma per quanto il raggiungimento di questo obiettivo sia motivo di soddisfazione, vi è ancora molta strada da fare sul fronte dell'occupazione. Nel nostro Paese permangono ancora insoluti alcuni problemi strutturali del mercato del lavoro, quali ad esempio:

- un basso tasso di partecipazione di donne ed anziani;
- una elevata disoccupazione giovanile;
- una altrettanto elevata disoccupazione di lunga durata;
- una concentrazione della disoccupazione nelle aree meridionali;
- una elevata diffusione dell'economia sommersa.

Questi problemi strutturali, nel loro insieme, contribuiscono a spiegare il basso tasso di occupazione che caratterizza il nostro Paese. Nel momento in cui la Commissione Europea indica agli Stati membri di raggiungere, nel loro complesso, un tasso medio d'occupazione del 70% per il 2010, il nostro Paese è ancora fermo, nel 2003, al 54%. Aumentare il tasso di occupazione verso valori vicini al target medio europeo è una sfida importante da cogliere, ma difficile da vincere se non si affrontano quei problemi strutturali cui si accennava sopra.

2. Prima di analizzare i possibili interventi utili per risolvere questi problemi va ricordato che il quadro macroeconomico deve continuare ad essere favorevole. Purtroppo in questo periodo non lo è molto, ma ciò dipende da condizioni di carattere internazionale. È importante che a fattori negativi che agiscono a livello internazionale non si aggiungano anche fattori negativi interni. Detto in modo più preciso, occorre che la politica di rigore, sui conti pubblici e sul contenimento dell'inflazione, prosegua e non si interrompa. A tal fine occorre che l'Accordo di luglio 1993 continui ad essere funzionante per quanto riguarda la moderazione salariale e il contenimento delle aspettative inflazionistiche. Questa è la condizione di base necessaria affinché su questa si possa costruire un ulteriore pacchetto di interventi rivolti a risolvere i problemi strutturali. Se vengono a mancare queste indispensabili condizioni macroeconomiche, vi è il rischio di tornare indietro anziché andare avanti. Purtroppo il clima, tutt'altro che tranquillo, che caratterizza attualmente il sistema di relazioni industriali non induce molto all'ottimismo.

Passiamo ai problemi strutturali. Molti sono gli interventi possibili e utili per affrontarli. Vorrei soffermarmi solo su uno di questi e svolgere qualche argomentazione a suo favore. Intendo riferirmi alla struttura della contrattazione collettiva e alla possibilità di spostare il baricentro di questa contrattazione sul territorio. Non intendo affrontare gli aspetti tecnici di questo tema. Si tratta peraltro di una proposta che è stata già oggetto di studi da parte di esperti e di attenzione da parte dei responsabili politici e delle parti sociali. E' stata anche avanzata da organismi internazionali (Fondo Monetario) o da Uffici

Studi e da ricerche condotte nell'ambito sia dell'OCSE che della Commissione Europea. I termini della questione sono abbastanza noti. Essi si riferiscono pur sempre all'Accordo del luglio 1993, che aveva sancito quale dovesse essere l'assetto della contrattazione collettiva, con livello nazionale obbligatorio (di settore o categoria) e un livello eventuale (non obbligatorio) a livello territoriale o aziendale. Il primo livello avrebbe dovuto salvaguardare il potere d'acquisto delle retribuzioni, il secondo livello doveva riguardare la distribuzione della produttività, con aumenti « variabili » del salario.

La proposta in questione comporta uno spostamento del baricentro verso la periferia; il livello nazionale potrebbe rimanere, ma dovrebbe « dimagrire » in termini di risorse distribuite. Quello territoriale (regionale o provinciale) dovrebbe diventare molto più importante di adesso, come lo è già in alcuni settori: agricoltura, edilizia, in parte artigianato e grande distribuzione commerciale.

Come, tecnicamente, spostare il « baricentro », può essere oggetto di discussione ma da affrontare in altra sede. Qui preme sottolineare ancora una volta le buone ragioni di una scelta di questo tipo. Essa si basa sulla convinzione, ampiamente documentata nella letteratura economica, sia teorica che empirica, che le retribuzioni (e il costo del lavoro) svolgono un'importante funzione allocativa e aiutano ad uguagliare domanda ed offerta nei vari mercati del lavoro. Se le retribuzioni sono rigide, questa funzione non viene svolta e il ruolo di fattore di equilibrio si scarica sulle « quantità ». Più semplicemente si può dire che se i differenziali salariali non si muovono, si devono muovere i lavoratori, con tutti i problemi relativi connessi alla mobilità territoriale della forza lavoro.

Nel nostro Paese questa mobilità esiste. Esiste ancora un certo flusso di forza lavoro dal Sud al Nord, ma è insufficiente per svolgere un'efficace funzione di riequilibrio. Se i differenziali territoriali di costo del lavoro fossero lasciati liberi di aggiustarsi, si assisterebbe anche ad uno spostamento della domanda di lavoro. Aumenterebbe la probabilità di vedere le imprese localizzarsi nelle regioni meridionali.

Attualmente differenziali salariali territoriali esistono. Stime precise non sono disponibili, ma non siamo lontani dalla realtà se si dice che il differenziale medio Nord-Sud è del 10%. Varia certo da settore a settore e nel settore pubblico è certamente minore. Ma evidentemente questa differenza non basta se i differenziali territoriali di disoccupazione sono ancora così alti, i più alti fra i diversi paesi della Comunità. Alcuni degli studi citati sopra dimostrano come il nostro Paese, rispetto agli altri membri della Comunità Europea, presenta i più bassi differenziali territoriali delle retribuzioni e i più alti differenziali territoriali di disoccupazione.

Spostare il baricentro della contrattazione collettiva sul territorio può essere uno strumento per differenziare ulteriormente le retribuzioni. « Può » non significa « deve ». Spetterebbe pur sempre alle parti sociali dei vari settori produttivi e delle diverse regioni decidere se, secondo le loro valutazioni, occorra aumentare o diminuire le retribuzioni rispetto alla media nazionale. Spostare il baricentro della contrattazione non comporta automaticamente la

creazione di « gabbie salariali ». Il termine « gabbia » fa riferimento ad una decisione presa al « centro », a livello nazionale, così come succedeva fino a quarant'anni fa.

La proposta di decentrare la contrattazione comporta invece l'attribuzione di un grado di libertà maggiore alle decisioni delle parti sociali, cui spetta, in definitiva, di decidere se i differenziali retributivi possono svolgere, insieme a tanti altri fattori e interventi, il ruolo allocativo che la teoria economica attribuisce loro, e che va giudicato nelle concrete circostanze in cui le stesse parti sociali operano.

Il bilancio di un decennio di politica dei redditi

Agostino Megale

Sommario: **1.** Uno scenario di declino. — **2.** Concertazione e sviluppo negli anni dell'Ulivo. — **3.** Piattaforma per una nuova politica sindacale unitaria e della concertazione sociale.

1. Stamane, prima di venire in quest'aula universitaria, ho partecipato alla manifestazione promossa dalla mia organizzazione – la Cgil – contro il rischio di declino che vediamo con preoccupazione profilarsi per il nostro Paese. A distanza di tre mesi dalla firma del *Patto per l'Italia*, sembrano inverarsi alcune fra le più significative previsioni che avevano indotto la Cgil a tenersi fuori dall'impianto di quell'accordo. In quella sede, come si ricorderà, non avevamo condiviso alcuni passaggi — per noi cruciali — come le previsioni di crescita contenute nel Patto, l'impegno a nostro avviso incongruo per l'occupazione al Sud e la strumentazione con cui si è deciso di combattere il lavoro sommerso.

Prendiamo il primo e fondamentale passaggio sulle previsioni di crescita. Su esse infatti si regge — fragilmente — tutto il resto del Patto. Ebbene quelle previsioni sono a dir poco irrealistiche. Dal 3% di crescita del Pil prevista per il 2002, siamo ormai allo 0,4%-0,5% accreditato da tutti gli istituti economici ivi compreso lo stesso Centro Studi di Confindustria.

Il mezzogiorno, indicato retoricamente come la priorità delle priorità, ha visto in questi giorni sollevare forti obiezioni sull'impostazione del Governo provenienti persino da chi — come Confindustria — non ha certo fatto mancare il suo appoggio al Governo di centro-destra.

Quanto poi alla lotta al sommerso, intrapresa già prima del Patto, il Governo ha conseguito fin qui risultati a dir poco insignificanti, con l'emersione di appena 100 imprese e di 600 lavoratori. Nulla — lo possiamo ben dire — se raffrontato ai risultati pur limitati del periodo 1996-2001, che avevano comunque portato all'emersione di ben 220.000 lavoratori.

Ho inteso ragionare sui numeri, sebbene in estrema sintesi, poiché lo stesso titolo di questo convegno — « Dal Patto per Milano al Patto per l'Italia: quale ruolo per la concertazione? » — richiama alla necessità-opportunità di stare all'analisi rigorosamente concreta, mettendo sul piatto della bilancia gli avanzamenti o gli arretramenti prodotti da queste intese caratterizzate ambedue per non portare la firma della Cgil.

* Agostino Megale è Presidente dell'IRES CGIL.

Si può dire che l'aver scelto — da parte del Governo di centrodestra — la linea della divisione sindacale e il tentativo — secondo noi — di isolare la Cgil, non ha prodotto risultati utili né per il Paese, né per i lavoratori e — vorrei aggiungere — neanche per le imprese.

Ci si accorgerà tra non molto che aver prima suscitato e poi letteralmente inchiodato il conflitto sociale — per responsabilità di Governo e Confindustria — sulla modifica dell'art. 18, ha rappresentato una scelta essenzialmente politica, e sbagliata, e non certo un'autentica questione di competitività o di prospettiva occupazionale per il Paese.

Per ciò che concerne il *Patto di Milano* i risultati sono stati finora un clamoroso « flop », oserei dire persino al di là delle nostre già scettiche previsioni. Dei mille avviamenti pronosticati dall'Amministrazione Albertini, erano state solo 289 in un anno le assunzioni effettivamente realizzate tramite il modello del Patto. Tale dato, se raffrontato a quello dei 15.285 avviamenti di immigrati realizzati nello stesso arco di tempo nell'area metropolitana, attesta il carattere indiscutibilmente fallimentare dell'esperienza milanese.

Salutiamo con favore il nuovo accordo, questa volta unitario, siglato sempre a Milano alcuni mesi or sono. Il paziente lavoro di ritessitura unitaria condotta dalle strutture milanesi di Cgil, Cisl e Uil, nonché l'implicita auto-critica dell'amministrazione Albertini, hanno evidentemente consentito di far ripartire dal punto più alto della divisione sindacale la ricostruzione di un'idea condivisa di concertazione e di rilancio dell'unità sindacale.

2. Il modo migliore per fare un bilancio è — a mio modo di vedere — quello di raffrontare quanto è avvenuto in questi primi diciassette mesi di Governo, con il periodo caratterizzato dalla concertazione e dalla politica dei redditi. Questo tema dovrebbe infatti porre in evidenza un sostanziale tratto distintivo tra i Governi di centrosinistra e quello attuale.

Con tutta evidenza, quest'ultimo ha scelto la strada di dimostrare al Paese una sorta di primato della decisione politica, riflesso sul terreno sociale da un approccio che definirei « *muscolare* » alla concertazione. Al fine di non pregiudicare in alcun modo la monolitica coerenza del disegno governativo, gli accordi si fanno con chi ci sta. La mancanza di regole chiare e cogenti sulla rappresentatività delle parti sociali, a cui il Governo si guarda bene di porre mano, si rivela altamente funzionale al probabile esautoramento di quelle organizzazioni di rappresentanza degli interessi poco inclini a deflettere davanti alla filosofia liberista di questo Governo. Si dirà allora che il *Patto per l'Italia* è stato siglato da più di 30 associazioni di rappresentanza, trasvolando sull'assenza della più grande di tutte loro. Quella Cgil che con 5.400.000 iscritti si attesta su livelli di *membership* fra i più alti d'Europa e del mondo per un sindacato dei lavoratori.

Ben altro è stato, negli anni Novanta, l'approccio alla concertazione sociale dei Governi di centro-sinistra. Lì si è infatti teorizzata e praticata un'idea diversa del consenso e dello scambio politico. A questo impianto si è a volte sacrificato del tempo e persino dei progetti per noi molto cari. Penso a disegni di legge come quello Smuraglia sui parasubordinati o Gasperoni su rappresentatività e

contrattazione collettiva. È stato un costo alto per quell'idea paziente e dinamica che noi abbiamo della concertazione tripartita e del dialogo sociale. In ogni caso, fra il 1993 ed il 2001, a partire dal Protocollo del 23 luglio 1993, si è posto in essere un meccanismo virtuoso di relazioni industriali, capace di produrre successi in qualche caso spettacolari. Ne cito alcuni:

- ha permesso il risanamento economico del nostro Paese, centrando l'obiettivo dell'ingresso nella UE nel pieno rispetto dei parametri di Maastricht;
- ha contribuito all'abbattimento dell'inflazione in un contesto nel quale, secondo l'Istat, anche le retribuzioni contrattuali hanno tenuto il passo con le dinamiche inflattive (-0,1%);
- ha consentito dunque la tutela del potere di acquisto dei salari reali, e lo ha fatto in un quadro di sostanziale moderazione salariale,
- ha ricreato un circolo virtuoso — dopo l'introduzione dell'accordo per il lavoro del 1996 (il noto *pacchetto Treu*) — in termini di crescita occupazionale, producendo una lieve inversione di tendenza a favore del mezzogiorno e comunque con il miglior risultato assieme alla Spagna di tutti gli altri paesi europei nonostante un tasso di crescita inferiore per il nostro Paese.

Certo, dal nostro punto di vista, ha anche evidenziato un limite grave nella scarsa redistribuzione di quote di produttività al lavoro. E tuttavia, in quell'impianto credo vi siano le condizioni per poter aggiustare questo limite, salvaguardando l'insieme dell'impianto.

È accaduto qualcosa di relativamente inedito: e cioè che pur con un tasso di crescita inferiore al 3%, l'occupazione ha ripreso a crescere, e con essa anche quella per noi più qualificante, vale a dire l'occupazione a tempo indeterminato. Certo, dopo gli anni delle ristrutturazioni più dure (1992-1994), le imprese dovevano ricostituire gli organici, ma a favore della ripresa hanno influito non poco il crollo della conflittualità e il clima di fiducia e di cooperazione nelle relazioni industriali e nell'idea di flessibilità contrattata. Elementi oggi pregiudicati dalla linea assunta dal Governo in materia di lavoro e relazioni sindacali. Durante i Governi ulivisti, il sistema di imprese è stato indirizzato a non usare il lavoro flessibile come mero strumento per poter licenziare con più facilità la persona, ma piuttosto per rispondere, nelle sue variegate articolazioni tipologico-contrattuali, ad una maggior qualificazione professionale, una maggior adattabilità e occupabilità della persona, alle esigenze di offrire una risposta più tempestiva al mercato.

Lo stesso risultato del 2001, con oltre l'80% di assunzioni a tempo indeterminato (circa 320.000), è il segno di un buon compromesso fra imprese e lavoro, dove per il tramite del credito di imposta diventa praticabile una migliore coniugazione fra flessibilità del lavoro e stabilità dell'impiego. In altre parole, le imprese — attraverso il credito d'imposta — usano il lavoro flessibile per un determinato periodo di prova, per poi trasformarlo in assunzioni stabili.

3. Posto dunque tutto ciò, sia pure in rapidissima sintesi, ritengo che a fronte di chi sostiene che è finita la fase della politica dei redditi e della concertazione, la linea da perseguire debba essere ancora quella. Purché assunta — si intende

— in modo autenticamente attento al consenso delle parti e della loro base sociale.

Penso quindi che bisogna fare tesoro di questa esperienza decennale ed essere capaci, come movimento sindacale, di rilanciare quella che io definirei « *una piattaforma per una nuova politica dei redditi* », in cui siano chiari almeno quattro aspetti:

1. un'impostazione di questa natura è una scelta autonoma del movimento sindacale, che si batta per affermarla pur in presenza di un interlocutore politico i cui orientamenti culturali e politici sono di chiara marca liberista e di conseguenza anti-concertativa. Il corollario di ciò, per il sindacato, diventa dunque la ricerca di una convergenza e di una sintesi unitaria alla cui base insieme alle regole democratiche c'è la logica della mediazione tra punti di vista diversi;

2. la riconferma di una politica salariale che si muova in una dimensione europea per la quale i salari devono crescere in linea con la produttività e non solo con l'inflazione. Rilevo, per inciso, che dai raffronti sulle dinamiche retributive svolte con gli altri paesi, emerge che in Francia, in Germania e in altri paesi europei avanzati, pur in presenza di strutture contrattuali fondate su un solo livello o addirittura sullo SMIG (come in Francia) la redistribuzione di quote di produttività ai salari di fatto è stata considerevolmente più alta che nel nostro paese;

3. la riconferma dei due livelli contrattuali, con l'obiettivo che il contratto nazionale — mantenendo la sua funzione di tutela del potere di acquisto — diventi anche strumento di riforma a partire dal terreno degli inquadramenti professionali (fermi ai contratti del 1973, mentre è cresciuto dall'11% al 30% lo slittamento salariale) per i quali usare una quota di produttività (decideranno le parti sociali se collocare i costi nel contratto nazionale o in quello decentrato); contemporaneamente strumento di regolazione di differenze settoriali, vedi il caso del protocollo di emersione previsto nel contratto dei tessili e del commercio;

4. l'introduzione di politiche industriali che rilancino il tema della competitività in relazione allo sviluppo dell'economia della conoscenza e della formazione continua come un investimento durevole e strutturale che il paese tutto realizza intorno ad un'idea non solo di generica diffusione del sapere ma di un nuovo patto con i giovani, per valorizzare la crescita e lo sviluppo professionale.

Per un assetto più attuale della contrattazione collettiva

Guido Baglioni

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Una proposta di riforma della contrattazione collettiva. — **3.** Conclusioni.

1. I processi relativi alla contrattazione collettiva sono da sempre diversificati, in primo luogo perché rispondono a più di una funzione. Ai nostri giorni, essi sono divenuti decisamente più complessi e articolati.

I classici della scuola pluralistica di Oxford (anni Sessanta e Settanta) attribuivano alla contrattazione collettiva queste tre funzioni: essa è strumento di vendita collettiva del lavoro, interferisce nel funzionamento dell'impresa per negoziare i criteri di impiego del lavoro, può configurarsi come un elemento della gestione e delle decisioni in materie sulle quali convergono interessi vitali delle parti.

Queste tre funzioni sono ancora presenti e, rispettivamente, nel problema centrale del salario, nella regolazione normativa, nella prospettiva e nelle forme della partecipazione.

La prima funzione contiene oggi almeno tre componenti: quella più tradizionale e generale della divisione della ricchezza prodotta fra capitale e lavoro; quella relativa alla tutela del salario reale come potere d'acquisto; quella della distribuzione dei vantaggi derivanti concretamente dal miglioramento della efficienza e della produttività.

Nel nostro tempo, la componente tradizionale ha perso parte del suo significato e, in termini generali, si può parlare di una tendenziale invarianza del salario. Salvo eventi particolari, come una congiuntura molto favorevole, il mercato non consente un incremento sensibile della quota complessiva di ricchezza destinata al lavoro. La componente difensiva consiste nel non vedere peggiorate le condizioni precedenti, specie con il movimento della inflazione. Oggi l'aumento del salario reale e del reddito dei lavoratori è possibile con la terza componente, ossia *dove* vi è incremento di efficienza e di produttività. È chiaro che ciò non avviene in modo generalizzato ma in aree e sedi produttive specifiche.

La principale ragione del rilievo e dell'attualità di quest'ultima componente sta nella profonda e continua *differenziazione* della forza lavoro, nella moltiplica-

* Guido Baglioni è professore ordinario di Sociologia generale presso l'Università Bicocca di Milano.

zione delle figure e dei tipi di regolazione, nella prevalenza delle connotazioni professionali su quelle sociali all'interno del mondo del lavoro; che è mai stato omogeneo e tanto meno lo è oggi per aspetti strutturali e culturali.

L'evoluzione brevemente descritta concorre a spiegare perché i processi della contrattazione collettiva siano divenuti complessi, non solo in Italia. A questo proposito, considerando il panorama europeo, si notano tre aspetti: il coordinamento della contrattazione per mantenere politiche salariali contenute; la tendenza in atto da tempo verso la decentralizzazione dei negoziati; la presenza di più livelli negoziali e il livello dominante non è il medesimo nei diversi paesi.

2. Nel nostro paese, una riforma dell'assetto della contrattazione collettiva dovrebbe tenere presenti tre fondamentali situazioni ed obiettivi.

Primo. L'Italia, da almeno un decennio, vede un declino dei principali indicatori di innovazione ed efficienza; in compenso, costo del lavoro e salari appaiono sensibilmente inferiori ai paesi del Centro-Nord Europa. Ciò sconsiglia dinamiche rivendicative spiccate e generalizzate (specie nel settore pubblico) ma mostra che vi sono margini per il miglioramento delle condizioni economiche all'interno dell'universo di chi lavora.

Secondo. Bisogna difendere ed espandere un salario decente per tutti e, insieme, realizzare tale miglioramento in connessione con la produttività e con altri indicatori reali. Questo processo richiede numerosi elementi di flessibilità e differenze notevoli nel trattamento dei diversi gruppi e categorie, in parte attenuate dalla costruzione di più robusti ammortamenti sociali.

Terzo. Gli attori della contrattazione e degli interventi legislativi non devono mai dimenticare (cosa che in pratica spesso avviene) che l'obiettivo economico e sociale più importante è l'aumento consistente della popolazione in attività, con rapporti di lavoro regolari e, per i più nuovi, con normative leggere e rispettate.

Se teniamo conto delle tre condizioni dette, dell'impronta positiva (ma oggi insufficiente) dell'accordo del 1993 e delle vicende della contrattazione collettiva degli ultimi anni, proviamo a proporre queste linee essenziali di un possibile assetto della stessa. La logica che lo sorregge è quella di rendere ordinate e trasparenti esperienze in buona parte già in atto.

Questo assetto è costituito da due livelli, con una variante significativa per il secondo livello.

Primo livello: mantenimento dei contratti nazionali di settore (come nella maggioranza dei paesi dell'Europa continentale) per stabilire salari decenti, con istituti normativi adeguati e contenuti divenuti sempre più rilevanti (come la formazione).

I salari di tali contratti possono risultare un poco onerosi per le piccole imprese. Non va dimenticato, però, che le numerose flessibilità in ingresso (interinale, lavoro a termine, apprendistato, ecc.) ed eventuali *bonus* per le nuove assunzioni riducono in concreto quella onerosità.

I contratti nazionali, per la componente salariale, hanno la funzione di garantire il c.d. salario minimo e quella di tutelare il potere d'acquisto e, perciò, i loro

rinnovi per questa componente dovrebbero essere sdrammatizzati ed affidati ad un organo tecnico espresso dalle parti in gioco e dal Governo.

Questi contratti andrebbero sottoposti ad operazioni di *merger*: oggi vi sono comparti, come il commercio, con alcune decine di contratti di settore. Detta operazione si giustifica per il ruolo centrale (nel senso che copre la tutela effettiva di molti lavoratori) ma definito assegnato ai contratti nazionali e per le loro connessioni con il livello territoriale.

Secondo livello tipico: questo livello si applica normalmente sul territorio: in ambienti produttivamente omogenei (come i distretti e talune città) oppure entro confini definiti sul piano politico-istituzionale (regioni e province), per il quale abbiamo già precedenti.

Le funzioni di questo livello sono principalmente due:

— rivedere i salari dei contratti nazionali in ragione della produttività ambientale e di altri fattori che incidono sul rendimento e sulle esigenze dei lavoratori. Il concetto di produttività ambientale è tutt'altro che rigoroso ma è meno astratto della produttività media nazionale e, ad esempio, dovrebbe far emergere differenze di efficienza fra il Nord e il Sud e all'interno dell'uno e dell'altro;

— ridefinire e precisare le condizioni di impiego, specie di settori specifici o locali del mercato del lavoro, con contenuti ed accordi anche di tipo bilaterale e possibilità di adattamento specie in vista di maggiore occupazione.

I contratti nazionali dovrebbero prevedere la *esigibilità* del secondo livello tipico. La loro attivazione non è tuttavia meccanica. L'attivazione si realizza sulla base della convergenza delle parti oppure su richiesta di una delle due.

Variante del secondo livello: È costituita dalla contrattazione decentralizzata nell'impresa e nei gruppi, sedi negoziali da sempre presenti in Italia e diffuse in altri paesi europei.

A differenza dei contratti tipici di secondo livello, i contratti di impresa o di gruppo non sono esigibili. Vengono promossi e conclusi sulla base della *libera volontà delle parti* interessate e delle loro organizzazioni di riferimento.

Questi contratti possono essere di due tipi:

1° tipo: sono semplicemente *integrativi* del contratto di secondo livello (o del primo se il secondo non è attivato) per aspetti specifici (*profit sharing*, orario, inquadramento, ecc.). Corrispondono in pratica alla nostra attuale prassi del secondo livello nell'impresa;

2° tipo: sono contratti *alternativi*, con i quali le parti interessate sperimentano un programma di impresa partecipata — partecipazione operativa, economica, organizzativa, finanziaria. Nel contratto, sono previste più di una delle forme partecipative ora elencate o altri congrui meccanismi collaborativi e innovativi. Oggi questi casi sono assai poco frequenti ma potrebbero avere in futuro maggiore frequenza, anche in vista della trasposizione della Direttiva della Società europea. Pochi o parecchi, essi assumerebbero comunque un forte significato per le relazioni industriali del nostro paese.

3. La proposta di assetto contrattuale qui esposta mostra il proposito di conseguire una tutela generalizzata e regolare del lavoro, tenendo ampiamente

conto della necessità di differenziare sedi e contenuti della contrattazione in ragione delle trasformazioni produttive, dei caratteri e del rendimento presente nel complesso mondo dei lavori.

L'obiezione più probabile alla nostra proposta è di essere un poco troppo complicata. Può essere. Essa, tuttavia, va letta correttamente, sapendo che:

- i contratti nazionali settoriali (o meglio, intersettoriali) restano necessari per le ragioni note e qui riprese;
- i contratti territoriali accrescono la vicinanza fra norme regolative e realtà produttive e ambientali e consentono la differenziata distribuzione dei vantaggi della produttività e dell'efficienza;
- i contratti aziendali e di gruppo rappresentano il terreno di sperimentazione di relazioni di lavoro basate sulla esplicita e consapevole convergenza di intenti delle parti. Qui contrattazione collettiva e partecipazione forte si toccano.

Il nodo della rappresentanza e della rappresentatività

Stefano Liebman

Sommario: **1.** Premessa: la rottura dell'unità sindacale. — **2.** L'evoluzione del sistema di relazioni industriali in Italia e il dialogo sociale europeo. — **3.** Le recenti modifiche in materia di rappresentanza nel settore privato e pubblico e i progetti per regolamentarla.

1. Trenta minuti per sciogliere il nodo rappresentanza/rappresentatività nell'evoluzione e negli attuali sviluppi del nostro sistema di relazioni industriali sono veramente un po' pochi. Né, d'altra parte, sarebbero forse sufficienti ore ed ore di dibattito per risolvere quello che, storicamente, è stato uno degli elementi di fondamentale criticità — e sostanziale precarietà giuridica — negli assetamenti del sistema italiano di relazioni industriali.

Un tema, del resto, che, già nell'ormai lontano 1989, è stato specifico oggetto del convegno annuale dell'Aidlass, con relazioni introduttive di Bruno Veneziani e Giuseppe Santoro Passarelli per la situazione italiana e con tre interventi di studiosi stranieri, Runggaldier, Verdier e Casas Baamonde, per riferire della questione rispettivamente a Germania ed Austria, Francia e Spagna. Relazioni cui è seguito un dibattito che ha visto la partecipazione di molti dei principali esponenti della nostra dottrina giuslavoristica, alcuni dei quali sono oggi presenti in quest'aula.

Mi limiterò dunque a cercare di ragionare sul perché, a fronte di una contingenza politica molto particolare che, nel corso di un paio d'anni, ha portato ai suoi limiti estremi la capacità di tenuta di un modello di rapporti apparentemente consolidato, il tema sia tornato ad essere di estrema attualità, intorno ad esso abbia girato, sostanzialmente a vuoto, una parte rilevante del dibattito politico-sindacale della scorsa legislatura e, proprio oggi, questo nostro convegno si svolga mentre è in atto uno *sciopero generale* proclamato da una sola delle grandi centrali sindacali che hanno fatto la storia di questo dopoguerra, la più significativa per adesioni complessive e per radicamento sull'intero territorio nazionale.

Uno sciopero del quale si sono da più parti sottolineati tratti di peculiarità che lo differenziano dalle normali forme di auto-tutela nei confronti delle tradizionali controparti — datoriali o governative che esse siano —, essendo nei fatti destinato ad assumere il significato di un « regolamento di conti » interno al

* Stefano Liebman è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Bocconi di Milano.

movimento sindacale. In particolare un atto di ostilità della CGIL nei confronti di CISL e UIL, in ragione della loro adesione al cosiddetto *Patto per l'Italia*, sottoscritto nello scorso luglio da un vasto numero di sigle sindacali con il Governo e le principali organizzazioni dei datori di lavoro, nonostante la ferma opposizione della CGIL stessa.

Non drammatizzerei la portata ed il significato della pur clamorosa rottura di una prassi improntata da decenni ad una tendenziale unitarietà, giacché i precedenti di fratture — anche drammatiche — dell'unità sindacale a fronte di particolari contingenze politiche non mancano nella storia recente del nostro paese: dal decreto di « S. Valentino » in materia di « scala mobile », all'occupazione della Fiat di pochi anni precedente, alla recentissima rottura sull'accordo di trasposizione della Direttiva UE in materia di contratto a termine. Così come raccomanderei di non dimenticare che, seppure in ben altri contesti, i cosiddetti *jurisdictional strikes* (o *demarcation strikes*) hanno segnato la storia del movimento sindacale nordamericano e sono alla base della definitiva legittimazione del fenomeno sindacale stesso da parte della legislazione federale del New Deal.

Ciò detto, non vi è dubbio che la particolarità delle vicende attuali, le cui ragioni sono forse ben più radicate e profonde di quanto superficialmente emerga in ragione della contingenza politica in cui oggi ci troviamo, sia tale da giustificare ampiamente una riflessione su come si sia giunti a questo punto.

Tanto più che a tale riguardo — vale forse la pena di esplicitarlo sin da ora — sono personalmente indotto a ritenere che ci troviamo davanti ad una fase di crisi del sistema di rapporti sindacali che, allo stato, non appare superabile semplicemente grazie al fisiologico avvicendamento dei protagonisti di oggi (o di ieri) e neppure puntando sulla « naturale » tendenza all'unitarietà delle politiche sindacali ogniqualvolta dalle grandi battaglie di principio si scende alla concretezza delle questioni in gioco nella quotidianità dei rapporti fra le aziende — o loro organizzazioni — e le rappresentanze collettive dei dipendenti. Sensazione che sembra confermata, accanto ad altre vicende minori, dagli svolgimenti in atto nella predisposizione delle piattaforme rivendicative per il rinnovo del contratto dei metalmeccanici.

Proverò dunque a porre le basi per questa riflessione, ripercorrendo, seppur schematicamente e con tutte le arbitrarietà che derivano da ogni semplificazione, i principali passaggi che hanno determinato gli attuali assetti giuridico-istituzionali del nostro sistema di relazioni industriali.

Un sistema che si è, notoriamente, sviluppato lungo un percorso delimitato dalla prefigurazione costituzionale di un modello di rapporti sindacali mai realizzatosi ed un sistema sindacale « di fatto » che con quello stesso modello ha dovuto periodicamente confrontarsi, alla ricerca di un difficile compromesso fra la rigidità del dettato costituzionale ed una prassi di rapporti — sia sul piano interno al movimento sindacale stesso, sia su quello dei rapporti con la controparte datoriale — che è venuta progressivamente assestandosi secondo logiche ad esso profondamente estranee, ancorché non necessariamente configgenti.

Varie, di diversa natura e tutte ampiamente indagate nel corso dei passati

decenni sono le ragioni della mancata attuazione dell'art. 39 della Costituzione, tutte in qualche modo riconducibili al suo vizio di origine: l'ingenuità illuministica insita nella pretesa di coniugare pluralismo sindacale ed unicità dell'agente negoziale collettivo attraverso la trasposizione di un classico strumento della democrazia politica — la rappresentanza proporzionale dei diversi partiti all'interno delle istituzioni — in un contesto, quello dei rapporti sindacali, in sé stesso strutturalmente inidoneo a recepirne le regole ed i riti connessi. Tanto più in un paese che si sforzava di rinascere dalle macerie del sistema corporativo e con riferimento al quale la specifica collocazione nello scacchiere internazionale avrebbe ben presto condotto a caricare la fisiologica concorrenza/conflittualità fra le diverse componenti culturali e politiche del movimento sindacale di laceranti contrapposizioni ideali, in quella fase storica reciprocamente inconciliabili.

2. A fronte del mancato intervento legislativo preventivato dai « padri costituenti » e, nel contempo, di una prassi di contrattazione collettiva che, recuperando i fili di una passata esperienza, andava affermandosi su base rigorosamente volontaristica come mezzo privilegiato di disciplina delle condizioni di lavoro, il riferimento alla nozione di *rappresentanza* — civilisticamente intesa come « potere » conferito da un soggetto privato ad un altro soggetto, parimenti privato, di agire a tutela di specifici interessi in nome e per conto del rappresentato — emerse nelle ricostruzioni della dottrina, di pari passo con l'evocazione della figura del *mandato*, quale strumento interpretativo idoneo a fornire di basi giuridiche un fenomeno che si sviluppava fuori ed oltre i confini della regolamentazione positiva.

Così contribuendo a radicare nella cultura giuridica dominante una concezione del sindacato di stampo rigorosamente giusprivatistico, imperniato sulla centralità della matrice associativa dell'organizzazione sindacale — culturalmente ed idealmente coltivata in ambito CISL —, portatrice degli interessi dei propri iscritti, relegando al tempo stesso sul piano del confronto e della competizione politica l'aspirazione egemonizzante e classista allora prevalente nella CGIL. Alla stabilizzazione di questa ricostruzione in chiave privatistica del sistema di rapporti sindacali affermatosi negli anni Cinquanta contribuì d'altra parte, nel successivo decennio, il progressivo decentramento della contrattazione collettiva. L'affermazione del livello aziendale di contrattazione collettiva, infatti, rafforzò ulteriormente la sostanziale perdita di attualità del principale problema di ordine giuridico connesso alla mancata attuazione dell'art. 39 e alla conseguente affermazione della matrice privatistico-associativa dell'organizzazione sindacale: quell'ambito limitato di efficacia soggettiva del contratto collettivo che, strettamente legato alla questione dei poteri rappresentativi conferiti al sindacato tramite l'iscrizione, venne superato nei fatti dalla prassi datoriale — già indotta dal consolidarsi della giurisprudenza in materia di « giusta retribuzione », ma che fu indubbiamente rafforzata dal diffondersi della contrattazione aziendale — di non differenziare fra lavoratori sindacalizzati e non nell'applicazione dei trattamenti stabiliti in sede collettiva. Decentramento della contrattazione che rafforzò anche il progressivo riavvicini-

namento delle tre componenti storiche del movimento sindacale italiano culminato nella sottoscrizione del *Patto federativo* del 1972. Un accordo storico che, rappresenta il punto più alto di collaborazione fra le tre principali organizzazioni sindacali del nostro paese, ma che conteneva anche, in sé stesso, la formalizzazione estrema del paradosso sindacale italiano: in esso è contenuta la radicale negazione del modello costituzionale e l'unica possibile ipotesi di ricomposizione del pluralismo sindacale italiano trova il proprio fondamento nel reciproco riconoscimento di un diritto di veto rispetto a scelte non unanimemente condivise fra organizzazioni con diffusione e radicamento profondamente disomogenei. In sostanza un *patto sulla rappresentatività* avente ad oggetto lo scambio fra una « patente di legittimità democratica » nonostante i condizionamenti politici generali — nazionali ed internazionali — e la rinuncia a far pesare i numeri: scambio nel quale un giurista anglosassone non esiterebbe ad individuare i termini di quella *consideration* — « *the advantage that moves from each party towards the other* » — che, a termini di *common law*, consente di considerare giuridicamente vincolanti i reciproci impegni presi dai contraenti.

Di poco precedente — e cioè in coincidenza con l'emanazione della l. 20 maggio 1970, n. 300, meglio nota come *Statuto dei diritti dei lavoratori* — è l'assunzione da parte del nostro ordinamento giuridico positivo, di una nozione di *rappresentatività* (*rectius*: « maggiore rappresentatività ») quale parametro di riferimento primario nella selezione dei soggetti sindacali beneficiari di un trattamento privilegiato nell'accesso ai cosiddetti « diritti sindacali ».

Una *maggior rappresentatività* inevitabilmente destinata a porsi in antitesi con il precedente riferimento alla rappresentanza di matrice civilistica nel momento stesso in cui, per precisa e consapevole scelta del legislatore statutario, l'individuazione di questa « qualità » o « condizione » dell'organizzazione sindacale che sarà destinataria di tali trattamenti è lasciata, in prima istanza, alla dialettica dei rapporti sindacali e, in caso di controversia, al giudice entro ambiti genericamente delineati dalla norma attraverso il rinvio ad una struttura confederale operante in ambito nazionale.

In tale occasione il governo scelse una tecnica legislativa evidentemente non neutrale, della quale si è, con lucida spregiudicatezza, sottolineata la valenza *politica*, quale strumento di sostegno delle tre grandi confederazioni a fronte dei rischi di erosione del loro tradizionale consenso da parte di una base operaia, dislocata principalmente nelle grandi fabbriche del nord ed apparentemente decisa a sfidarne l'egemonia sul movimento operaio organizzato ¹.

Dopo l'iniziale utilizzazione della *maggior rappresentatività* esclusivamente in funzione selettiva dei soggetti ammessi ai benefici previsti dal Titolo III dello *Statuto dei lavoratori* — una selezione di cui la Corte Costituzionale ha inizialmente riconosciuto la legittimità in ragione, tra l'altro, della sua non incidenza sui meccanismi della contrattazione collettiva — la stessa formula è

¹ Cfr. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, Padova, 1981.

stata disinvoltamente trasferita sul piano contrattuale vero e proprio da parte di una consolidata tecnica legislativa di rinvio alla contrattazione posta in essere dalle « organizzazioni maggiormente rappresentative », sia che si trattasse della progressiva attenuazione dei vincoli alla legittima apposizione del termine al contratto di lavoro, sia che oggetto della trattativa fosse la determinazione pattizia dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità. Per quasi due decenni, in sostanza, l'accordo stipulato dalle organizzazioni maggiormente rappresentative è stato lo strumento attraverso il quale, secondo una fortunata immagine descrittiva, il nostro legislatore ha traghettato l'ordinamento lavoristico italiano « dal garantismo » legislativo, di matrice individualistica, ad un più dinamico « controllo », attraverso la mediazione sindacale, sulle modalità di gestione delle scelte imprenditoriali.

In entrambi i casi — art. 19 dello *Statuto* e successiva legislazione degli anni Ottanta e Novanta — il riferimento alla rappresentatività sindacale ha operato grazie alla sussunzione, sul piano delle qualificazioni giuridiche, di una terminologia — e di una formula — proprie della sociologia politica cui sono stati, di volta in volta, attribuiti significati diversi e complementari, comunque riconducibili ad un giudizio circa una specifica idoneità di determinate organizzazioni ad aggregare consenso ed a rappresentare interessi di collettività di lavoratori più ampie di quelle degli iscritti.

Da ciò, in particolare, questa sorta di delega al negoziato fra le cosiddette « parti sociali » in un'opera di progressiva flessibilizzazione delle regole di governo del mercato del lavoro, a fronte di una conclamata insufficienza delle istituzioni tradizionali della democrazia rappresentativa nel fare fronte alle emergenze poste dalla crisi del sistema economico e produttivo italiano di quegli anni.

Da ciò anche il progressivo consolidamento dei presupposti di quella pratica della « concertazione sociale », culminata nella sottoscrizione del Protocollo Ciampi del 1993 ed intesa, già allora, quale metodo di paziente costruzione del consenso ad integrazione dei meccanismi della rappresentanza politico-parlamentare in una società complessa e pluralista, ove la partita politica si giocava, allora come oggi, incidendo su interessi che pur nella loro settorialità riguardano segmenti significativi della società civile e dove, dunque, la dialettica democratica passa, quasi necessariamente, attraverso il confronto con le diverse istanze rappresentative degli interessi in gioco.

A questo riguardo ho sempre personalmente ritenuto di particolare interesse la constatazione di come, in sede europea, il cosiddetto « dialogo sociale » abbia finito con l'ottenere una sorta di costituzionalizzazione da parte del Trattato di Amsterdam. L'art. 138, come è noto, attribuendo alle « parti sociali » specifici poteri di iniziativa autonoma e di intervento sulle stesse proposte della Commissione, sembra individuare in quella sede l'occasione — o quantomeno una delle occasioni disponibili — per contribuire a colmare quel *deficit* di legittimazione democratica che, a fronte di una avanzata integrazione economica e della compiuta unificazione monetaria, continua ad affliggere i meccanismi di funzionamento dell'Unione Europea. Per non parlare dello specifico ruolo che il Trattato stesso attribuisce, in via privilegiata, alla contrattazione collettiva —

questa volta di livello nazionale — nell'attuazione delle Direttive dirette all'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati Membri dell'Unione.

Nessun dubbio, in sostanza, sul ruolo che l'Europa intende assegnare al « dialogo sociale » in funzione del miglioramento dei meccanismi di *governance* democratica di sistemi sociali complessi. È quanto risulta anche da una Comunicazione della Commissione dello scorso giugno (COM 2002-341) ove, in risposta anche alla relazione presentata nel febbraio 2002 dal *Gruppo di alto livello sulle relazioni industriali di fronte al cambiamento*, si rileva come « fra tutti i soggetti della società civile, le parti sociali (abbiano) un ruolo ed un'incidenza particolari che scaturiscono dalla natura stessa delle questioni e degli interessi che esse esprimono », riconoscendo loro una specifica capacità « di negoziare in modo indipendente accordi che diventeranno norme giuridiche »: regole la cui legittimità ed efficacia è conseguenza immediata e diretta della rappresentatività dei contraenti.

Ecco allora come, nel passaggio dal piano sopranazionale a quello interno dei singoli Stati Membri, il vero problema resti sempre quello di come, nei diversi ordinamenti e/o sistemi di relazioni industriali, il paradigma della rappresentatività viene concretamente declinato. Problema che si pone sia in relazione ai meccanismi di funzionamento della contrattazione collettiva vera e propria — quella tradizionalmente bilaterale fra organizzazioni portatrici degli interessi contrapposti di datori e prestatori di lavoro — sia per ciò che riguarda la « concertazione » e/o « dialogo sociale » veri e propri, ove le parti del negoziato — così come gli stessi interessi in gioco — sono destinati ad aumentare, per la presenza, quantomeno, della parte pubblica, portatrice di interessi politici generali.

3. Per quanto più direttamente riguarda la realtà italiana, l'ultimo decennio del secolo appena concluso ha registrato il verificarsi, sul piano legislativo, di due eventi particolarmente significativi ai fini che qui ci interessano.

Nel 1995 un referendum abrogativo ha determinato la cancellazione, dal testo dell'art. 19 dello *Statuto*, di ogni riferimento alla *maggior rappresentatività* quale requisito per il godimento dei diritti sindacali: il diritto alla costituzione delle Rsa è oggi riservato dalla legge « alle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva ».

Nel 1998, invece, è giunto a compimento il lento e travagliato processo di *contrattualizzazione* del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni e fra gli effetti che ne sono scaturiti vi è stata anche la definitiva legittimazione giuridica della contrattazione sindacale quale strumento di disciplina del lavoro pubblico. In proposito, l'art. 43, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (*Testo unico del pubblico impiego*) espressamente statuisce in materia del minimo di *rappresentatività* sia dei soggetti sindacali ammessi al tavolo negoziale (par. 1), sia di quelli firmatari dell'accordo che l'agente contrattuale pubblico (Aran) è legittimato a sottoscrivere (par. 3). Una misurazione da farsi con riferimento all'unità contrattuale interessata (comparto) e che passa attraverso una differente valutazione nelle due ipotesi sopraccitate — non inferiore al 5% per il primo aspetto, almeno il 51% riguardo al secondo —, del valore

numerico derivante dalla media fra dato associativo (percentuale delle deleghe per la riscossione dei contributi sindacali) e dato elettorale (elezione delle Rsu).

Anche a prescindere dalla diversità delle fonti che hanno portato a questa divergente evoluzione del sistema sindacale nel settore privato ed in quello pubblico — l'occasionalità e la connessa dose di irrazionalità degli esiti di una consultazione referendaria, nel primo caso, un'organica, seppur travagliata, riforma dell'intero settore, nel secondo — il divergente sistema di valutazione adottato dall'ordinamento può forse trovare una plausibile spiegazione anche nella circostanza che, laddove parte contraente e datore di lavoro è la Pubblica Amministrazione, si è ritenuto necessario garantire una tendenziale certezza dei rapporti giuridici anche attraverso una circostanziata regolamentazione del fenomeno, soprattutto con riferimento alle procedure ed agli effetti della contrattazione collettiva.

Sta di fatto che il nuovo testo dell'art. 19 dello *Statuto* contiene invece un esplicito rinvio al *principio di reciproco riconoscimento fra le parti contrapposte*, del quale si sono, da più parti, sottolineati gli elementi di contraddizione rispetto all'originario modello (Ferraro, Mariucci), pur senza potersi negare un suo fondamento tipico — e profondamente radicato nella tradizione — quale strumento di autolegittimazione di un qualunque sistema di relazioni industriali.

In occasione di un convegno sugli esiti di quella consultazione referendaria organizzato a Milano dall'Aisri, allora presieduta dall'amico e collega la cui presenza nella nostra memoria e nei nostri affetti aleggia su questo nostro incontro di oggi, ho personalmente avuto modo di sostenere la piena compatibilità del nuovo testo con la fisiologia dei rapporti sindacali in azienda. Ritenevo infatti — e continuo a pensare — che, fino a quando il modello di riferimento resta quello, tradizionale, dei rapporti *bilaterali* fra organismi rappresentativi degli interessi contrapposti di lavoratori e datori di lavoro, non vi sia nulla di patologico in un sistema di valutazione della rappresentatività del sindacato imperniato sulla sua capacità di conquistarsi un posto al tavolo della trattativa e di indurre la controparte alla sottoscrizione di un accordo. Tanto più se si considera che, esclusa l'ipotesi del « sindacato giallo » — peraltro espressamente sanzionata dall'art. 17 dello *Statuto* stesso —, nessun imprenditore degno di questo nome accetterà mai di sottoscrivere accordi con un'organizzazione priva di una capacità rappresentativa sufficiente a garantirgli, con ragionevole certezza, l'ordinata gestione aziendale.

Proprio per questo non sono mai stato un sostenitore dell'ineluttabilità dell'intervento legislativo in materia, ritenendo, tutto sommato, possibile un ordinato svolgersi delle relazioni industriali e della stessa contrattazione collettiva secondo le prassi — e le conseguenti « regole » endogene — su cui si sono assestati i rapporti sindacali del settore privato, anche con riferimento al tema delicato e cruciale del rapporto fra rappresentatività dell'organizzazione stipulante ed efficacia del contratto collettivo. Così come, per le medesime ragioni, tra i molti progetti di regolamentazione del fenomeno di cui si è dibattuto nello scorso decennio ho sempre ritenuto assai apprezzabili i profili di un modello di

soluzione del problema contenuto in un progetto di riforma legislativa dell'intera materia predisposto da Gino Giugni all'inizio degli anni Novanta.

Al di là della scarsa fortuna incontrata, di particolare interesse, in quel progetto, mi è sempre apparso il suo carattere scarsamente intrusivo nelle dinamiche proprie dell'autonomia collettiva, soprattutto laddove la tutela del dissenso nei confronti di un contratto sottoscritto dall'imprenditore (o da un'organizzazione imprenditoriale) e dalla controparte sindacale ritenuta rappresentativa era affidata ad una sorta di referendum « di separazione »: una consultazione attraverso la quale una minoranza dissenziente ed organizzata, se munita di adeguato consenso (una specifica percentuale della base di riferimento), avrebbe potuto sottrarsi alla sua operatività, altrimenti generalizzata. Inutile negare che alla base di questo mio apprezzamento ci fosse anche una specifica consonanza, che a ragione o a torto mi era parso di intravedere, fra le linee ispiratrici di quel modello ed una ricostruzione interpretativa dei problemi connessi al rapporto fra rappresentatività del sindacato ed efficacia del contratto collettivo che andavo personalmente maturando in quegli stessi anni. Mi riferisco, in particolare, alla tesi secondo la quale il contratto sottoscritto dall'imprenditore con la controparte sindacale sarebbe, in sé stesso, idoneo ad esplicare i propri effetti tendenzialmente generalizzati, quantomeno fino al momento in cui una diversa rappresentanza sindacale — dissenziente nei confronti degli equilibri pregressi — riuscisse ad imporre all'imprenditore un differente assetto regolamentare.

Se la soluzione adottata nella regolamentazione del lavoro pubblico sembra per qualche aspetto riecheggiare il tradizionale modello tedesco, ove la generalizzazione degli effetti del contratto collettivo è subordinata alla sua originaria applicabilità alla maggioranza dei potenziali destinatari, nella menzionata ipotesi giugniana riecheggiano, seppure in modo molto indiretto e mediato, echi dell'esperienza nordamericana. Negli Stati Uniti, infatti, nell'ipotesi di negoziati sindacali di rilievo negli scambi commerciali interstatali un'Agenzia Federale indipendente — il NLRB — è chiamato a dirimere eventuali conflitti fra più sindacati, determinando, in questo caso preventivamente, unità contrattuale ed agente negoziale unico, sulla base di una varietà di elementi relativi alla capacità rappresentativa delle diverse organizzazioni, ricorrendo, se necessario, anche allo strumento elettorale.

Un modello di riforma del nostro sistema di relazioni industriali, con proposte in tema di livelli della contrattazione e di costituzione delle rappresentanze sindacali in azienda — dirette alla sostituzione delle Rsa con le Rsu, costituite secondo regole nuove — era, comunque, già contenuto nel Protocollo del 1993, che prevedeva anche un ruolo del governo nella promozione di specifici interventi legislativi. Come è noto, una molteplicità di ragioni politiche e di vincoli costituzionali hanno, di fatto, impedito l'attuazione, per via legislativa, di buona parte di quegli impegni ed il sistema di relazioni industriali italiano ha continuato a funzionare grazie ad una sostanziale « tenuta » degli accordi presi fra le parti nel 1993.

In particolare nel corso della legislatura 1996/2001 — politicamente caratterizzata da un governo sorretto da una maggioranza di centro-sinistra — la pratica

concertativa trilaterale — sindacati, organizzazioni imprenditoriali e governo — ha assunto un ruolo crescente nell'assicurare i meccanismi di gestione del sistema economico complessivo, soprattutto nella difficile fase connessa all'avvento dell'unificazione monetaria, raggiungendo, con il cosiddetto « Patto di Natale » del 1998 e, soprattutto, con la mozione parlamentare che ne ha recepito i contenuti, livelli di istituzionalizzazione tali da sfiorare i limiti di compatibilità con il vigente assetto istituzionale.

Con il brusco cambiamento degli equilibri politici conseguenti alle elezioni del 2001, la nuova maggioranza di governo è sembrata imboccare un cammino di radicale revisione dei precedenti equilibri anche per quel che riguarda i rapporti sindacali.

Ripudiato il modello preesistente in nome degli intralci conseguenti, tra l'altro, alla necessaria ricerca di un consenso unanime delle parti interessate, già nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro* se ne ipotizza la sostituzione con un sistema di coinvolgimento delle parti sociali genericamente ispirato al *Dialogo Sociale* comunitario e nel cui ambito, soprattutto, un eventuale disaccordo tra gli stessi attori sociali dovrebbe essere superato ricorrendo alla « regola della maggioranza, senza pretendere unanimismi che pregiudicherebbero il (suo) buon funzionamento ».

La traduzione in concreto del disegno riformatore prefigurato nel *Libro Bianco* ha dapprima visto la presentazione del disegno di legge delega n. 848 che, nelle sue successive, diverse versioni, contiene sempre il riferimento a « contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente rappresentative sul piano locale/territoriale e nazionale », cui è seguita la sottoscrizione del *Patto per l'Italia*.

Nella relazione al ddl si sottolineava, peraltro, come il riferimento alla *rappresentatività comparativamente* rilevante debba distinguersi, sul piano degli effetti giuridici, da quella utilizzata nell'esperienza dei passati decenni ai « contratti collettivi stipulati dalle associazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale ». In considerazione dell'ampiezza del suo utilizzo nel complesso del disegno riformatore, il governo proponente sottolinea l'opportunità di « precisare che il riferimento è ad intese che possano eventualmente essere sottoscritte non da tutte le associazioni, dell'una e dell'altra parte, definibili come "comparativamente rappresentative", ma soltanto da alcune di esse ». Tale previsione — nelle intenzioni dichiarate — è dunque finalizzata a « garantire certezza interpretativa al fenomeno degli *accordi separati*, rafforzandone la validità sulla base del principio del *reciproco riconoscimento*, del tutto fondamentale nel diritto delle obbligazioni e comunque affermato recentemente anche in sede comunitaria ».

Ciò che lascia stupefatto l'interprete — o quantomeno chi vi parla — a fronte di tali impegnative affermazioni è, in primo luogo, l'assenza — se non il dichiarato rifiuto — di ogni ipotesi di intervento diretto a predisporre meccanismi di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali chiamate a trattare con i poteri pubblici rilevanti modifiche dei vigenti assetti regolativi del mercato del lavoro: misurazione che costituisce, almeno a mio

avviso, l'unico modo plausibile di applicare quella regola di maggioranza evocata nel *Libro Bianco*.

D'altro lato, una volta richiamata, più o meno appropriatamente, la logica rigorosamente negoziale del reciproco riconoscimento di rappresentatività, anche più sconcertante appare lo stupore — quando non la scandalizzata denuncia di irresponsabilità — davanti al fatto che, nel più classico dei comportamenti di autotutela collettiva, l'organizzazione sindacale, tuttora maggioritaria — o presunta tale — che non condivida i contenuti del *Patto* di luglio, mettendo appunto in gioco la propria credibilità, chiami i lavoratori italiani ad uno *sciopero generale* contro scelte dirette ad incidere sulla regolamentazione vigente, che si tratti oppure no delle ormai ridotte ipotesi di deroga all'art. 18 dello *Statuto dei lavoratori*.

Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata

Luigi Montuschi

Sommario: **1.** Il *Patto per l'Italia* e la delega concordata in materia di tutele contro i licenziamenti. Una mini-riforma temporanea e sperimentale? — **2.** L'art. 18 Stat. lav.: norma giuridica e « simbolo ». Dallo Statuto alla legge n. 108 del 1990: declino del modello di tutela reale a favore della monetizzazione. — **3.** La *ratio* (dichiarata) della riforma temporanea: deregolare il mercato in via sperimentale e creare nuova occupazione. — **4.** La tecnica del « non computo » indifferenziato e i costi delle imprese per il superamento della soglia numerica. — **5.** Il « nanismo » imprenditoriale relativo e l'inadeguatezza del criterio numerico. Alcuni inconvenienti tecnici della riforma. — **6.** La decadenza automatica della deroga temporanea e la sorte dei lavoratori « invisibili ». I profili di legittimità costituzionale relativi alla violazione del principio di uguaglianza.

1. Un pasticcio politico e giuridico: così è stato definito ¹, all'indomani della firma del *Patto per l'Italia* ², lo schema di legge delega in materia di « misure temporanee e sperimentali a sostegno dell'occupazione regolare e della crescita dimensionale delle imprese ». Già l'intestazione, che in parte riproduce quella dell'art. 10 del precedente disegno di legge n. 848, è approssimativa e non tiene conto del fatto che la primitiva formulazione della delega aveva un contenuto più ampio, individuandosi le « ragioni oggettive » della temporanea deroga alla disciplina dell'art. 18 Stat. lav. in tre specifiche situazioni (emersione del lavoro irregolare, trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, incentivazione della crescita delle imprese minori).

Il nuovo testo concordato fra il Governo e le parti sociali (ad eccezione, com'è noto, della Cgil) si limita a prevedere con toni cauti e *soft* un'unica « misura » temporanea, oltre che sperimentale, finalizzata più che a derogare al contenuto dell'art. 18 Stat. lav. (« prevedendo in alternativa il risarcimento alla reintegrazione »: cfr. art. 10, primo comma, disegno di legge n. 848) ad aggirare l'ostacolo, utilizzando l'espediente del « non computo » delle nuove assunzioni

* Luigi Montuschi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna. Il saggio riproduce con alcune integrazioni e l'aggiunta delle note il testo della relazione tenuta alla Giornata di studio organizzata a Modena, il 18 ottobre 2002.

¹ Cfr. Ichino in un'intervista su *La Repubblica*, del 14 luglio 2002, alla quale ha replicato Tiraboschi, *Art. 18, non c'è pasticcio*, su *Il Sole-24 Ore* del 16 luglio 2002. Di « compromesso squisitamente italico » parla Carinci, *Discutendo intorno all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, di prossima pubblicazione su *RIDL*, 2003.

² Il testo del Patto si legge pubblicato in *Lav. Imp.*, giugno 2002, n. 5, 5 ss.; in *DPL*, 2002, n. 31, 2055 ss.

da parte delle imprese minori nell'ottica del superamento della soglia dei quindici dipendenti.

Una soluzione non originale e adottata in passato dal legislatore ³, già ritenuta « ragionevole » dalla Corte Costituzionale a proposito dell'apprendistato, in quanto finalizzata ad incentivare la diffusione di questo tipo contrattuale « in presenza di una grave ed acuta crisi dell'occupazione giovanile » ⁴.

Nessun dubbio che la presenza al tavolo delle trattative di Cisl, Uil e delle altre parti sociali abbia contribuito a ridisegnare, riducendone l'impatto, l'art. 10 del precedente schema legislativo. Va aggiunto che forse per la prima volta il Governo, dopo aver presentato al Senato in data 15 novembre 2001 un disegno di legge delega, ha sollecitato un confronto con le parti sociali e, infine, ha sottoscritto un'intesa che circoscrive il contenuto della delega predisposta all'origine.

Si potrà dissentire sui contenuti, non sul metodo, ed è innegabile che mediante l'intervento sindacale il consenso si sia coagulato su un programma d'intervento nel mercato del lavoro più limitato e controllabile. È chiaro, per altro verso, che il confronto ha comportato delle reciproche concessioni ⁵: le parti sociali che hanno siglato il patto si sono riconosciute nelle scelte sottese alla delega e le hanno fatte proprie, assumendosi le relative responsabilità politico-sindacali. L'assenza del sindacato di maggioranza relativa peserà sui rapporti intersindacali e soprattutto su quelli sociali, pur se non è la prima volta che le organizzazioni sindacali si dividono al momento della firma di un'intesa che ha una valenza politica, non strettamente contrattuale: è accaduto a Milano nel febbraio 2000 (ma non nell'aprile e nel maggio 2002, quando la Cgil ha sottoscritto il patto per l'occupabilità per Modena e Reggio Emilia e il secondo Patto di Milano) ⁶.

La conseguenza è che il *Patto per l'Italia* non potrà contare su un « elevato tasso di coesione sociale » ⁷; per il resto, come accade per gli accordi concertativi conclusi fra il potere pubblico e le parti sociali, nessun vincolo giuridicamente « cogente » ⁸ è derivato per le parti firmatarie, meno che mai per i terzi, tutto risolvendosi sul piano dell'impegno politico a dare esecuzione ai contenuti dell'intesa complessiva, che a queste condizioni potrà contare sul sostegno sociale delle parti che l'hanno condivisa e siglata.

³ Cfr. Bellavista, *Il Patto per l'Italia e la riforma della disciplina dei licenziamenti*, www.Cgil.it.

⁴ Cfr. Corte Cost., 12 aprile 1989, n. 181, in *FI*, 1989, I, c. 2000 che ha ammesso la legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, dell'art. 21, comma 7, legge n. 56 del 1987, a proposito dell'esclusione degli apprendisti dal computo dei limiti numerici.

⁵ Lo scambio riguarda anche misure fiscali a favore dei redditi da lavoro più bassi.

⁶ Il patto per l'occupabilità per Modena e Reggio Emilia, si legge, quale inserto, nel n. 5 di *Lav. Imp.*, 2002, cit.; *Il patto Milano-lavoro 2 febbraio 2000*, in *DPL*, 2000, 759 ss. Per un commento v. Dondi, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti pratici*, Cedam, Padova, 2001, 115 ss.; nonché Biagi, *Il patto Milano-lavoro: un'intesa pilota*, in *DRI*, 2000, 127; Treu, *Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione*, ivi, 2000, 123-124. Per valutazioni critiche, Scarpelli, *Il Patto Milano-lavoro: le ragioni del dissenso*, ivi, 2000, 135 ss.

⁷ Cfr. Maresca, *Concertazione e contrattazione*, in *ADL*, 2000, 197 ss., sul punto, 201.

⁸ Cfr. ancora Maresca, *op. cit.*, 212.

2. Nonostante le mediazioni solo parzialmente riuscite, è diffusa la convinzione che la sperimentazione non si debba fare, che l'art. 18 Stat. lav. non possa essere modificato, né tanto meno la sua applicazione possa sospendersi, pur se in via temporanea, trattandosi della norma-simbolo sulla quale si fonda la civiltà del lavoro: il diritto a conservare il posto è stato definito « un diritto-stipite »⁹, una sorta di « cintura di sicurezza » per i lavoratori¹⁰.

Emerge poi chiara e manifesta la preoccupazione che la temporanea « misura » varata per incentivare la crescita delle imprese minori e ovviare al fenomeno italiano del c.d. « nanismo » imprenditoriale, celi, in realtà, insidiosi obiettivi politico-sindacali di ben altra portata: in sostanza, si teme che si rafforzino i poteri dell'imprenditore e si alterino gli equilibri raggiunti nella « distribuzione del potere sociale e contrattuale tra datore e lavoratore »¹¹.

Non sarebbe, dunque, un problema di « costi e di efficienza del sistema delle imprese », ma più esattamente una « questione di potere nei luoghi di lavoro e nella società »¹². Si spiega così come lo scontro sull'art. 18 Stat. lav. sia stato definito « ideologico e totale »¹³, sicché non solo la Cgil avrebbe visto giusto nel rifiutare il negoziato, ma sarebbe inevitabile una strategia frontale di attacco alla legge delegata.

La reazione è apparsa peraltro eccessiva a studiosi che pure non hanno lesinato critiche al progetto di legge-delega (specie nella sua primitiva versione)¹⁴ e che, per altro verso, non hanno ritenuto per nulla « scandaloso il fatto che si voglia fare una sperimentazione »¹⁵.

Un conto è caricare su una norma il peso di valori ideali simbolici, trasformandola in una sorta di feticcio; altro è ragionare con pacatezza sull'opportunità di questa mini-riforma e sull'utilità di introdurre misure temporanee (che, comunque, generano effetti destinati a perdurare nel tempo: cfr. *infra*, sub § 6). Da questo punto di vista, arroccarsi su una linea di chiusura pregiudiziale equivale a trasformare l'art. 18 in un tabù, ed è ben noto che, in tal modo, si sollecitano comportamenti dissacratori¹⁶.

⁹ Cfr. Alleva, *Referendum sociali e rapporto di lavoro*, in *RGL*, 2000, I, 8.

¹⁰ Cfr. ancora Alleva, *Comunicazione*, in *RGL*, 2002, I, 173.

¹¹ Cfr. Scarpelli, *Intervento*, *ivi*, 211. cfr. anche Perulli, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Relazione alle Giornate di studio AIDLASS di Pesaro e Urbino, 24-25 maggio 2002, 22 del dattiloscritto. Cfr. anche Ferraro, *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2002, 423-451.

¹² Cfr. Roccella, *Tutto sull'art. 18*, in *Riv. del Manifesto*, n. 27, aprile 2002.

¹³ Cfr. spec. Alleva, *Referendum sociali*, *cit.*, 7.

¹⁴ Così Liebman, *La disciplina del licenziamento*, in *q. Riv.*, 2002, 380, che ha denunciato il « sovraccarico di politicizzazione e conseguente radicalizzazione del confronto ».

¹⁵ Liso, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2002, I, 169 ss., sul punto 172. Cfr. anche Biagi, *Intervento*, in *RGL*, 2002, I, 188: « la Cgil farebbe bene a sfidare il Governo nella logica della sperimentazione. Questa dovrebbe essere l'obiezione del sindacato ». Cfr. anche Dondi, *Libro bianco, disegno di legge delega sul mercato del lavoro e prospettive di modifica dell'art. 18 stat. lav.*, in *LG*, 2002, 408.

¹⁶ Anche Liso, *op. cit.*, 170, si è dichiarato contrario ad una « strenua difesa del tabù », ritenendo più opportuna ed utile una riforma della disciplina dei licenziamenti « perché essa contribuisce al poco efficiente funzionamento del mercato del lavoro ».

Occorre allora porsi una serie di interrogativi preliminari: anzitutto, l'art. 18 merita di essere considerata una norma « simbolo »? La sperimentazione che seguirà all'approvazione della legge delegata può intaccare il valore ideale incorporato nella norma, alterando in modo permanente gli equilibri di forza all'interno dell'impresa?

Ha scritto Massimo D'Antona, alla fine degli anni Settanta, che « l'interesse protetto dall'art. 18 non ammette surrogati risarcitori »¹⁷, anche perché « la tutela reintegratoria del posto di lavoro è parte integrante del disegno (legislativo) di democrazia sindacale, contenuto nello statuto »¹⁸.

Questa conclusione rigorosa, in sé condivisibile, deve però fare i conti con il *trend* giurisprudenziale degli ultimi decenni sull'applicazione della norma statutaria, nonché con le addizioni normative innestate strada facendo sul suo tessuto normativo.

Pur appartenendo la reintegrazione al novero dei rimedi in forma specifica, il sogno di rendere effettivo e direttamente coercibile l'ordine del Giudice si è rivelato, alla prova dei fatti, irrealizzabile. Alla reintegrazione nel posto di lavoro, che richiamava la suggestiva immagine della configurabilità d'un diritto « reale » atipico in capo al lavoratore, si è sostituita quella virtuale, cartacea e contabile: appunto, un surrogato risarcitorio. È accaduto proprio il contrario di quello che aveva teorizzato Massimo D'Antona, al quale va riconosciuto il merito di aver valorizzato con finezza argomentativa il precetto dell'art. 2058, primo comma, c.c., che indica quale rimedio prioritario, non il risarcimento del danno per « equivalente, bensì quello in forma specifica »¹⁹.

La cultura giuridica e la prassi applicativa si sono orientate, in generale, nel senso di privilegiare i rimedi secondari a scapito delle tutele primarie e soddisfattive; nel rapporto di lavoro la lesione di beni anche assoluti (come il diritto alla salute, alla dignità, alla professionalità) trovano per lo più un ristoro solo monetario, per le difficoltà di rendere effettivo l'esercizio del diritto e di ripristinare nella sua interezza la situazione violata.

L'art. 18 Stat. lav. ha conosciuto il concorso dei due rimedi già nella prima stesura del 1970: quello risarcitorio per riparare le conseguenze patrimoniali del torto (per il periodo che va dal licenziamento alla sentenza) e poi il ripristino del rapporto con effetti *ex tunc*, con piena efficacia dalla data della sentenza (da valere per il futuro). Ove non segua la reintegrazione in termini reali, il datore di lavoro sarà comunque tenuto a corrispondere la retribuzione, compensando con un equivalente la perdita che il lavoratore ha subito a causa del rifiuto opposto al ripristino sostanziale del rapporto, « normalizzando » di fatto (e non solo formalmente) l'esecuzione della prestazione lavorativa.

¹⁷ Cfr. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro, Art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in D'Antona, *D'Antona Opere*, III, Giuffrè, Milano, 2000, 123.

¹⁸ Cfr. ancora D'Antona, *op. cit.*, 125.

¹⁹ Osservava D'Antona, *op. cit.*, 178, che « proprio perché il pregiudizio è irreversibile, ciò che davvero conta è far cessare l'illecito ».

Superfluo aggiungere che è prevalsa, nell'esperienza concreta, la scelta del ripristino virtuale e della monetizzazione, *sub specie* di indennità surrogatoria della retribuzione fino al giorno in cui seguirà (se mai seguirà) l'« effettiva reintegrazione » (cfr. art. 18, comma quarto, nel testo novellato). Si spiega così perché un'altra addizione contenuta nella legge n. 108 del 1990 abbia previsto il diritto del lavoratore di convertire la reintegrazione « in un'indennità pari a quindici mensilità »²⁰, infliggendo un ulteriore *vulnus* al principio della *restitutio in integrum* e alla tesi secondo la quale non sarebbero ammesse soluzioni secondarie di tipo risarcitorio.

L'elogio della stabilità²¹ deve fare i conti con il progressivo declinare del modello di tutela reale, al punto che la reintegrazione (formale) finisce per essere la causa prossima che impone all'autore dell'illecito esborsi solo monetari, a volte molto elevati per la concomitante lentezza del processo²².

Né va dimenticato che la stessa Corte costituzionale, nell'ammettere da ultimo il *referendum* sull'art. 18, ha convenuto sul fatto che la « tutela reale non è protetta costituzionalmente »²³, in quanto la sua eventuale abrogazione « avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro » (il riferimento è all'art. 4 Cost.)²⁴.

Se questo è il contesto interpretativo ed applicativo nel quale si colloca l'art. 18 trent'anni dopo il varo dello Statuto, dev'essere francamente revocata in dubbio la costruzione che individua nella stabilità reale una soluzione imposta a tutela della dignità e dei diritti della persona del lavoratore, fonte di una sorta di posizione soggettiva indisponibile di rilevanza costituzionale, a sua volta in grado di affrancare il prestatore dal timore di ritorsioni o rappresaglie nel corso del rapporto di lavoro. Talché solo dove è garantita la protezione forte, può decorrere la prescrizione dei crediti retributivi, secondo la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 63 del 1966²⁵.

Se la reintegrazione può essere monetizzata, se la tutela reale è una scelta discrezionale del legislatore non imposta dalla Costituzione, la glorificazione dell'art. 18 intesa quale norma « simbolo » e « cintura di sicurezza » per i lavoratori deboli riflette, al di là della suggestione delle parole, un'opzione politico-sindacale rispettabile, ma non suffragata da insuperabili argomenti

²⁰ Cfr. Napoli, *Elogio della stabilità*, in Napoli, *Lavoro, diritto, mutamenti sociali 1997-2001*, Giappichelli, Torino, 2002, 169, laddove riconosce che « il legislatore ha le sue colpe, quando ha ammesso con la novella del 1990 lo scambio "reintegrazione-risarcimento" su iniziativa del lavoratore, negando il valore non monetizzabile dell'ordine di reintegrazione affermato nell'originario regime di tutela reale ».

²¹ Cfr. Napoli, *Elogio della stabilità*, cit., 165.

²² Cfr. spec. Suppiej, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, in *ADL*, 2002, 1 ss., spec. 11.

²³ Cfr. Napoli, *Elogio della stabilità*, cit., 167.

²⁴ Cfr. Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *RGL*, 2002, I, 174 ss., sul punto alla 177. Cfr. in senso adesivo Liebman, *op. cit.*, 379.

²⁵ Cfr. Alleva, *Referendum sociali e rapporto di lavoro*, cit., 10.

giuridici. Non sono in discussione, infatti, i diritti della persona, bensì modelli legislativi non irreversibili e come tali negoziabili.

È pur vero che il 18 luglio 2001 è stato presentato alla Camera un disegno di legge per l'abrogazione dell'art. 18²⁶, tuttavia non vi sono le condizioni, allo stato delle relazioni politico-sindacali, per una soluzione così *tranchante*, né sono emersi indizi cospiranti nel senso di convalidare il sospetto che la mini-riforma annunciata prepari il terreno, a mo' di cavallo di Troia²⁷, ad un più ampio intervento volto ad unificare le tutele « verso il basso »²⁸.

È opportuno sgombrare il campo dall'inciampo di questa pregiudiziale sull'art. 18 Stat. lav., che troppo facilmente si presta all'obiezione di un uso ideologico del diritto. V'è spazio così per qualche riflessione, forse più spicciola e minuta, sul merito e i contenuti della delega, qual'è risultata dopo l'intesa sottoscritta il 5 luglio 2002.

3. L'accordo prevede in via sperimentale « il non computo nel numero dei lavoratori occupati delle nuove assunzioni mediante rapporti di lavoro a tempo indeterminato, anche a *part-time* e con contratto di formazione e lavoro, instaurati nell'arco di tre anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi »: lo scopo dichiarato è quello di promuovere, attraverso la crescita dimensionale delle imprese (che dovrebbe essere un mezzo, non il fine!), « nuova occupazione ».

Richiamando statistiche un po' datate e discutibili, nel *Patto per l'Italia* si è sottolineato che i due terzi delle imprese minori si colloca « nella fascia sotto i quindici dipendenti e che in questo ambito l'occupazione è doppia rispetto alla dimensione oltre i quindici »²⁹. Pertanto, si è ritenuto opportuno incentivare nuove assunzioni togliendo al piccolo imprenditore l'ansia di quello che potrebbe accadergli spingendosi oltre la faticosa soglia. Per un periodo temporale definito, superare quel confine non comporterà l'automatica applicazione della tutela reale: rimarrà ferma quella obbligatoria che opera — sotto la soglia — per tutti i lavoratori, fatte salve le ormai residuali eccezioni in cui il recesso è libero, *ad nutum*.

La prima osservazione, generalmente condivisa, è che non esistono rilevazioni empiriche affidabili in grado di confermare che la deregolazione del mercato del lavoro possa innescare un meccanismo virtuoso con effetti positivi in termini di maggiore occupazione³⁰. L'assioma « assumerei se potessi licenzia-

²⁶ Cfr. Suppiej, *op. cit.*, 14: il progetto è stato presentato dai deputati della maggioranza e reca il numero 1362.

²⁷ Cfr. Biagi, *Intervento*, cit., 188.

²⁸ Cfr. Suppiej, *op. cit.*, 14, il quale rileva che una tale scelta non sarebbe né opportuna, « né forse politicamente praticabile ».

²⁹ Cfr. *Patto per l'Italia*, cit., 13.

³⁰ Cfr. Liebman, *op. cit.*, 387; Perulli, *op. cit.*, 22; Ghezzi, *Introduzione al Seminario*, in *RGL*, 2002, I, 184; Roccella, *op. cit. e loc. cit.*; Bellavista, *op. cit.*; Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 19. Cfr. da ultimo Ferraro, *op. cit. e loc. cit.* Nega che esista un « effetto-soglia », ma tutt'al più sono individuabili « turbolenze » non significative intorno alla

re » è falso, ha scritto perentoriamente Mario Napoli ³¹, ricordando che l'impresa assume un lavoratore solo se effettivamente occorre.

Manca la prova che accrediti l'esistenza di « un rapporto univoco causa-effetto fra politiche di deregolazione del mercato del lavoro e crescita dell'occupazione » ³²: l'unico dato certo è che in Italia « i lavoratori occupati nelle piccole imprese costituiscono una percentuale del totale degli occupati molto più elevata che negli altri paesi europei » ³³. Da questa constatazione si è tratto, in via induttiva, il corollario che l'abnorme addensamento di piccole e micro-imprese al di sotto della soglia dipenda dal *metus* dell'imprenditore, restio ad abbandonare la tranquilla insenatura nella quale spira il refolo della tutela obbligatoria per spingersi verso il mare aperto, spazzato dal forte vento dell'art. 18.

Si tratta però di presunzioni semplici: lo stesso Governo, nel proporre il non computo delle nuove assunzioni per un triennio, ha previsto forme di monitoraggio e una verifica « con le organizzazioni sindacali, decorsi ventiquattro mesi, degli effetti sulle dimensioni delle imprese » (*rectius*, sull'incremento dell'occupazione) ³⁴. Ciò significa che la misura temporanea potrebbe non produrre l'auspicato incremento; nulla più di una semplice *spes*, pur se largamente evocata, costituisce così la *ratio* ufficiale della mini-riforma « a tempo » approvata dalle parti sociali con la sottoscrizione del *Patto per l'Italia*.

Del resto, come ha osservato con finezza un autore, quando il legislatore ha stabilito il non computo dei nuovi assunti oltre la soglia con l'intento di favorire la diffusione di taluni rapporti atipici (ad es., il contratto di formazione e lavoro e l'apprendistato), era perfettamente consapevole che « il timore di incorrere nelle maggiori rigidità conseguenti al superamento dei limiti numerici » ³⁵ avrebbe potuto frenare il ricorso a quelle specie contrattuali. Una « classica » scelta di politica legislativa, mai contestata o messa in discussione sebbene comporti una deroga neppure temporanea al regime della tutela reale: né qualcuno si è dato cura di accertare se il non computo degli apprendisti abbia prodotto in concreto gli auspicati effetti incrementali, legittimando lo scambio fra tutela reale e quella obbligatoria, così meritandosi il giudizio positivo in termini di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

4. Si è obiettato che non sarebbe corretto raffrontare i casi in cui il legislatore ha consentito il non computo degli apprendisti, interinali, lavoratori socialmente utili, per sovvenire alla debolezza cronica di queste figure professionali

soglia di 14-16 dipendenti, Marotta, *Articolo 18 dello statuto dei lavoratori e crescita dimensionale delle imprese. Quale evidenza empirica?*, in *q. Riv.*, 2002, 430.

³¹ Cfr. Napoli, *Le proposte del Governo*, in Napoli, *Lavoro, diritto, mutamenti sociali 1997-2001*, cit., 178.

³² Del Punta, *op. cit. e loc. cit.*

³³ Cfr. Suppiej, *op. cit.*, 13.

³⁴ Cfr. *Patto per l'Italia*, cit., 13. Osserva Dondi, *Libro bianco, disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 408, che « neppure il Governo sembra certo dell'utilità di tale misura ai fini di incremento occupazionale ».

³⁵ Cfr. ancora Suppiej, *op. cit.*, 14.

nel mercato del lavoro e una deroga come quella prevista nel *Patto per l'Italia*, destinata ad operare in maniera « indifferenziata, come una sorta di *bonus* concesso agli imprenditori » per « ridurre il fenomeno del « nanismo » imprenditoriale »³⁶.

L'argomento non è del tutto probante: se la *ratio* degli interventi è simile e forse identica, pur nella differenza delle situazioni soggettive (la mera *spes* che possano aumentare le unità lavorative occupate), è pacifico che il *bonus* sarà concesso solo nel caso di nuove assunzioni e nei limiti delle stesse. Senza dire che gli apprendisti possono non essere confermati alla scadenza del contratto, mentre i lavoratori interinali (cfr. art. 6, comma quinto, legge n. 196 del 1997) dipendono dall'impresa fornitrice e, dunque, non fanno parte dell'organico dell'impresa utilizzatrice.

Come potrebbe accadere (quanto meno in astratto) che un'impresa artigiana raggiunga il « tetto » dei quaranta addetti assumendo solo apprendisti non computabili ai fini del superamento della soglia³⁷, così non si comprende perché sarebbe legittima solo la deroga selezionata e mirata e non quella indifferenziata. È chiaro che lo scopo, nell'uno come nell'altro caso, è quello di incrementare le occasioni di lavoro e la tecnica può servire, nell'uno come nell'altro caso, per agevolare l'assunzione di giovani, donne e inoccupati, tutti soggetti deboli nel mercato del lavoro.

Tanto più, se si tiene conto che il superamento della soglia comporterà comunque dei costi che forse compensano il *bonus* o lo rendono meno remunerativo: nel momento in cui raggiunge le quindici unità, il datore di lavoro dovrà assumere un disabile, se poi supera la soglia dei trentasei (sino a cinquanta) ne dovrà assumere due, oltre dovrà rispettare la percentuale del sette per cento dei lavoratori occupati (cfr. art. 3, legge n. 68 del 1999).

È pacifico, inoltre, che oltrepassando il confine si dovrà applicare il titolo terzo dello Statuto senza possibilità di sconti: la formula del « non computo », si legge nel *Patto per l'Italia*, non « riguarda i diritti sindacali », esattamente com'è accaduto (spesso) in passato quando il legislatore ha fatto ricorso a questa tecnica di intervento per incentivare l'assunzione di soggetti appartenenti alle fasce deboli.

L'esclusione, da un lato, rende omogenea e comparabile la tipologia degli interventi, d'altro lato, può persino frenare il ricorso a nuove assunzioni, ove l'imprenditore ritenga poizore l'obiettivo di mantenere il sindacato fuori dall'azienda³⁸. Anche perché esiste sempre l'alternativa di creare una miriade di

³⁶ Cfr. Bellavista, *op. cit.* Anche Carinci, *Discutendo intorno all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., sottolinea che trattasi di un intervento ordinario, intrinsecamente non selettivo « non concentrato sulla sola fascia giovanile » e, pertanto, prospetta la possibile incostituzionalità delle « misure », pur se a termine e, dunque, suscettibili di essere salvate da un giudizio di « costituzionalità provvisoria ». Già in precedenza per analoghe riflessioni cfr. Carinci, *Il dibattito sulla riforma costituzionale e la modifica dell'art. 18: considerazioni conclusive*, in *q. Riv.*, 2002, 410.

³⁷ Cfr. Roccella, *op. cit.* e *loc. cit.*

³⁸ Napoli, *Le proposte del Governo*, cit., 177, ritiene che la crescita non sia impedita « dal timore del passaggio all'area della tutela reale », caso mai « più rilevante per la gestione delle imprese è

piccole unità produttive, solo formalmente distinte ed autonome, che hanno nell'impresa capo-gruppo il punto di riferimento e di aggregazione: operazioni di ingegneria organizzativa, tutt'altro che *démodé*, capaci di depotenziare la portata normativa dell'art. 18 Stat. lav.

Non basta: è vero che la tutela forte in materia di licenziamenti è collegata al tasso di « sindacalizzazione » oltre che all'« incisività sindacale »³⁹, ma è anche vero che superata la soglia potrà essere costituita una rappresentanza sindacale e dovrà essere concessa agibilità piena ai diritti sindacali regolati dallo Statuto e dal contratto collettivo.

Ritenere che i nuovi assunti (al pari dei vecchi) siano pregiudizialmente restii ad assumere iniziative volte alla costituzione di una rappresentanza sindacale o ad iscriversi al sindacato per il timore di essere licenziati senza poter contare sulla reintegrazione, è un'opinione sensata che però deve fare i conti con una elementare obiezione. Sebbene lo schema di delega allegato al *Patto per l'Italia* non menziona più, come faceva l'art. 10 del precedente disegno di legge n. 848, i licenziamenti discriminatori « a norma dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 », non v'è dubbio che i licenziamenti nulli perché intimati per motivi ritorsivi o antisindacali potranno continuare a godere della tutela ripristinatoria vuoi attraverso l'art. 3, legge n. 108 del 1990, vuoi ricorrendo all'art. 28 Stat. lav. Sicché la preoccupazione che l'abbassamento (temporaneo) delle tutele possa incidere sulla sindacalizzazione dei lavoratori, oltre che, in generale, sull'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro, pur se comprensibile, deve comunque misurarsi con il peso e il potere acquisito dal sindacato oltre che con le tecniche forti di tutela ancora operanti.

Del resto, la prima conquista sul terreno dei licenziamenti non è stata forse la stabilità obbligatoria? Oltre tutto, non si discute dell'impresa soggetta al regime della tutela forte e reale, bensì di quelle minori, alle quali si applica quella debole: imprese già escluse, quanto meno in partenza, dall'applicazione sia del titolo terzo dello Statuto, che dell'art. 18.

Sarebbe stato un grave errore se il c.d. *bonus* avesse incluso anche l'esonero dall'obbligo di rendere agibili i diritti sindacali, ma così non è stato: la legge delega, al pari dei precedenti interventi che hanno usato la tecnica del « non computo », non incide sulla tutela degli interessi collettivi, pur se rende i nuovi assunti relativamente invisibili⁴⁰ dal momento in cui è superata la faticida soglia. Invisibili s'intende quanto all'applicazione dell'art. 18 Stat. lav., non dell'art. 2, legge n. 108 del 1990 e delle altre norme che si richiamano ad una soglia numerica, quali, ad esempio, l'art. 35, comma primo, Stat. lav., gli artt. 1, 4 e 7, legge n. 223 del 1991 (non l'art. 5 nella parte in cui richiama l'art. 18).

la presenza dei diritti sindacali e delle rappresentanze sindacali aziendali stabilita per le unità che superano i quindici dipendenti ». Aggiunge inoltre, *op. ult. cit.*, 178, che « il passaggio all'area della stabilità comporta anche l'ingresso nell'area degli ammortizzatori sociali, come la Cassa integrazione guadagni e l'indennità di mobilità ». Cfr. anche Mariucci, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive e individuali di lavoro*, in *LD*, 2002, 272.

³⁹ Cfr. Roccella, *op. cit. e loc. cit.*

⁴⁰ È l'efficace espressione usata da Bellavista, *op. cit.*

5. La delega (se non sarà ritoccata) si presta a qualche altra critica, sotto il profilo tecnico: solo in apparenza il « non computo » è stato previsto per porre rimedio al « nanismo » imprenditoriale, invogliando le imprese minori a superare il limite dimensionale dei quindici dipendenti.

In realtà, il meccanismo al quale l'addizione del 1990 ha legato il salto delle tutele (da quella obbligatoria a quella reale) è farraginoso e complesso: non riguarda solo le imprese minori che occupano almeno sedici unità, ma anche i datori, imprenditori e non, che occupano « più di sessanta prestatori di lavoro » (cfr. art. 18, primo comma) ⁴¹. Sicché il non computo può giovare anche a quelle imprese che, al momento in cui entrerà in vigore la legge delegata e per la durata di un triennio, presentano una consistenza non solo economica, ma occupazionale di tutto rispetto. Imprese che non possono essere definite « nane », per intenderci.

Questa è una carenza strutturale che affligge il sistema italiano, come ha giustamente rilevato Mario Napoli ⁴². I parametri da usare per stabilire se debba applicarsi la tutela reale o quella obbligatoria dovrebbero essere altri, adeguati alla sostanza del fenomeno; non un banale criterio numerico, di per sé arbitrario e convenzionale, bensì elementi più affidabili, quali gli investimenti, la circolazione del capitale, il fatturato, gli utili netti, e così via.

L'aver adottato una soluzione elementare, che ha il solo pregio dell'automatica applicazione (sotto o sopra i quindici, i cinque o i sessanta dipendenti), costituisce un'altra anomalia italiana che offusca la distinzione fra la piccola impresa e le altre, secondo la nozione civilistica dell'art. 2083 c.c. Il beneficio del « non computo » immaginato per far decollare le imprese minori che si addensano sul limitare dei quindici dipendenti, sarà fruito anche da imprese di consistenti ed apprezzabili dimensioni, ove non abbiano superato al momento, dell'entrata in vigore della legge delegata, la soglia delle sessanta unità e i dipendenti risultino distribuiti presso diverse sedi, in differenti Comuni, che non raggiungano le sedici unità.

Questa disfunzione, conseguenza dell'impiego di un opinabile criterio discrezionale, non può precludere la fruibilità da parte delle imprese maggiori del c.d. *bonus*, che è concesso in realtà non al fine di far crescere un'impresa « nana » (*rectius*, di evitare i fenomeni di frantumazione), bensì per incentivare l'occupazione, neutralizzando, sia pure in via sperimentale, l'effetto « tappo » che può deprimere la propensione verso nuove assunzioni.

V'è da chiedersi, infine, se sia fondata la tesi secondo la quale, per la durata di un triennio, « tutte le imprese di nuova costituzione, quale che sia la dimensione del loro organico, non saranno più vincolate dall'art. 18 » ⁴³.

Il testo letterale della delega fa riferimento alle « nuove assunzioni » e sembra aver presente ciò che accade nella normalità, ma non può escludersi che il

⁴¹ Cfr. Bellavista, *op. cit.*

⁴² Cfr. Napoli, *Le proposte del Governo*, cit., 177.

⁴³ Così si legge nella nota di commento della Cgil al *Patto per l'Italia* reperibile nel sito Internet della Cgil.

beneficio del « non computo » spetti ad un'impresa appena costituita, nel momento in cui le assunzioni supereranno la soglia: l'unico divieto esplicitato nell'intesa del luglio 2002 è previsto per bloccare la possibile elusione da parte delle imprese già soggette al regime reale che potrebbero scendere sotto il limite numerico, in maniera artificiosa e strumentale, per poi rapidamente risalire dopo l'entrata in vigore della legge delegata all'unico scopo di acquisire il *bonus*.

Non è possibile invece bloccare (a meno di fissare un « tetto » che non c'è) la crescita occupazionale dell'impresa che viene ad esistenza nel corso del triennio, senza revocare in dubbio la *ratio* sottesa alla misura provvisoria, che — come si è scritto — non è quella di far crescere l'impresa « nana » bensì di far lievitare, per quanto possibile, il tasso di occupazione. A meno di poter dimostrare, il che pare oggettivamente difficile, che la crescita è strumentale, essendo finalizzata precipuamente alla frode alla legge.

La preoccupazione che possano così dilatarsi a dismisura i rapporti di lavoro soggetti al regime debole è pienamente giustificabile nell'ottica di una comprensibile resistenza (politico-sindacale) verso un provvedimento che sottrae tutele ai nuovi assunti. Ha tuttavia il torto di dare per scontato che la mini-riforma (per così dire) « a termine » produrrà effetti eclatanti, che sono, invece, tutti da verificare. Un po' di sano pessimismo in questo caso non guasta, poiché la resa dei conti potrebbe riservare sgradite sorprese.

6. Un'altra questione di non poco conto è quella che riguarda la decadenza automatica (o meno) della « misura » temporanea e sperimentale al termine del triennio.

Per la verità, il testo della delega non prevede espressamente la possibilità della proroga, anche quando la sperimentazione abbia dato risultati positivi: la verifica congiunta con le organizzazioni sindacali (da attuarsi decorsi due anni) è, infatti, propedeutica ai riferimenti che il Governo si è impegnato a fornire in Parlamento. Né è da escludere che la questione sia ripresa *ab imis* per varare un progetto globale di riforma dell'art. 18, ispirandosi a modelli meno rigidi, come ad esempio quello tedesco. Sul punto la delega è aperta, non contenendo preclusioni, anche se è da presumere che l'eventuale proroga della misura sperimentale dovrà passare al vaglio non solo del Parlamento, ma ancor prima delle parti sociali.

Quel ch'è certo è che, decorso il triennio (se non ci sarà una proroga temporanea), il beneficio del non computo cesserà di operare automaticamente, e l'art. 18 Stat. lav. ritornerà a funzionare a pieno regime ⁴⁴. Non ha pregio la tesi di chi paventa che la deroga rimanga in vigore pur in assenza di « nuovi interventi legislativi » ⁴⁵: il testo letterale della delega concordata è chiaro, e non consente

⁴⁴ Cfr. Tiraboschi, *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. Ichino, *op. cit.*

letture di segno contrario che possano inficiarne la natura temporanea e sperimentale ⁴⁶.

Questione diversa è quella che riguarda la sorte dei c.d. lavoratori « invisibili » assunti nel triennio, per i quali non funziona la tutela dell'art. 18, ma solo quella obbligatoria. È evidente che questi lavoratori continueranno a fruire dello statuto minore, a meno che l'impresa dalla quale dipendono superi la soglia per la seconda volta sommando alle assunzioni perfezionate prima della fase sperimentale quelle nuove, successive al triennio ⁴⁷, sì da ricadere sotto il regime della tutela reale. A quel punto, unica sarà la regola d'applicare senza distinzioni, proprio perché non si è verificata una modifica definitiva e permanente del loro DNA. Parimenti i lavoratori « invisibili » che cessano il rapporto e sono assunti da un'altra impresa soggetta al regime reale, potranno fruire subito della protezione forte.

Peraltro è indubbio che la misura temporanea produrrà « effetti durevoli » ⁴⁸, destinati a permanere oltre il triennio, indipendentemente dall'esistenza di una proroga (eventuale) della mini-riforma. E ben potrà accadere che ad imprese che hanno lo stesso numero di dipendenti si applichi l'una o l'altra disciplina in relazione al tempo in cui le assunzioni sono avvenute (*tempus regit actum*).

Non per questa ragione si potrà ritenere esistente *in re ipsa* una violazione del principio di uguaglianza (cfr. art. 3 Cost.): ancora una volta, se la *ratio* sottesa all'apparente disparità è da considerarsi ragionevole e persino rilevante sul piano costituzionale (favorire l'occupazione), è difficile che la Corte possa invalidare la futura legge delegata disconoscendo una giustificazione che ha solide radici nell'art. 4 Cost. ⁴⁹.

Di tutte le eccezioni sollevate, questa è forse la più suggestiva ma anche la più fragile, pur senza sottovalutare l'effetto frenante e dissuasivo (a livello emo-

⁴⁶ Osserva Tiraboschi, *op. cit.*, che « la misura è destinata inevitabilmente a cadere, posto che trova applicazione, per espressa previsione legislativa, unicamente per i rapporti di lavoro stipulati nel corso del triennio ».

⁴⁷ In sostanza, fermo il « non computo » di tutti i lavoratori assunti nel triennio, per il superamento della soglia dovranno essere sommate fra loro le assunzioni precedenti il triennio e quelle successive. Dopo di che la tutela « reale » sarà garantita a tutti i lavoratori occupati nell'impresa, senza veruna distinzione. Ritiene, invece, che il « computo » divenga effettivo « fin da subito, anche per i rapporti in essere al momento dell'entrata in vigore della legge », pur auspicando che la questione sia risolta attraverso una modifica della legge delega, Carinci, *Discutendo intorno all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit.

⁴⁸ Bellavista, *op. cit.*

⁴⁹ Cfr. Bellavista, *op. cit.*, il quale ritiene che non vi siano problemi sul piano della legittimità costituzionale. Così anche Tiraboschi, *op. cit.*; Dondi; *Libro bianco, disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, cit., 409, il quale giustamente osserva che « il trattamento deteriore riguarda chi, altrimenti, non potrebbe contare neppure sulla stabilità obbligatoria ».

È da rimarcare, infine, come la delega non tocchi minimamente il rapporto di impiego con la pubblica amministrazione (al quale l'art. 18 si applica senza limiti numerici: cfr. art. 51, comma secondo, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Ha osservato Garilli, *Intervento al Seminario*, cit., 192, che « il rapporto di pubblico impiego continua ad avere una tutela molto rafforzata, nonostante la formale equiparazione agli altri rapporti di lavoro »

tivo) d'una siffatta eventualità ⁵⁰, ove l'eccezione dovesse essere dichiarata non manifestamente infondata da un Giudice di merito.

La dichiarazione di incostituzionalità potrebbe restituire al regime reale i lavoratori nel frattempo assunti dall'imprenditore, deludendo l'affidamento sul « non computo » e sullo scambio fra le due tutele. Ma i precedenti (in particolare, la sentenza in materia di apprendistato) rendono piuttosto improbabile — bisogna ammetterlo — l'ipotesi che la Corte possa dichiarare illegittima l'intera delega sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost.

⁵⁰ Così giustamente Ichino, *op. cit.*

Licenziamenti e *performances* occupazionali

Riccardo Del Punta

Sommario: 1. Premessa. — 2. Flessibilità del lavoro e disciplina dei licenziamenti.

1. Non essendo un economista, interpreto il titolo che mi è stato assegnato come invito a una riflessione su come l'impatto economico della disciplina limitativa dei licenziamenti può essere concettualizzato nel quadro del dibattito sulla riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: ovverosia, quale peso l'argomentazione economica può avere e quali conseguenze se ne possono trarre.

Peraltro, il problema nasce — a monte — dal fatto che vi sono poche certezze su quale sia effettivamente l'impatto economico della disciplina in esame. Le teorie ed i modelli sono molti, ma, per dirne una, dai *papers* presentati al recente convegno AIEL di Salerno, svoltosi nel settembre 2002 ¹, si ricava l'impressione che molti economisti del lavoro siano onestamente consapevoli di dover compiere ancora molti progressi sul terreno delle verifiche empiriche. Spesso gli economisti del lavoro vengono accusati di dogmatismo scientifico, ma credo che sia giusto verificare anche la presenza dell'inclinazione opposta. È pur vero che la maggior parte delle teorie assegna un qualche rilievo al fattore flessibilità, e l'esistenza di una disciplina che gli economisti generalmente chiamano di protezione dell'impiego, si pone appunto come antitetica alla flessibilità. Tuttavia, è affermazione corrente che non vi sono prove sicure, nella scienza economica, dell'esistenza di un nesso automatico fra disciplina limitativa dei licenziamenti, e in particolare una disciplina di tutela reale del posto di lavoro, e tasso di disoccupazione.

Assumo come riferimento una teoria che mi pare espressiva di un certo *mainstream* neoclassico, quella esposta da Pietro Garibaldi nel primo manuale italiano di Economia del lavoro ². Garibaldi ricorda che l'esistenza di una disciplina di protezione dell'impiego, generalmente intesa, non ha una rilevanza empiricamente accertata sugli *stocks* di occupazione, e dunque sul tasso di disoccupazione, ma incide soltanto sui flussi di occupazione, in altre parole sul tasso di variabilità dell'occupazione.

* Riccardo Del Punta è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Firenze.

¹ Essi sono consultabili nel sito www.aiel.it.

² V. Garibaldi, *L'analisi economica dei regimi di protezione dell'impiego*, in Brucchi, Luchino, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001, 233 ss.

Questa è già una conclusione importante, che mi pare collimante col fatto che il mercato del lavoro italiano appare sostanzialmente in equilibrio al Nord ed in misura minore al Centro, dove vi sono semmai problemi di discrasie fra domanda ed offerta, mentre al Sud esso è inficiato da problematiche strutturali e ambientali, oltre che inquinato dal peso del sommerso; tutti fenomeni che vanno al di là dei problemi, pur importanti, legati alla flessibilità del lavoro. Si potrebbe obiettare che anche la riduzione dei flussi di occupazione è un fattore di inefficienza del sistema, anche perché crea una contrapposizione fra *insiders* e *outsiders*, e favorisce il crearsi di sacche di disoccupazione di lunga durata. Ma fino a che punto il mercato del lavoro italiano è ancora gravato dal problema della scarsa mobilità del lavoro? I dati raccolti da Bruno Contini, attraverso una seria indagine empirica, sembrerebbero smentire l'idea che in Italia vi sia poca mobilità, in entrata e in uscita³. Anzi, Contini e il suo gruppo di ricerca hanno calcolato, lavorando su dati ufficiali INPS, che il tasso di mobilità riscontrato nel nostro mercato è giunto addirittura ad avvicinarsi ai livelli nordamericani, sia pur risultando superiore nelle piccole e medie imprese rispetto alle grandi.

A questo risultato, ed anzi ad una riduzione secca del tasso di disoccupazione sino all'attuale 9%, il livello più basso degli ultimi dieci anni (pur in tempi di bassa crescita del PIL), si è arrivati anche grazie alla maggiore facilità di accesso alle forme di lavoro flessibile, che sono divenute sempre più il canale ordinario di accesso nel mercato del lavoro, creando indubbiamente un certo dualismo in seno alla forza lavoro, ma senza con ciò determinare un'esagerata precarizzazione. Anzi, dagli ultimi dati ISTAT sull'andamento dell'occupazione si ricava che molti dei nuovi lavori creati in questi ultimi due anni sono lavori a tempo indeterminato. La quota dei contratti temporanei risulta ferma al 10,4% dei lavoratori dipendenti.

2. Come si vede, ammesso che il problema sia la flessibilità del lavoro, non si può disconoscere il fatto che il sistema sembra aver incrementato notevolmente, nell'ultimo periodo, il tasso di flessibilità.

A ciò si aggiunga un altro ordine di considerazioni. La ragione per cui gli economisti affermano che l'esistenza di una disciplina di protezione dell'impiego è un fattore di inefficienza è che essa impedisce quei riaggiustamenti occupazionali che potrebbero altrimenti verificarsi in periodi di produttività decrescente. Ebbene, nel nostro ordinamento questa funzione è svolta non dalla disciplina dei licenziamenti individuali, sulla quale quasi sempre si concentra l'attenzione, bensì da quella dei licenziamenti collettivi.

Come è noto, la legge n. 223 del 1991 non ha affatto reso i licenziamenti collettivi « impossibili », ma al contrario, come aveva intuito Massimo D'Antona⁴, li ha sostanzialmente liberalizzati, anche grazie a quella giurisprudenza

³ V. Contini (a cura di), *Osservatorio sulla mobilità del lavoro in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2002.

⁴ V. D'Antona, « Riduzione di personale » e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. n. 223/1991, in *FI*, 1993, I, 2027. Per una critica a tale tesi, che però ha saputo di fatto imporsi nella

di legittimità che esclude un controllo giudiziale sulla « giustificazione » di detti licenziamenti ⁵.

Ciò ha parzialmente devitalizzato il ruolo dell'art. 18, anche se col rischio di incappare nella sanzione — a motivo di un'altra criticabile giurisprudenza di Cassazione ⁶ — non soltanto per le inosservanze procedurali serie, ma anche per aver inviato la comunicazione in merito ai criteri di scelta alla Direzione regionale del lavoro o ai sindacati la comunicazione sui criteri di scelta, che so, quindici giorni dopo aver disposto i licenziamenti.

Pertanto la normativa consente al sistema un certo grado di riaggiustamento occupazionale, non soltanto attraverso la CIGS e i contratti di solidarietà difensivi, ma anche attraverso i licenziamenti collettivi e la mobilità. Resta fuori da questo campo di analisi il licenziamento individuale, che però non è per definizione uno strumento di riaggiustamento occupazionale.

Ne segue che nella vicenda dell'art. 18 le poste simboliche e politiche tendono a fare aggio su quelle reali, anche se queste ultime non si possono dire inesistenti. Più in concreto, delle tre originarie proposte governative di modifica all'art. 18, quella che è sopravvissuta al *Patto per l'Italia* è forse l'unica che potrebbe avere un senso pratico, credo molto ridotto, ma tale da meritare una qualche sperimentazione.

Al fondo, anche ragionando sui dati di Contini, risulta forse confermato che l'esistenza di una sanzione meramente economica, come nelle piccole imprese, incentiva la flessibilità, forse perché spaventa meno le imprese, anche se ovviamente molto dipende dall'importo delle somme in gioco.

La grande alternativa da affrontare non è, dunque, se costellare l'art. 18 di eccezioni che rischiano di disarticolare la disciplina, provocando inenarrabili dubbi applicativi, bensì se orientarsi per una tutela reale o per una tutela risarcitoria. Che sia all'opera nell'ordinamento una tendenza verso la monetizzazione mi sembra chiaro: persino le mensilità della tassa da pagare in caso di licenziamento collettivo sono in fondo una forma di monetizzazione; la stessa legge n. 108 del 1990 ha in fondo sospinto la tutela verso la dimensione monetaria, attraverso l'attribuzione del diritto alle 15 mensilità. In buona sostanza, la funzione dell'art. 18 nel contenzioso è soprattutto quella di tenere alto il costo economico del licenziamento.

Ritengo pertanto che debba essere sdrammatizzata l'alternativa fra tutela reale e tutela economica, sino al punto di non vedere con sfavore una monetizzazione, purché significativa e commisurata all'importanza del bene leso, e purché con l'eccezione garantita dei licenziamenti discriminatori (importante anche in vista della prossima estensione del concetto di discriminazione in sede di recezione delle due direttive comunitarie del 2000). Mi ha colpito che nel dibattito sull'art. 18 quasi mai si sia parlato, da parte di chi propone di

lettura giurisprudenziale, rimando al mio *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in *QDLRI*, 1997, n. 19, 9 ss., qui 23 ss.

⁵ V. ad es. Cass. 4 marzo 2000 n. 2463; Cass. 12 ottobre 1999 n. 11455.

⁶ V. Cass. Sez. Un. 11 maggio 2000 n. 302.

riformarlo, della disciplina da mettere al suo posto. Evidentemente l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 non rappresenterebbe una soluzione adeguata per un eventuale ricambio.

Certamente il discorso qui svolto presuppone un'opzione teorica di fondo, ossia la negazione all'art. 18 della natura di diritto fondamentale. Tale è in effetti la mia opinione. Osservo che essa è stata implicitamente condivisa dalla Corte Costituzionale, allorché, qualche anno fa, ammise il referendum abrogativo sull'art. 18. Essa è altresì confermata dall'esistenza conclamata di due regimi sanzionatori per il licenziamento illegittimo, e per finire dallo stesso art. 30 della Carta di Nizza, che ha configurato come fondamentale soltanto il diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato.

È chiaro, insomma, che si richiede una sanzione adeguata, a pena di vanificazione della tutela sostanziale e quindi del diritto fondamentale appena configurato, ma non è detto che essa debba essere una sanzione « reale ». È ben possibile che essa si risolva in una sanzione economica, che sia adeguatamente afflittiva ma che valga anche a correggere le implicazioni economicamente abnormi che risultano da certe applicazioni dell'art. 18 negli accavallamenti fra i successivi gradi di giudizio.

Esiste però anche un'altra importante scelta da compiere: quella fra prevedere la sanzione economica come sanzione per il licenziamento ingiustificato, o invece come indennità di preavviso « lungo », a prescindere da un controllo sulla giustificazione del recesso. Questa seconda opzione ⁷ — che comporta ovviamente il riferimento ad una soglia più bassa di calcolo rispetto all'indennità spettante, *de iure condendo*, in caso di licenziamento illegittimo — presuppone una particolare attenzione riservata all'esigenza di certezza e prevedibilità del costo e una sfiducia verso il momento della verifica giudiziale. Continuo viceversa a ritenere, al riguardo, che la verifica giudiziale abbia un senso, al di là della partigianeria di alcuni giudici, come momento « altro » rispetto alla valutazione imprenditoriale.

Rispetto a questi nodi di fondo, proporre come panacea la via arbitrale, come si è fatto anche molto autorevolmente, mi è sempre apparsa una fuga in avanti, a meno che non si arrivi a forme improponibili di arbitrato obbligatorio (rimanendo da spiegare, in un caso del genere, perché mai si possa ricorrere al giudice per una lite di condominio e non per impugnare un licenziamento). Personalmente, e pur augurandomi di sbagliarmi, credo che l'arbitrato non decollerà mai, soprattutto a causa del problema irrisolto delle spese legali, nonché per il diffuso affidamento dei lavoratori nella via giudiziale. In ogni caso, mi pare che manchi, fra la premessa (una eventuale maggiore percorribilità della soluzione arbitrale) e la conseguenza (l'incremento della propensione ad assumere delle imprese), un nesso logico di apprezzabile rilievo.

⁷ Per la quale v. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, spec. 127 ss.

L'arbitrato nelle controversie di lavoro: problemi e prospettive

Mario Grandi

Sommario: **1.** Arbitrati liberi e ordinamento negoziale. — **2.** Evoluzione degli arbitrati in materia di licenziamento. — **3.** La proposta in materia di arbitrato contenuta nel disegno di legge n. 848. — **4.** Alcuni profili critici della proposta governativa: assenza di precostituzione collettiva degli arbitrati, rapporto tra clausola compromissoria e salvezza della facoltà di preferire il giudizio ordinario, compromettibilità in arbitri delle controversie su diritti indisponibili. — **5.** Gli arbitrati di equità: profili critici. — **6.** Alcune considerazioni finali.

1. Porre il problema degli arbitrati liberi in un contesto storico-politico di rapporti di lavoro predominato da assetti normativi di tutela massicciamente legificati e, quindi, eteronomi, esprimendosi sotto forma di diritti indisponibili del lavoratore, implica l'introduzione di coordinate concettuali fortemente condizionate dal tipo di ordinamento sostanziale, nel quale forme libere di composizione sono destinate ad operare. Queste forme riflettono i limiti di funzionalità che, prima di ogni condizionamento organizzativo o tecnico-professionale, sono imposti dalla presenza di norme rigide di protezione degli interessi in conflitto. L'assenza o la marginale presenza di aree di dispositività nella composizione dei conflitti è un fattore istituzionale di riduzione della possibilità di ricorrere a forme alternative di giustizia, ove per alternatività s'intenda una nozione di operatività autonoma del mezzo compositivo in un proprio ordine di regole, e non invece una nozione di concorrenza del mezzo stesso rispetto ad un ordine di regole, la cui attuazione è garantita, in via primaria, dal mezzo giudiziario.

Sotto questo aspetto, le esperienze di arbitrati liberi difficilmente possono aspirare ad assumere il ruolo di autonomi mezzi alternativi di composizione (*alternative disputes resolutions*)¹, se l'ordinamento di riferimento non solo è eteronomo (perché massicciamente legificato), ma si caratterizza per vincoli di tutele indisponibili o relativamente indisponibili, la violazione dei quali tende a reagire sulla validità degli atti compositivi. Tali esperienze potrebbero appieno funzionare soltanto se l'ordine normativo di riferimento fosse un ordine autonomo, come, ad esempio, un ordine contrattuale qualificato dalla disponibilità dei suoi assetti di regolazione ad essere « amministrati » in via

* Mario Grandi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

¹ Sul punto v. Buonfrate, Leogrande, *La giustizia alternativa tra ADR e conciliazione*, in *RArb*, 1999, 375 ss.; v. anche Vigoriti, Danovi, Cocchi, *La risoluzione stragiudiziale delle questioni minori*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, Utet, Torino, s.d. 1999, 1173 ss.

primaria dagli autori dell'ordine stesso. È ciò che è avvenuto in quelle esperienze — come quella esemplare statunitense ² — nelle quali la procedura arbitrale non è il surrogato di una procedura esterna di tipo giudiziario, ma un elemento interno al sistema di contrattazione collettiva, che costituisce la struttura operativa di riferimento della procedura stessa e identifica in essa il mezzo esclusivo di integrazione dinamica delle sue regolazioni.

L'esperienza arbitrale in materia di lavoro può essere riguardata come esperienza di risoluzione alternativa delle controversie? Nel significato con cui l'alternatività è intesa nei moderni ordinamenti, la risposta al quesito non può che essere negativa. Non solo per la menzionata eteronomia dell'ordinamento di riferimento, con le sue interne previsioni di indisponibilità dei diritti controversi *ex parte locatoris*, ma per caratteristiche proprie della disciplina positiva degli arbitrati, in quanto mezzi di composizione previsti e regolati dallo stesso ordinamento. La regola della preferenza del giudizio ordinario (art. 808, co. 2, c.p.c.; art. 5 l. n. 533/1973), l'esecutività e l'impugnazione dei lodi arbitrati (art. 412-*quater* c.p.c.), le regole sull'organizzazione dei giudizi arbitrati (art. 412-*ter* c.p.c.), sono indicatori normativi di una logica dell'alternatività, che è sempre in funzione del primato della giurisdizione e delle sue garanzie formali. Questa logica ispira le pur coraggiose riflessioni contenute nel « Libro Bianco » ³ sulla crisi della giustizia del lavoro e sulla proponibilità di giudizi arbitrati equitativi; ancor più questa logica condiziona l'impegno delle parti sociali nel *Patto per l'Italia* « a produrre un avviso comune su forme condivise di conciliazione e arbitrato », impegno parallelo, ma subordinato, alla verifica di possibili contenuti di riforma del processo del lavoro. Le parti sociali, in sostanza, assegnano, ancora una volta, il primato al meccanismo giudiziario di risoluzione della conflittualità individuale e plurima; rispetto a questo meccanismo le procedure conciliativo-arbitrali stragiudiziali assumono il significato di mezzi alternativi subalterni.

2. In tema di licenziamenti l'esperienza arbitrale ha avuto, con gli accordi interconfederali (1947, 1951, 1965), realizzazioni positive e di indubbia originalità, se si considera l'ostracismo di cui era soggetto l'arbitrato nel vecchio testo dell'art. 808 c.p.c.

In questi accordi, l'arbitrato ha assunto connotazioni di irrivalenza (come risulta dalle formule testuali proposte dai negoziatori sindacali) ed è inserito, come *step* finale, in una procedura conciliativa previa, destinata a contraddistinguere poi tutti i meccanismi compositivi delle controversie in materia di lavoro. Le incomprensioni della dottrina verso questa esperienza non ne hanno consentito una costruttiva valorizzazione nei suoi termini di fenomeno originario di « giurisdizione privata intersindacale » ⁴ interna ai processi di contrattazione

² V. Katz, Kochan, *An introduction to collective bargaining and industrial relations*, Mc Graw-Hill, Boston, 2000, 268 ss.

³ V. *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Roma, ottobre 2001, 42-43.

⁴ V. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960, 141 ss.

collettiva. Infatti, gli arbitrati irrituali in materia di licenziamenti operavano all'interno di un proprio ordinamento contrattuale di riferimento, caratterizzato dalla posizione di limiti indiretti di tipo convenzionale all'esercizio del potere risolutivo del rapporto di lavoro.

Il processo di legificazione inizia con la legge n. 604 del 1966, che prevede una formula testuale di « arbitrato irrituale » (art. 7, ult. co.) come sbocco finale di una procedura di conciliazione (nella forma alternativa di conciliazione in sede sindacale o conciliazione davanti agli uffici del lavoro); formula che autorizza le parti a compromettere la controversia in arbitri (compromesso individuale), quando il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo. Il ricorso ad arbitrato irrituale è ancora formalmente ammissibile, poiché l'esperibilità delle procedure di cui all'art. 7 l. n. 604/1966 è fatta salva dall'art. 18, co. 1, l. n. 300/1970, salvezza ribadita dalla norma di novellazione di cui all'art. 1 della l. n. 108/1990.

La compromettibilità della controversia in arbitri (collegio di arbitri) è prevista per la contestazione del licenziamento ad opera di imprese minori, cui continua ad applicarsi il regime della stabilità obbligatoria (art. 5, co. 6, l. n. 108/1990). La forma arbitrale prevista, pur non definita nel suo tipo, è senz'altro irrituale, se si argomenta per via di separazione logica della norma speciale sulle imprese minori rispetto a quella di cui all'art. 808, co. 2, c.p.c. La disciplina speciale in materia di esecutività dei lodi conferma la separazione e l'appartenenza della forma arbitrale all'area dell'irritualità. Il ricorso al collegio arbitrale è autorizzato quando il contratto collettivo lo preveda con apposita clausola compromissoria o, in via alternativa, quando le parti stesse provvedano alla costituzione del collegio (ove manchi un'apposita disciplina contrattuale). Si discute sulla sopravvivenza di questa regolamentazione dopo l'entrata in vigore della disciplina generale degli arbitrati di cui agli artt. 412-ter e quater c.p.c. Mi sono espresso per la salvezza⁵ della regolamentazione speciale, in quanto essa è strutturata in funzione del tipo peculiare di controversie alla cui composizione è finalizzata.

In tempi recenti, ha ripreso vigore, di fronte alla lamentata inflazione del processo del lavoro (lamentazione ormai reiterata da un mezzo secolo a questa parte), la linea riformista tendente a riproporre la formula degli arbitrati irrituali come rimedio deflativo anche e soprattutto in materia di contenzioso sui licenziamenti⁶. Questa linea si è espressa già con le riforme introdotte dai decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998, che hanno inteso attuare la *ratio* di

⁵ V. *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *DLRI*, 2000, 384-394.

⁶ V. la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Treu ed altri n. 6835 (nel testo presentato alla Camera il 3 marzo 2000) prevedeva, in materia di licenziamenti, l'attivazione di procedure arbitrali, sia per i licenziamenti di cui all'art. 18 l. n. 300/1970 che per quelli di cui all'art. 8 l. n. 604/1966. Il disegno di legge del sen. De Benedetti n. 2075 del 1997 (v. il testo in *DRI*, 1997, 145 ss. e *ibid.* il commento di Trioni) prevedeva un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti alla commissione di cui all'art. 410 c.c.

politica deflativa con una formula arbitrale, la cui dichiarata irritalità presenta profili incerti e contraddittori ⁷.

Gli artt. 412-*ter* e *quater* c.p.c. regolano una tipologia di arbitrati a precostituzione collettiva, connessi al tentativo obbligatorio di conciliazione, con limiti prescrittivi di organizzazione e di procedimento (compresa la liquidazione dei compensi) inerenti alla stessa disciplina negoziale. I lodi arbitrali, impugnabili presso il tribunale in funzione di giudice del lavoro, non sono immediatamente esecutivi ⁸, ma soltanto dopo l'acquisto di stabilità per effetto dell'intervenuta impugnabilità o per effetto dell'esito negativo dell'impugnazione.

Una formula arbitrale, quindi, che, dovendo porsi in alternativa concorrenziale ⁹ rispetto al giudizio ordinario, si caratterizza per un coefficiente di garantismo formale, che incide riduttivamente sul valore funzionale dell'irritalità (come strumento di efficacia operativa), senza, peraltro, assicurare un livello di garanzie competitivo rispetto al mezzo giurisdizionale.

Quando è la logica garantista che prevale rispetto all'obiettivo della speditezza funzionale, gli arbitrati irritali, in quanto esperienza di arbitrati liberi, sono destinati a cedere il passo alla giurisdizione.

3. Il disegno di legge n. 848 (seguito, poi, dal disegno di legge-stralcio n. 848-*bis*) ha previsto all'art. 12 una norma di delega anche in materia di arbitrato nelle controversie individuali di lavoro. La motivazione politica della norma è enunciata nel « Libro Bianco » sotto il paragrafo delle « tecniche regolatorie » (I, 3, 33) nello speciale sottoparagrafo dedicato alla « giustizia del lavoro » (I, 3.7, 42). Lo *starting point* del ragionamento motivazionale (poi sostanzialmente riprodotto dalla relazione al citato disegno di legge) è quello ormai consueto: la crisi per inflazione della giustizia formale impone di considerare la possibilità di sperimentare procedure arbitrali, « che siano in grado di dirimere [le controversie] in tempi sufficientemente rapidi » (*ibid.*, 42). Equità ed efficienza, due criteri concettualmente eterogenei (l'equità attiene alla qualità delle composizioni, mentre l'efficienza attiene alla funzionalità dei procedimenti compositivi), dovrebbero caratterizzare un sistema di giustizia arbitrale alternativo a quello della giustizia ordinaria.

La proposta del disegno di legge è concepita e formulata in termini di nuovo

⁷ Da questa ambiguità di profili alcuni settori della dottrina civil-processualista traggono motivo per alimentare la ben nota polemica contro l'irritalità: da ult. v. Monteleone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero – esiste ancora l'arbitrato irrital?*, in *RTDPC*, 2001, 43 ss. Sul punto v. il mio *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irritali in materia di lavoro*, in *ADL*, 1999, 587 ss.

⁸ L'art. 12 lett. g) e h) del disegno di legge n. 848 modifica il sistema di impugnazione ed esecutività dei lodi irritali riesumando, da un lato, la formula originaria dell'art. 412-*quater* del ricorso davanti alla Corte d'Appello e introducendo, dall'altro, il principio della immediata esecutività nonostante l'impugnazione. Questi due significativi elementi di simmetria con il lodo rituale, ove positivamente sanzionati, allontanerebbero ancor più dall'area dell'irritalità i lodi previsti dall'art. 412-*quater* c.c.

⁹ In senso diverso per un ruolo di complementarità della funzione arbitrale rispetto a quella giudiziaria v. Borgelli, *Regolazione dell'arbitrato e tutela dei diritti*, in *LD*, 2002, 359.

modello generale di ordinamento arbitrale in sostituzione di quello introdotto dai citati decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998 (abrogazione dell'art. 412-*ter* e modifica parziale dell'art. 412-*quater* c.p.c.) e in polemica con le proposte in materia avanzate dalla Commissione ministeriale, presieduta dal dott. Foglia, per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro¹⁰. La motivazione deflativa nel disegno di legge (espressa dall'*incipit* dell'art. 12) è sostenuta da un quadro garantistico di disciplina diversificato su contrastanti coordinate di attenuazione e di rafforzamento, che ne delineano uno schema ambiguo e contraddittorio. Quanto alla tipologia, la proposta di abrogazione dell'art. 412-*ter*, la cui rubrica contiene il riferimento all'irritualità, riapre il problema classificatorio, che non ha soltanto una mera rilevanza teorica, ma implicazioni pratiche di disciplina in rapporto alla figura dell'arbitrato rituale. Le cifre di questo divergente schema garantistico si possono cogliere nelle direttive di delega. Per l'aspetto d'attenuazione, nella direttiva di compromettibilità in arbitri anche senza la preordinazione di una clausola compromissoria collettiva, in quella relativa all'ammissione di lodi equitativi su diritti indisponibili, in quella sull'impugnazione dei lodi soltanto per vizi procedurali. Per l'aspetto del rafforzamento, nella direttiva sulla forma scritta della clausola compromissoria (che deve contenere, a pena di nullità, il termine per l'emanazione del lodo nonché i criteri per la liquidazione dei compensi agli arbitri), in quella sull'impugnazione dei lodi davanti alla Corte d'Appello in unico grado (omologazione del giudice d'appello a quello per l'impugnazione dei lodi rituali *ex art.* 828 c.p.c.), in quella relativa all'immediata esecutività dei lodi nonostante l'impugnazione (direttiva anch'essa omologata alla disciplina vigente in tema di arbitrati rituali). Quanto alle controversie in materia di licenziamento, la direttiva di delega (art. 12 lett. f)) prevede la rimessione al potere dispositivo del collegio arbitrale non soltanto della soluzione alternativa reintegrazione/risarcimento del danno, ma della stessa quantificazione del danno nell'ipotesi di scelta della soluzione risarcitoria.

Vi è, poi, una direttiva neutra come quella che prevede di affidare al conciliatore il mandato a risolvere in via arbitrale la controversia (art. 12 lett. c)) in qualunque fase del tentativo di conciliazione, che delinea un modulo risolutivo interno al procedimento conciliativo.

A proposito di questa ultima direttiva, l'evidente collegamento tra l'art. 12 lett. f) e l'art. 10 del disegno di legge mira ad introdurre una disciplina flessibile dei licenziamenti anche sul piano della procedura contenziosa. Il punto critico della questione è la messa in discussione del vincolo strumentale tra sanzione reintegratoria e tutela giudiziaria. Questo vincolo, connesso alla stessa emersione, nel nostro ordinamento, del paradigma di stabilità reale, in quanto implicato dalla struttura operativa del paradigma stesso, è sostituito, per tutta l'area del licenziamento ingiustificato (art. 10, co. 1), da un modulo sanzionatorio articolato sull'alternativa reintegrazione/risarcimento del danno, che con-

¹⁰ Commissione istituita con dm 24 luglio 2000: v. la relazione finale in *RCDL*, 2001, 289 ss., 581 ss.

sente di valorizzare, specie per la determinazione della sanzione risarcitoria, la composizione arbitrale. L'introduzione, infatti, di un'area di dispositività nell'attuazione degli effetti sanzionatori mira a favorire la sperimentazione di risoluzioni arbitrali della controversia, sia perché rimette all'arbitro la selezione dell'effetto, sia perché, in caso di effetto risarcitorio, rimette all'arbitro la sua quantificazione (art. 12 lett. f)), con la possibilità di un giudizio equitativo. Molto più energico rispetto alla regolamentazione del disegno di legge n. 848 è il quadro di garanzie proposto in tema di arbitrati dalla menzionata Commissione ministeriale, che ne teorizza la funzione di giustizia come filtro selettivo del contenzioso minore, in modo da consentire alla giustizia ordinaria di intervenire nelle controversie di « maggior rango » con la dovuta professionalità e tempestività ¹¹. Il fulcro di questo più accentuato garantismo è nella previsione dell'obbligo degli arbitri (di cui è omessa qualsiasi qualifica definitiva) di decidere la controversia *secundum ius* inderogabile sia della legge che dei contratti collettivi e in quella che dispone l'impugnazione dei lodi per qualsiasi vizio, compresa la violazione e la falsa applicazione di norme di legge e dei contratti collettivi (v. nuovo testo proposto degli artt. 412-*bis*, co. 3, e 412-*ter*). In tema, però, di contenzioso sui licenziamenti e sui trasferimenti *ex* art. 2103 c.c., la Commissione ministeriale ha optato decisamente per la valorizzazione della tutela giudiziaria ¹² con la proposta di un procedimento sommario d'urgenza davanti al tribunale in funzione di giudice del lavoro (che provvede con ordinanza) e con l'omissione del tentativo obbligatorio di conciliazione. Questa opzione comporta la pratica esclusione degli arbitrati dell'area dei licenziamenti e dei trasferimenti, dato il previsto nesso funzionale tra conciliazioni e arbitrati. La Commissione ministeriale ha preferito una scelta di recupero della funzionalità del mezzo processuale, attenuandone il garantismo, piuttosto che puntare sulla valorizzazione del mezzo conciliativo-arbitrale, in coerenza con l'affermata (ma discutibile) natura di diritto fondamentale della persona ¹³ del diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.

4. Sull'art. 12 del disegno di legge (a seguito del *Patto per l'Italia* il governo si è impegnato, in attesa dell'avviso comune delle parti sociali, a sopprimere l'art. 4 del disegno di legge-stralcio n. 848-*bis*) vorrei proporre alcune osservazioni su aspetti di particolare problematicità critica.

Un primo aspetto riguarda la soppressione della regola della precostituzione collettiva della procedura arbitrale come effetto della proposta di abrogazione dell'art. 412-*ter* c.p.c., che prevede la facoltà di deferire la controversia ad arbitri solo se tale facoltà è consentita dal contratto collettivo. In verità, la formula testuale « ... compromissione in arbitri ... direttamente ovvero ad opera

¹¹ V. relaz., *loc. cit.*, 582-583.

¹² V. relaz., *loc. cit.*, 291.

¹³ V. relaz., *loc. cit.*, 291. Il richiamo, nella relaz., all'art. 30 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione europea (che è soltanto una « proclamazione solenne ») non riguarda propriamente il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, ma il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato.

delle associazioni rappresentative dei datori di lavoro e prestatori di lavoro ... » (art. 12 lett. a)) introduce, accanto all'iniziativa individuale, un elemento di tutela collettiva, che riguarda, però, soltanto l'azione di promozione della procedura arbitrale, non la precostituzione della procedura mediante contratto collettivo. Se è vero che la direttiva della precostituzione ha rappresentato una costante del nostro ordinamento arbitrale (v. art. 808, co. 2, c.p.c.; art. 5 l. n. 533/1973), non mancano, tuttora, ipotesi di patti compromissori individuali, come, ad esempio, nell'art. 7 ult. comma l. n. 604/1966 proprio in tema di licenziamenti, o di clausola compromissoria inserita nel contratto di lavoro, come nel lavoro sportivo (art. 4, co. 5, l. n. 91/1981), o di clausola compromissoria rituale (arg. ex art. 808, co. 2, c.p.c.). Certo, la precostituzione collettiva è destinata ad operare principalmente nei settori in cui vige la contrattualizzazione intersindacale dei rapporti di lavoro. Per i settori non coperti dalla contrattazione collettiva si può pensare a clausole compromissorie nei contratti individuali, estendendo, tuttavia, anche ad esse la riserva di preferenza per il giudizio ordinario (v. *infra*).

Un punto problematico riguarda il rapporto tra la clausola compromissoria e la disposizione legale (simmetrica nell'arbitrato rituale [art. 808, co. 2, c.p.c.] e in quello irrituale [art. 5 l. n. 533/1973]) relativa alla salvezza della facoltà di adire l'autorità giudiziaria. Trattandosi di una disposizione legale categorica, essa integra un effetto di legge da ritenere automaticamente inserito nella pattuizione compromissoria alla stregua degli artt. 1339 e 1418, co. 2, c.c.¹⁴.

Nell'ipotesi di precostituzione collettiva della clausola compromissoria, l'inserzione automatica della clausola legale sulla preferenza del giudizio ordinario, si trasmette anche alle pattuizioni compromissorie individuali di attuazione della previsione collettiva¹⁵. Tutto il procedimento negoziale di concretizzazione della clausola compromissoria collettiva è integrato dall'effetto legale di salvezza della facoltà di preferire il giudizio ordinario. Ove manchi, però, come nel caso ipotizzato dalla lett. b) dell'art. 12, la precostituzione collettiva della clausola autorizzatrice del ricorso in arbitrato, è dubbia l'estensione del predetto effetto legale, con la conseguenza che si applicherebbe, in caso di clausola compromissoria priva di autorizzazione collettiva, il principio giurisprudenziale dell'*exceptio compromissi* (o del *pactum de non agendo*)¹⁶, vincolando, così, le parti a sottomettersi al solo giudizio arbitrale.

Un secondo aspetto problematico riguarda la previsione del superamento dei divieti di compromettibilità in arbitri delle controversie aventi ad oggetto diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti collettivi (lett. d) dell'art. 12).

¹⁴ Sul punto mi permetto di rinviare alla mia voce *Arbitrato nella controversia di lavoro*, in *Enc dir*, Agg. I, Giuffrè, Milano, 1997, 113.

¹⁵ V. D'Alessandro, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *Dir. dell'arbitrato*, Giappichelli, Torino, 1997, 27 ss.; in senso diverso Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Cedam, Padova, 2002, 270.

¹⁶ Sul punto v. Luiso, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *RArb*, 1996, 292 ss.; v. anche Ferro, *La clausola compromissoria*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, II, cit., 664 ss.

La formula testuale è tecnicamente imprecisa. Che significa «superamento»? Il riferimento è al divieto di cui all'art. 808 c.p.c.? Tale divieto, con allusione alle controversie di lavoro (e a quello che non possono formare oggetto di transazione ex art. 1966 c.c.), è limitato soltanto all'arbitrato rituale. La formula riproduce quella dell'art. 2113, co. 1, c.c. ed è impiegata in funzione dell'eliminazione di un supposto limite all'arbitrabilità (arbitrato irrituale) dei diritti indisponibili, cioè alla materia arbitrabile. In effetti, questo limite, che opera per le rinunzie e le transazioni, non rileva per l'arbitrato irrituale, che è una fattispecie diversa dagli specifici atti dispositivi previsti dall'art. 2113 c.c.

È ammissibile, quindi, anche un arbitrato irrituale su diritti indisponibili. Diverso problema è quello che attiene — secondo l'abrogata disposizione dell'art. 5, co. 2, l. n. 533/1973 — la non violazione, nella formazione del lodo, di regole inderogabili sia della legge che dei contratti collettivi. Questo limite non coincide con l'indisponibilità dei diritti: se, nella formazione del lodo, l'arbitro non di rito decide *secundum ius* (o non attua una violazione del *ius*), può benissimo intervenire in materia di diritti indisponibili. In sostanza, l'ammissione dell'arbitrabilità in questa materia — come si limita a disporre il menzionato art. 12 lett. *d*) — non implica, di per sé, l'esclusione dell'obbligo di rispettare (ove, ad esempio, tale obbligo sia previsto da un patto collettivo o individuale), le normative inderogabili stabilite dalla legge o dal contratto collettivo.

5. Un ultimo punto critico riguarda la previsione di lodi secondo equità « nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento ». Un arbitrato d'equità era previsto nel disegno di legge proposto dal Cnel (art. 6) per le controversie relative all'interpretazione ed applicazione dei contratti collettivi¹⁷. Nel testo proposto dal menzionato art. 12 lett. *d*) è affermato un nesso consequenziale tra l'arbitrabilità in materia di diritti indisponibili e la formulazione di lodi equitativi. In effetti, si tratta di una connessione teoricamente impropria, ove si assuma la nozione di equità applicata al giudizio arbitrale¹⁸ come un criterio di decisione basato su regole oggettive, che, pur non previste dal diritto codificato, sono, però, la concretizzazione di valori normativi preesistenti al rapporto litigioso. In questo senso indurrebbe ad argomentare la formula alludente al « rispetto dei principi generali dell'ordinamento ». Ma se è così, si sarebbe dovuto imporre l'obbligo di motivazione del lodo¹⁹ (di cui non parla nemmeno la proposta di riforma della Commissione ministeriale, che pur impone agli arbitri l'osservanza delle norme inderogabili di legge e dei contratti collettivi). Con riferimento al regime estintivo del rapporto di lavoro, il giudizio arbitrale equitativo si risolve essenzialmente in un equo apprezzamento della soluzione

¹⁷ V. la relazione e il testo del disegno di legge in *Annali Cnel 1992*, 235 ss.

¹⁸ V. Galgano, *Diritto ed equità nei giudizi arbitrali*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, I, cit., 367 ss., spec. 379-380.

¹⁹ Soltanto il testo originario dell'art. 412-*quater*, co. 1, c.c. prevedeva l'impugnabilità del lodo per « difetto assoluto di motivazione ».

risarcitoria prevista come alternativa alla soluzione reintegratoria prevista dall'art. 18 citato.

Qui il giudizio *pro bono et aequo* allude ad un tipo di equità più prossimo a quello di cui all'art. 1349, co. 1, c.c. La formula della proposta di cui alla lettera f) dell'art. 12 sembra riferire il potere discrezionale dell'arbitro non soltanto alla determinazione equitativa del risarcimento del danno (equo apprezzamento sul *quantum* del risarcimento), ma alla stessa opzione della soluzione risarcitoria (equo apprezzamento sull'*an* del risarcimento). In questo secondo significato, il potere discrezionale dell'arbitro è più prossimo all'*arbitrium merum*. Qui, infatti, la determinazione arbitrale si muove nell'area della mera dispositività negoziale: l'arbitro, nello spazio a lui riservato tra sanzione reintegratoria e sanzione risarcitoria, decide la controversia secondo un criterio di scelta rimesso al suo potere discrezionale (e, quindi, attaccabile solo per mala fede arg. ex art. 1349, co. 2, c.c.).

La riproposizione dell'arbitrato in tema di licenziamenti vuole essere una proposta di flessibilità del contenzioso connessa ad una proposta di flessibilità (della disciplina) sostanziale del regime estintivo del rapporto di lavoro. Tra le due « flessibilità » vi è un rapporto di correlazione, che già la disciplina negoziale dei licenziamenti aveva sperimentato. Rapporto di correlazione interrotto (nonostante la formale sopravvivenza delle procedure di cui all'art. 7 l. n. 604/1966) dalla norma sulla reintegrazione (art. 18 Stat. lav.), che ha, invece, privilegiato, come mezzo di attuazione della sanzione ripristinatoria, la tutela giudiziaria. In questa logica, la conservazione del regime di stabilità reale difficilmente potrà rendersi compatibile con una proposta di valorizzazione degli arbitrati. Il tipo di regime sostanziale dei licenziamenti reagisce sul mezzo e sul modo di tutela (vi è, del resto, il precedente dell'art. 5 l. n. 108/1990 proprio in tema di stabilità obbligatoria). In questo senso, pur nella sua paradossalità politica (di politica processuale), la proposta della Commissione ministeriale sulla riforma del contenzioso giudiziario in materia di licenziamenti, con esclusione di soluzioni stragiudiziali, ha una sua coerenza logica, anche se, con il suo discutibile unilateralismo, liquida ogni prospettiva pluralistica di tutela. In particolare, le proposte della Commissione, nonostante un ambizioso disegno di regolazione (v. il nuovo testo degli artt. 412-*bis* e *ter* e 412-*quinquies*), ma proprio per questo, recitano il *requiem* per gli arbitrati (intendo dire per gli arbitrati liberi), con una scelta di monismo giudiziario, che è l'esatto opposto di una scelta di valorizzazione di esperienze compositive alternative.

6. Il quesito è sempre lo stesso. Vi è un futuro realistico per una esperienza di arbitrati liberi nel nostro diritto del lavoro? Sembrano, così, pensare vari settori del mondo sindacale e imprenditoriale che, anche di recente, si sono impegnati sul terreno della contrattazione collettiva, a rilanciare l'alternativa arbitrale ²⁰. Sono, più o meno, gli stessi settori che, in passato e specie dopo l'entrata in vigore della riforma sul processo del lavoro del 1973, hanno

²⁰ Sui recenti accordi in materia v. il mio *La composizione stragiudiziale, ecc., loc. cit.*, 387 ss.

attivamente perseguito l'obiettivo della valorizzazione della giustizia del lavoro, attrezzandosi, anche organizzativamente e sul piano dell'assistenza legale, per rendere l'accesso alla tutela giudiziaria disponibile in via privilegiata su ogni altro mezzo. Quello che è stato definito ²¹ polemicamente, ma esattamente, il *business* del diritto del lavoro italiano ha registrato, proprio sul terreno della tutela giudiziaria, un volume di attività gradualmente crescente, cui non ha corrisposto un aumento proporzionale di operatività e di efficienza sul piano del funzionamento del meccanismo giurisdizionale.

Il lamento reiterato sulle disfunzioni per sovraccarico della giustizia del lavoro è il motivo politico delle proposte di soluzioni alternative stragiudiziali con funzione deflativa e di alleggerimento. Ma proprio questo motivo, che assegna alla funzione arbitrale una finalità meramente sostitutiva della giurisdizione, non favorisce quegli aspetti più propri dell'arbitrato — specie se valorizzato nella sua essenza di giustizia irrituale — di aderenza alla dinamica creativa dell'ordinamento sindacale, di strumento costruttivo di una « giurisprudenza casistica » interprete della concretezza di tale ordinamento.

Occorre, tuttavia, non ignorare le difficoltà di un'impresa che miri, oggi, ad accreditare un'esperienza di arbitrati liberi, nel senso di una esperienza non soffocata da una pretesa di « ritualizzazione » e di garantismo, che sono l'espressione di una cultura tecnico-giuridica monistica con vocazione omologatrice di tutte le attività compositive sul modello processuale-giudiziario.

Manca, tuttora, per l'accreditamento di una tale esperienza, un contesto culturale di sostegno nel ceto accademico e in quello professionale-giudiziario, che nutrono, in gran parte, convincimenti contrari (e per ragioni teorico-pratiche che quasi sempre si risolvono a sfavore degli arbitrati).

La pretesa, poi, di promuovere il rilancio degli arbitrati mediante nuove o più flessibili regolazioni legislative dovrebbe essere considerata con cautela, dati i precedenti non particolarmente positivi in materia (la disciplina vigente di cui agli artt. 412-ter e quater c.p.c. si può ritenere complessivamente esauriente). In questa materia, l'essenzializzazione delle regole legali, senza indulgere in inutili prescrizioni di dettaglio (come vi indulge, per aspetti di procedura, l'attuale art. 412-ter), è quanto di meno improprio possa offrire la legislazione, che, nel campo degli arbitrati in tema di lavoro, ha prodotto più guasti che benefici.

Non al legislatore, ma alle parti sociali dovrebbe spettare una responsabilità essenziale nella promozione di forme di giustizia privato-collettive, non sostitutive di quelle ordinarie o assimilabili (come gli arbitrati rituali), ma parallele in quanto radicate nello spazio proprio di autonomia, in cui si esprime la competenza regolativa delle parti stesse. In questo modo, la ricostituzione di un orizzonte pluralistico potrebbe consentire alle esperienze compositive privato-collettive della conflittualità di concorrere, nel rispetto dei principi generali di legalità, all'« auto-amministrazione » degli ordinamenti negoziali e alla costrut-

²¹ V. Ichino, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, 164 ss.

tiva creazione di forme effettivamente alternative di giustizia. Occorre, però, che, nelle parti sociali, maturino alcuni convincimenti e alcuni propositi operativi. Maturi il convincimento che il privilegio finora accordato alla via giudiziaria non è l'unica strada percorribile né la più proficua (salva sempre la libertà dei singoli). Maturi, inoltre, il convincimento che un ordine negoziale effettivamente autonomo nelle sue dinamiche regolative ha bisogno di forme interne di « giurisdizione » *inter partes*, in grado di risolvere la conflittualità gestionale dell'ordine stesso. Maturi il proposito di promuovere un'adeguata cultura delle esperienze compositive autonome e di impegnare, su questo terreno, le imponenti risorse umane ed organizzative, di cui dispongono. Una volta concretizzati convincimenti e propositi, dovrebbero dichiarare apertamente ai loro organizzati (lavoratori e imprenditori) l'opzione di preferenza per i mezzi di composizione autonoma. Solo con un deciso riposizionamento della tematica arbitrale nell'area delle libere esperienze negoziali — secondo la lezione delle più mature esperienze di « auto-amministrazione » della conflittualità — si può pensare di assegnare ai mezzi compositivi autonomi, pur con tutti gli oggettivi condizionamenti del vigente quadro legale, una prospettiva di qualche operatività.

La riforma della giustizia del lavoro: *conciliazione et arbitrato*

Tiziano Treu

Sommario: **1.** Riforme normative e buona amministrazione della giustizia: i mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie. — **2.** Velocizzazione e prevenzione dei processi. — **3.** Contenimento dei costi e misure organizzative. — **4.** Rendere conveniente l'arbitrato. — **5.** Efficacia dell'arbitrato; il ruolo dell'autonomia collettiva. — **6.** Una certificazione persuasiva.

1. Il successo delle riforme dipende altrettanto dalle buone regole come dalla capacità di applicarle bene. Molte delle nostre riforme — fra cui quelle in tema di lavoro — hanno perso parte della loro efficacia e credibilità a causa di un'applicazione difettosa, diseguale o troppo lenta.

Per evitare questo risultato negativo serve una buona amministrazione e una giustizia efficiente. L'efficienza della giustizia in tutti i campi, in quello penale come in quello civile, è parte essenziale della buona amministrazione. Per questo è urgente anche in tema di giustizia superare la fase della diagnosi e della discussione — utile ma ormai troppo lunga — e fare proposte organiche. La giustizia del lavoro è un'area di particolare sofferenza: per gli interessi coinvolti, che toccano aspetti essenziali della vita delle persone, e per la loro dimensione quantitativa: sono milioni i lavoratori e le imprese che hanno subito negli anni i ritardi del processo del lavoro oltre 120.000 cause di lavoro ogni anno, e ancora di più in materia di previdenza ¹.

Gli arretrati sono enormi e continuano a crescere, in materia di lavoro più che

* Tiziano Treu è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.

¹ Cause di lavoro:

1. Numero processi del lavoro (lavoro+previdenza): 920.000 di cui ca, il 40% lavoro (382.000) e ca. il 60% previdenza (573.000) [30.06.2001].

2. Processi per estinzione del rapporto:

a) 1° grado: ca. 9.000 (dato 1996), di cui il 50% accolti e 50% rigettati;

b) 2° grado: ca. 1.000 (dato 1996), di cui il 35% accolti e 65% rigettati;

c) Cass. ca. 12.000 - dato riferito alla sezione lavoro.

3. Durata media per grado di giudizio delle cause di lavoro:

a) 1° grado 757 gg. (dato 2001);

b) 2° grado 1149 gg. (dato 2001);

c) Cass. 812 gg. (dato 2001) - dato riferito alla sezione lavoro.

4. Durata media per grado di giudizio delle cause previdenziali:

a) 1° grado 1026 gg. (dato 2001);

b) 2° grado 856 gg. (dato 2001);

c) Cass. 812 gg. (dato 2001) - dato riferito alla sezione lavoro.

Relazione PG Cassazione, Inaugurazione a.g. 2001.

altrove. In certe aziende il contenzioso del lavoro costituisce un peso economico grave, che può mettere a repentaglio profitti e bilancio; anche se spesso non lo si calcola in modo esplicito e lo si scopre solo in momenti di crisi. Per le piccole aziende il ricorso ad avvocati e tribunali è un dramma oltre che un costo, per l'incertezza e per i rischi che l'accompagnano.

La situazione non è né esclusiva all'Italia contingente — anche se la crisi è da noi particolarmente grave. Anche l'Unione Europea ha denunciato come problema comune i ritardi della giustizia del lavoro e sottolineato la necessità di fronteggiarli sia con una riforma del processo sia con lo sviluppo di forme alternative di soluzione delle controversie (AdR) ². Il problema non è contingente perché sono le stesse caratteristiche delle società complesse e terziarizzate a moltiplicare le occasioni di controversie e quindi la richiesta di interventi — di vario genere — capaci di risolverle. Non a caso l'aumento della domanda di giustizia è un fenomeno diffuso nei paesi sviluppati, ed è particolarmente grave proprio per le cause di lavoro e previdenziali (la tendenza alla crescita anche in Italia è concentrata proprio qui). Questo è un motivo per cui la ricerca di (AdR) mezzi alternativi per la soluzione dei conflitti di lavoro non è in contrasto con la urgenza di rendere più veloce e meno costoso il processo.

Contrapporre i due obiettivi è sbagliato e può essere controproducente. Spesso è un modo di rappresentazione caricaturale o strumentale della realtà da parte di chi ha paura di sperimentare strade nuove come le AdR e vuole negare l'urgenza di queste attribuendovi una funzione dilatoria della riforma del processo del lavoro o indebitamente competitiva con questo.

Anche la contrapposizione fra la funzione che possono avere le AdR di filtro « deflattivo » del contenzioso giudiziario del lavoro e la funzione di soluzione autonoma delle controversie — espressione dell'autonomia delle parti del rapporto ³, rischia di essere fuorviante. È vero che le AdR possono avere funzioni diverse, e modalità diverse di funzionamento e di regolazione. Ma tali funzioni sono entrambe necessarie. Anche una giustizia riformata e funzionante si troverà di fronte a una crescente massa di controversie di lavoro che fatterà a risolvere; d'altra parte non è funzionale che tutte le controversie siano sempre affidate al giudice. Molte possono essere risolte meglio con strumenti diversi dal processo giudiziario, più adatti alle loro caratteristiche e alle esigenze delle parti: ad esempio per i loro contenuti tecnici, organizzativi,

² Commissione Europea, *Libro verde, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, 19 aprile 2002 Com (2002), 196. L'opportunità di promuovere lo sviluppo della AdL è sostenuta con diverse motivazioni tratte dall'esperienza dei vari paesi: le AdL possono svolgere un ruolo non solo deflattivo dei processi, ma anche complementare ai procedimenti giudiziari in quanto permettono soluzioni più rapide e più adatte alla natura delle controversie. Inoltre permettono alle parti di dialogare e non solo di confrontarsi, di impegnarsi in un processo di avvicinamento reciproco, e sono uno strumento al servizio della pace sociale.

³ Cfr. Grandi, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel diritto italiano*, in *DLRI*, 2000, 367 ss.; e in generale i contributi contenuti in Loy, (a cura), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2000.

poco legati alle regole di diritto e più alle prassi aziendali o produttive⁴. Storicamente è stato proprio così, le procedure di conciliazione e di arbitrato si sono sviluppate anzitutto negli ordinamenti anglosassoni, ma ora in molti altri sistemi — comprese alcune esperienze europee — a partire dalla Francia dei *prud' hommes*, perché si è ritenuto che proprio caratteristiche come quelle ricordate richiedessero modalità di soluzione delle controversie di tipo equitativo, paranegoziale comunque non strettamente aggiudicatorie affidate largamente alla autonomia delle parti. Negli ordinamenti anglosassoni lo sviluppo di queste AdR è stato agevolato dalla natura della *common law* meno rigida e legislativamente formalizzata dei nostri sistemi. Ma questa non è una condizione necessaria, tanto è vero che lo sviluppo è continuato anche in presenza di crescenti interventi legislativi nel diritto del lavoro registratesi negli stessi paesi anglosassoni e si riscontra anche in paesi con forti tradizioni legislative come la Francia⁵. Il problema semmai riguarda il contesto complessivo delle relazioni di lavoro. La diffidenza verso i metodi di composizione pacifica ed extragiudiziale delle controversie, ad opera di terzi imparziali, rinvia ai caratteri profondi del nostro sistema, quelli che l'hanno costruito su basi di forte contrapposizione ideologica e dotato di debole stabilità, scarsa fiducia fra le parti e poca capacità autoregolativa.

2. È tempo però di forzare un circolo vizioso per cui la storica diffidenza verso l'intervento di terzi nella soluzione delle controversie impedisce qualsiasi iniziativa anche sperimentale che potrebbe costruire gradualmente una maggiore fiducia nelle AdR. Da queste premesse deriva che un intervento riformatore in materia quale noi proponiamo deve fondarsi su due linee portanti: a) perseguire con pari determinazione la riforma del processo del lavoro e la promozione delle varie forme alternative di soluzione delle controversie: conciliazione, mediazione e arbitrato.

b) seguire un metodo sperimentale in entrambe le riforme, ma soprattutto nell'applicazione dell'AdR, per cercare di massimizzare i successi — gli *early wins* nelle prime fasi applicative — e ridurre le obiezioni pregiudiziali. Sono indicazioni presenti nelle analisi degli esperti ma che non si sono finora tradotte in iniziative conseguenti: e le proposte da varie parti avanzate sono rimaste inascoltate⁶.

La riforma del processo del lavoro deve tener conto delle proposte generali

⁴ Questo primato è ritenuto decisivo anche nel *Libro verde* della Unione Europea, cit.

⁵ Una analisi delle principali esperienze straniere è nel numero monografico di *DLRI*, 2000, n. 87 dedicato a *Conciliazione e arbitrato in Europa*; Casale, *L'arbitrato nelle controversie di diritto del lavoro: prospettiva comparata* in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit.

⁶ Cfr. Una rassegna delle proposte nei contributi al volume *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit.; cfr. anche CNEL, *Relazioni al ddl su conciliazione e arbitrato*, in *Lav. Imp.*, 1998, 5, 72 ss.; Alleva, Arrigo, Coccia, Di Filippo, Fiorillo, Naccari, Russo, *Controversie del lavoro privato e pubblico: giurisdizione ordinaria e circuiti conciliativi ed arbitrati*, in *LG*, 1999, 105 ss.

avanzate in materia di riforma del processo civile alla fine della scorsa legislatura. Inoltre essa trova materiali largamente utilizzabili nei risultati della commissione Foglia, presentati nello stesso periodo ⁷.

Il primo fondamentale obiettivo è di ridurre i tempi del processo con una serie di provvedimenti — in parte (ma solo in parte) già sperimentati: ad esempio con la concentrazione delle attività giudiziali, già perseguita dalla precedente riforma, e con la previsione di termini certi e contenuti per la impugnazione giudiziale dei provvedimenti contestati. In particolare ciò è urgente nel caso di licenziamento dove la proposta è di prevedere una decadenza di 3 mesi al fine di evitare che il giudice possa essere chiamato in causa a distanza di anni dell'avvenuto licenziamento ⁸.

Per le controversie relative, data la gravità della posta in gioco (il posto di lavoro), va introdotta per legge la corsia preferenziale che ora è lasciata alla discrezione del giudice. Al giudice deve restare la possibilità di utilizzare la procedura d'urgenza per altri provvedimenti che minacciano in modo irrimediabile la lesione di diritti fondamentali della persona del lavoratore.

Il previo ricorso obbligatorio al tentativo di conciliazione va reso effettivo, se non si vuole che contraddica l'obiettivo risolvendosi in una dilazione dei tempi di soluzione — come è stato purtroppo finora ⁹. La soluzione non è di sopprimerlo — come pure si propone ¹⁰ — ma di prevedere gli strumenti, le regole e le risorse per darvi effettiva operatività: un'esigenza che vale in generale per tutte le AdR (vedi la commissione Foglia). Apprestare questi strumenti rientra fra i servizi fondamentali di una politica del lavoro, che deve fornire prestazioni utili alle parti anche nella fase delicata del contenzioso.

Interventi conciliativi efficaci sono utili anche se non portano a un accordo, perché servono a istruire e selezionare le questioni rilevanti, e quindi a facilitare il compito del giudice già nella possibilità che gli compete di tentare egli stesso una conciliazione nel corso del processo. Per velocizzare il processo le iniziative del giudice sono evidentemente determinanti. Per questo si è proposto che egli si presenti sempre alla prima udienza avendo già letto gli atti introduttivi; sanzionare l'incompletezza, la genericità, l'approssimazione delle memorie di costituzione e risposta, senza esercitare alcun ruolo di supplenza; operare una severa selezione delle prove richieste, prevedere fin dall'inizio un'agenda dell'intera istruttoria all'insegna della massima concentrazione. Inoltre va sperimentata un'ipotesi già avanzata, cioè di rimettere a latere

⁷ La relazione della Commissione Foglia, presentata nell'aprile 2001, è pubblicata in *MGL*, 2001 e cfr. in generale Foglia, *Il processo del lavoro privato e pubblico di primo grado*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁸ Cfr. per le proposte riportate di seguito Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Processi del lavoro, accorciare i tempi*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 Giugno 2002; anche il ddl predisposto dai gruppi parlamentari dell'Ulivo.

⁹ Cfr. le testimonianze e i dati veramente scoraggianti del giudice Frasca, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e deflazione del contenzioso giudiziario*, e della dirigente UPL, Mura, *La conciliazione negli uffici provinciali del lavoro*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 109 ss.; 121, ss.

¹⁰ Cfr. Le proposte della Confartigianato, in *Impresa artigiana*, 16 maggio 2002, n. 76.

l'istruttoria, limitando il ruolo del giudice alla formulazione delle direttive e investendo un giudice di pace o un conciliatore del compito di assicurare lo svolgimento, con un più pieno e ampio contraddittorio fra le parti.

Nel caso delle controversie riguardanti la previdenza, una razionalizzazione è altrettanto urgente. Si è proposto di distinguere quelle coinvolgenti questioni di diritto da quelle di rilevanza medico legale, pensando per queste ultime a sedi di giurisdizione particolari da aggregare agli uffici del giudice di pace, eventualmente a latere del giudice togato ¹¹.

3. Per il caso dei licenziamenti data la loro particolarità sono richiesti interventi specifici che ne regolino in modo rigoroso la trattazione.

Un primo rimedio utile a disinflazionare il processo, oltre a quanto si dirà sugli incentivi all'arbitrato, è dato dall'uso severo, seppur sempre selettivo, del principio che le spese seguano la soccombenza, da far valere anche nei confronti dei lavoratori, allorché la causa sia tentata in primo grado o coltivata in un grado ulteriore contro una consolidata giurisprudenza maggioritaria.

Un secondo riguarda le conseguenze patrimoniali del licenziamento ingiustificato, in particolare quelle conseguenti dalla lunghezza del periodo che intercorre fra la prima decisione e quelle successive. Nel caso in cui il datore vinca in primo grado, poi perda in secondo oppure vinca in secondo e poi perda in cassazione (senza rinvio o addirittura con rinvio) egli può trovarsi a dover corrispondere alla fine somme del tutto spropositate: gli arretrati di retribuzione più gli indennizzi previsti dalla legge (15 mesi) che sono spesso richiesti dal lavoratore invece della reintegrazione nel posto di lavoro (più al centro Nord che al centro Sud).

Per questo si è proposto che i costi riconducibili all'alternativo svolgimento del processo possano essere in tutto o in parte supportate da un Fondo, cofinanziato a carico dei datori di lavoro e dei lavoratori, con un contributo dello Stato. Fondo cui sarebbero addossate quelle retribuzioni che i datori di lavoro avevano titolo a non pagare, avendo una decisione a loro favore, anche se poi questa è stata successivamente riformata.

Analogamente andrebbe riconosciuta al giudice la discrezionalità di decidere secondo certi parametri se il datore di lavoro che abbia pagato le retribuzioni al lavoratore licenziato invece di reintegrarlo, possa o meno richiederle indietro una volta che una successiva sentenza gli dia ragione.

Interventi del genere sono particolarmente importanti per le piccole imprese per cui il peso finanziario dell'attuale sistema può risultare eccessivo.

Una ulteriore modifica proposta è la semplificazione del sistema dei ricorsi, con la previsione che le decisioni di primo grado siano appellabili solo in Cassazione, evitando così di riprodurre in appello un pieno riesame delle questioni di fatto. Si tratta di una scelta delicata, ma che ha precedenti, sia pure limitati,

¹¹ Cfr. Alleva, Arrigo, Coccia, Di Filippo, Fiorillo, Naccari, Russo, *Controversie del lavoro privato e pubblico: giurisdizione ordinaria e circuiti conciliativi ed arbitrali*, cit., 105 ss.

nel settore del pubblico impiego (per le controversie pertinenti alla interpretazione di clausole dei contratti collettivi).

Una indicazione parallela va seguita nel caso in cui le parti facciano il ricorso all'arbitrato: nel senso che il lodo arbitrale è impugnabile direttamente alla Corte d'Appello (con un'unica istanza dunque di esame dei fatti).

Proposte specifiche vanno avanzate per le controversie in materia previdenziale: e vanno dirette a valorizzare la fase amministrativa precedente al ricorso in giudizio. Si tratta di riprendere in particolare le proposte avanzate dalla apposita commissione a suo tempo (1997) instaurata presso il Ministero del Lavoro, riguardanti in particolare: semplificazione e unificazione delle procedure; integrazione degli organi decisori con uno o più medici degli Enti nei casi in cui si tratta di controversie dipendenti dalla valutazione delle condizioni psico-fisiche dell'assicurato o dell'assistito; affidamento degli accertamenti medico-legali a colleghi medici formati da un sanitario dell'Ente, da un sanitario indicato dal ricorrente e da un terzo sanitario, chiamato a presiedere il collegio, indicato dal Ministero del lavoro; introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione al termine degli accertamenti, con la formazione di una dettagliata relazione ¹².

Per riprendere l'indicazione data all'inizio, va ribadito che le regole di semplificazione e concentrazione processuale non sono sufficienti a realizzare l'obiettivo perseguito — se non trovano sostegno in provvedimenti per l'efficienza organizzativa che permettano al processo di funzionare e ai giudici di operare secondo le esigenze degli utenti: una distribuzione delle risorse umane e materiali negli uffici e nel territorio adeguate alle necessità; il potenziamento delle attività e degli strumenti di sostegno al giudice — uffici complementari di vario genere — anche con l'utilizzo delle metodologie informatiche; un ripensamento del modo di lavorare degli uffici e degli stessi giudici; fino alla previsione di un'efficace sistema valutativo e premiante per i soggetti coinvolti nella amministrazione della giustizia, giudici compresi. La delicatezza e per certi versi l'unicità del loro compito non li esime dal sottoporsi a quelle prove di adeguatezza e di miglioramento richieste a tutti i lavoratori, tanto più a quelli che svolgono compiti di eccezionale rilevanza sociale.

4. I tentativi di valorizzare anche in Italia l'arbitrato come strumento alternativo di soluzione delle controversie di lavoro nei due sensi ricordati all'inizio, si sono succeduti negli anni ma sono sempre falliti per motivi diversi, nient'affatto superati ¹³. Anzi il clima attuale delle relazioni industriali — e la tensione

¹² Pandolfo, *Ricorsi amministrativi e forme stragiudiziali di composizione delle controversie nella previdenza pubblica e complementare*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 52.

¹³ Il dibattito su conciliazione e arbitrato è ormai sterminato cfr. da ultimo Magnani, *Conciliazione e arbitrato in Italia alla luce dei recenti interventi legislativi*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 13 ss.; Grandi, *Arbitrato nelle controversie di lavoro* (voce), in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1996; Grandi, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n. 80/1998)*, in *LPA*, 1998, 795 ss.; Magrini, *La*

esistente fra le parti e fra i sindacati non contribuiscono certo a favorire il superamento degli ostacoli.

Le proposte vanno quindi calibrate con particolare attenzione e devono caratterizzarsi per gradualità e sperimentaltà.

In un sistema come il nostro che ha quale caposaldo la volontarietà dell'arbitrato, la sua valorizzazione richiede anzitutto che esso sia reso conveniente per ambedue le parti. L'operazione è difficile ma imprescindibile. La convenienza dell'arbitrato dipenderà essenzialmente dalla sua qualità, cioè dalla capacità di realizzare soluzioni delle controversie vantaggiose: cioè veloci, poco costose, adeguate nei contenuti e rispondenti alle specificità della materia. Nella valutazione di costi/benefici che ciascuna parte fa per ricorrere all'arbitrato, invece che al giudice, questi elementi sono decisivi.

Gli obiettivi delle riforme devono essere dunque anzitutto di renderli possibili, perché finora non si sono realizzati in concreto e anche questo ha ostacolato la diffusione dell'istituto. La qualità è un carattere evidente in tutte le *best practices* in materia e sottolineato come decisivo anche dal *Libro verde* della Unione Europea. Rendere conveniente l'arbitrato è un obiettivo di medio periodo, ma che proprio per questo va perseguito subito:

a) mettendo in atto anzitutto un sistema di reclutamento e di formazione dei futuri arbitri con risorse adeguate e per il tempo necessario. La formazione di personale adatto deve essere specialistica, perché la funzione dell'arbitro, come del conciliatore e mediatore, è diversa da quella del giudice — secondo quanto risulta dall'esperienza non solo italiana. Arbitri e mediatori possono essere anche privati e le parti sociali possono essere coinvolte nella formazione e nella composizione degli organismi arbitrali. Ma essi svolgono una funzione socialmente rilevante e quindi le istituzioni pubbliche se ne devono occupare: organizzando direttamente il sistema arbitrale, come indica l'esempio particolarmente significativo dell'ACAS britannico, oppure contribuendo indirettamente alla sua organizzazione insieme con le parti sociali — se si immaginano istituti tripartiti. In ogni caso alle istituzioni spetta la certificazione della formazione e della qualità degli arbitri.

b) Oltre alla formazione vanno previste strutture adeguate sul territorio per sostenere un sistema conciliativo e arbitrale credibile ed efficiente. Un minimo di stabilità è necessario, come mostra anche qui l'esperienza straniera, sia per gli istituti pubblici sia eventualmente per i collegi previsti dai contratti collettivi. La stabilità non esclude verifiche periodiche sull'operato degli arbitri e dei conciliatori che devono avere la piena fiducia delle parti. L'importanza di strutture efficienti sul territorio è confermata in negativo dall'insuccesso della conciliazione obbligatoria prevista dai d.lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998. La totale inadeguatezza delle strutture periferiche del lavoro competenti in materia ha

« piccola riforma » della conciliazione e dell'arbitrato, in *DPL*, 1998, 1589 ss.; Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *ADL*, 1998, 754 ss.; Cecchella, *La riforma dell'arbitrato nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *MGL*, 1999, 178 ss.; Proto-Pisani, *La giustizia del lavoro dopo il d.lgs. 80/1998*, in *Scritti in onore di G. Giugni*, VII, Cacucci, Bari, 1999, 811 ss.

trasformato il tentativo di conciliazione nella maggior parte dei casi in un mero prolungamento dell'iter processuale o comunque in uno strumento processuale.

c) Nella fase di avvio del sistema è opportuno prevedere anche forme di sostegno economico; in particolare possono prevedersi contributi per le spese del procedimento arbitrale e conciliativo, con fondi contrattuali specifici ed eventualmente con partecipazione pubblica, nonché con sgravi fiscali per le somme attribuite sulla base dello stesso procedimento. Incentivi del genere, specie quelli del secondo tipo, possono servire a rompere il circolo vizioso ora esistente e a superare le resistenze all'uso dell'istituto arbitrale. Non dovrebbero essere concepite come definitive, ma potrebbero essere abolite una volta che il sistema di AdR si fosse consolidato.

d) Infine l'arbitrato può essere incentivato prevedendo la sospensione dei provvedimenti impugnati, in particolare dei più gravi come il licenziamento, in caso di ricorso all'arbitrato e durante il corso del provvedimento. La sanzione, incentivo della sospensione, è utilizzato in altri ordinamenti; in Italia nel caso dell'art. 7 dello *Statuto dei lavoratori* per i provvedimenti disciplinari ha dato buona prova.

5. A queste condizioni di convenienza dovrebbero accompagnarsi alcuni requisiti di contenuto già presenti in varie proposte e in parte nella normativa attuale, per migliorare il funzionamento di questo sistema ¹⁴:

a) anzitutto è opportuno prevedere che sia l'arbitrato sia la conciliazione, anche quella giudiziale, siano avviati sulla base di una completa presentazione degli atti ed elementi della controversia al fine di permettere fin dall'inizio un intervento informato, e di massimizzare le possibilità di riuscita contrastando le tendenze tradizionalmente forti alla dilazione dei tempi del procedimento.

b) Va confermata l'applicazione di alcuni principi minimi di carattere organizzativo processuale (come quelli dell'art. 412-ter c.p.c.), di garanzia per le parti: in special modo il contraddittorio; la necessità di una effettiva assistenza del lavoratore da parte del sindacato. Una ritualizzazione minima è necessaria, in particolare per l'arbitrato, pur volendo valorizzare la funzione non solo sostitutiva del processo ma quale strumento di autoregolazione del contenzioso da parte dell'autonomia collettiva.

c) Nel rispetto di questi principi minimi alle parti sociali va riconosciuto il potere di disciplinare lo svolgimento e l'ambito di operatività delle procedure conciliative e arbitrali: proprio per valorizzare la funzione dell'arbitrato come strumento di gestione autonoma ad opera delle stesse parti nella fase contenziosa. La responsabilizzazione delle parti collettive è opportuna nel contesto italiano di relazioni industriali oltre che per controllare l'andamento dell'arbi-

¹⁴ Cfr. per tutti Magnani, *Conciliazione e arbitrato*, cit.; Arrigo, *La disciplina contrattuale della conciliazione e dell'arbitrato*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 75 ss.

trato rispetto al complesso delle Relazioni di lavoro, per costruire quella fiducia reciproca nell'istituto senza la quale esso non può affermarsi ¹⁵.

d) La questione della « tenuta » del lodo arbitrale, ovvero della sua impugnabilità, è stata quella finora più dibattuta ed è sicuramente di rilievo centrale — come risulta anche da altre esperienze. Neppure essa va peraltro assolutizzata, come si sta facendo anche ora nelle proposte del governo. Si è già notato che nel « gioco delle convenienze » una assoluta inoppugnabilità del lodo potrebbe essere persino controproducente e disincentivare l'arbitrato finché questo è volontario come nel caso italiano ¹⁶. Tanto più che le due parti lavoratore e datore di lavoro, possono avere timori e valutazioni diverse circa i vantaggi dell'arbitrato rispetto al ricorso al giudice. Nell'attuale contesto di scarsa fiducia reciproca è opportuno non forzare la loro scelta, né caricarle troppo del timore che tale scelta sia definitiva e irreversibile ¹⁷.

Detto questo va tenuto conto della esigenza contrapposta che il ricorso all'arbitrato non sia solo un ulteriore grado di giudizio, sempre precario, così da vanificarne l'utilità.

Per questo va condivisa la proposta avanzata già dalla commissione Foglia nella scorsa legislatura di ammettere la impugnabilità del lodo solo davanti alla corte d'Appello — quindi con un abbreviamento dei gradi di giudizio e dell'iter decisionale.

Sui motivi dell'impugnabilità le soluzioni devono tener conto della nostra tradizione già ricordata e della logica del sistema. La non impugnabilità del lodo per violazione di norme inderogabili di legge, come risulta dalla previsione nella delega governativa di un arbitrato di equità previsto come tale *ex lege*, non è proponibile; e tanto meno si può ritenere già presente nel nostro ordinamento. Essa contrasterebbe con l'impostazione del nostro diritto del lavoro, imperniato sul principio generale della inderogabilità.

Sarebbe come attribuire all'arbitrato in via surrettizia la funzione di flessibilizzare e destrutturare l'intera normativa garantistica del nostro sistema ¹⁸.

Si può discutere, ma non è questa la sede, se e quali norme possano ancora essere flessibilizzate; e in questa misura se possa essere ammesso per determinate materie ed entro certi limiti un arbitrato secondo equità. Ma andrebbe fatto esplicitamente. Un'ipotesi plausibile è che la legge riconosca alla stessa contrattazione collettiva la possibilità di prevedere, a certe condizioni e —

¹⁵ Garanzie pubbliche sulle competenze dei terzi coinvolti nella AdR sono ritenute necessarie anche dal *Libro verde* della Unione Europea, cit., 37.

¹⁶ Cfr. Magnani, *Conciliazione e arbitrato*, cit., 30; ma il rilievo è comune: Loy, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 10.

¹⁷ Allo stesso fine si ritiene importante, e per i sindacati necessario, prevedere la possibilità per la parte debole di ritirarsi dal procedimento arbitrale entro un termine definito; cfr. Arrigo, *La disciplina della conciliazione ed arbitrato*, cit., 85; e il *Libro verde* della UE, cit., 275. La situazione è diversa nei paesi e nei casi in cui sia prevista per legge o per contratto collettivo l'obbligatorietà del ricorso all'arbitrato: cfr. Casale, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, cit., 141 ss.; ma l'autore nota che gli arbitri tendono anche qui a essere influenzati dalle decisioni giudiziarie, ed evitano decisioni contrarie a norme di legge e alle decisioni interpretative di queste (160).

¹⁸ Magnani, *Conciliazione e arbitrato*, cit., 30.

ovviamente sulla base dell'accordo degli interventi anche il ricorso all'arbitrato di equità. Si tratterebbe di una previsione parallela a quelle diffuse già al tempo del diritto del lavoro dell'emergenza che hanno delegato alle parti collettive il potere di flessibilizzare certi aspetti della regolazione del mercato del lavoro (ad esempio in materia di contratto a termine, di tutela dei lavoratori in caso di crisi aziendale ecc.). Anche qui l'ipotesi è plausibile in quanto non configuri una delegificazione generale, ma riguardi materie specifiche lasciando alle parti di approfittare o meno di queste possibilità. In ogni caso l'ammissione di un (limitato) ricorso all'arbitrato di equità dovrebbe fare salva la intangibilità delle norme e dei fondamenti del sistema quali il principio di non discriminazione, i diritti e le libertà fondamentali delle persone. Del resto negli stessi ordinamenti come quello USA dove l'arbitrato è diffusamente usato con il consenso delle parti collettive e queste hanno cercato di renderlo totalmente inoppugnabile, la giurisprudenza ha comunque inciso su tale « isolamento » ed è intervenuta per controllare che gli esiti arbitrali non violassero i principi inderogabili di legge (in quell'ordinamento più limitati che nel nostro) ¹⁹.

Inoltre può ritenersi, come già proposto in passato, che possa estendersi all'arbitrato il principio dell'art. 2113 c.c., secondo cui i componimenti raggiunti in sede di conciliazione sindacale, amministrativa e giudiziale, sono sottratti ad impugnabilità ²⁰.

È vero che la conciliazione di cui all'art. 2113 presuppone il consenso dell'interessato all'esito specifico del compromesso, mentre invece nel caso dell'arbitrato il consenso riguarda solo l'affidamento del caso. Ma questo elemento è sufficiente a giustificare lo stesso trattamento. La *ratio* non è irrimediabilmente diversa, sempre che si creino le condizioni di fiducia e di affidabilità del sistema. Piuttosto va detto che l'estensione si può sostenere solo per l'arbitrato che risolve, per il passato, una controversia — come è il caso previsto dall'art. 2113. Questo si riferisce solo alle conciliazioni incidenti su diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e non a quelle riguardanti diritti futuri, che sono nulle in radice. Non varrebbe quindi per i casi in cui l'arbitrato incida anche sulla regolamentazione generale per il futuro del rapporto di lavoro. La distinzione fra i due casi non è facile ma è possibile.

Diversa è la valutazione che si può dare alla tenuta dell'arbitrato rispetto alle disposizioni dei contratti collettivi ²¹.

Qui non c'è nessuna ragione di sistema per escludere che le decisioni arbitrali

¹⁹ Casale, *L'arbitrato nelle controversie di diritto del lavoro: una prospettiva comparata*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 160.

²⁰ De Luca Tamajo, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro, tendenze e resistenze*, in *QDLRI*, 1993, 13, 9, ss.

²¹ Cfr. anche per le varie tesi Magnani, *Conciliazione ed arbitrato*, cit., 25 ss. Sembra viceversa difficile, per i motivi già ricordati, che dalla normativa del d.lgs. n. 387/1998 risulti la inoppugnabilità del lodo anche per violazione di norma di legge, e in sostanza una sua equiparazione all'arbitrato di equità: per questa tesi Flammia, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie individuali di lavoro secondo il ddl delega del governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *Nuove forme di composizione e prevenzione delle controversie di lavoro nel ddl delega: conciliazione, arbitrato e certificazione*, ECOL, Roma 31 gennaio 2002, 20 ss.

non possano valutare autonomamente il significato delle norme contrattuali, senza essere esposte a impugnazione per loro violazione. È ben possibile che le parti collettive nella loro autonomia determinino il carattere più o meno vincolante della normativa concordata e quindi se e quali clausole del contratto collettivo siano provviste di efficacia « attenuata » dalla riserva che possono essere derogate²² da parte di una decisione arbitrale prevista e controllata dalle stesse parti (come è nel caso nostro). Non solo non c'è nessun impedimento a una simile costruzione dell'arbitrato su questioni applicative del contesto collettivo, ma precludere per legge una simile facoltà delle parti stabilendo che il lodo arbitrale sia in ogni caso esposto a impugnativa per violazione di norme del contratto collettivo è una forzatura di marca statalistica.

Riconosciuta una tale facoltà starà alle stesse parti valutare se e in che misura farne uso. Finora i motivi di diffidenza verso l'arbitrato già ricordate le hanno indotte ad escludere ogni possibile attenuazione della vincolatività delle norme contrattuali rispetto al lodo arbitrale²³. Ma la modifica del quadro di convenienze qui prospettata può indurle a una riconsiderazione del problema. Le proposte governative di passare all'estremo opposto, cioè di introdurre *ex lege* l'arbitrato di equità in ogni caso di controversia, non servono a facilitare la sperimentazione. Al contrario hanno contribuito ad irrigidire la posizioni sindacali, comprese quelle della CISL tradizionalmente più disponibile nei confronti dell'istituto.

Le stesse parti sono in grado di individuare le controversie più « accessibili » a un simile uso dell'arbitrato: ad esempio quelle che siano provviste di implicazioni solo di fatto — o comunque per le quali sia più facile isolare gli aspetti interpretativi di rilevanza contrattuale dai profili coinvolgenti l'applicazione di norme inderogabili di legge. Un successo su casi facili, ancorché circoscritti, potrebbe incoraggiare un allargamento e un consolidamento dell'esperienza arbitrale.

6. Da ultimo va considerato l'istituto della certificazione. Esso è ignoto alla nostra tradizione, ma sperimentato in altri paesi, anche vicini alla cultura giuridica italiana, come la Germania. Negli ultimi tempi si sono succedute diverse proposte per la sua valorizzazione²⁴, peraltro tuttora circondate da

²² Cfr. già Giugni, *I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RDL*, 1958, I, 73 ss. Tale soluzione non può probabilmente essere estesa ai contratti collettivi del pubblico impiego che hanno la funzione di garantire uniformità di trattamento a tutti i lavoratori in ossequio all'art. 97 Cost., e sono destinati a essere recepiti in D.P.R. cfr. Garilli, *Le procedure sindacali di conciliazione e arbitrato: l'accordo sindacati CISPEL e il contratto quadro nel settore pubblico*, in Loy (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato*, cit., 176.

²³ Una opzione diversa sembra risultare dall'accordo CISPEL che demanda alle parti la definizione dei limiti al potere decisionale degli arbitri, almeno per quanto riguarda il rapporto con le norme contrattuali. Ma la norma è ambigua: cfr. Garilli, *Le procedure sindacali*, cit., 173.

²⁴ L'argomento ha attratto crescenti attenzioni anche dalla dottrina, a partire soprattutto dalle ipotesi contenute nel progetto di *Statuto dei nuovi lavori*, elaborato da Biagi per il Ministero del lavoro nel 1998: cfr. gli interventi di Magnani, Napoli in *DRI*, n. 3, 1998, 297 ss.; Biagi-Tiraboschi, in *LD*, 1999, 571 ss.; anche per i commenti al ddl 2049 (Smuraglia): Dall'Olio, *La subordinazione*

diffusa diffidenza. Ad alimentarla contribuisce una qualche oscillazione o ambiguità circa la rilevanza del procedimento di certificazione. Qui come nel caso dell'arbitrato, va respinta la tentazione di utilizzare l'istituto come via indiretta per flessibilizzare o destrutturare l'impianto normativo del diritto del lavoro²⁵. Così sarebbe se si attribuisse alla certificazione il potere di accertare il tipo di rapporto di lavoro costituito fra le parti con valore vincolante per il giudizio. Per questa via infatti si potrebbero sottrarre all'applicazione della normativa protettiva rapporti definiti come autonomi o parasubordinati in via certificativa che pur presentino i caratteri propri del lavoro subordinato secondo la definizione usualmente accolta dalla giurisprudenza. Una simile conclusione è peraltro esclusa dalle proposte più recenti, dal ddl 2049 del 1999 alla legge delega del governo (n. 848 del 2001). Entrambe precisano che la certificazione e in particolare il comportamento tenuto dalle parti in quella sede costituiscono non più che elementi di valutazione da parte della autorità giudiziaria.

A questa resta sempre possibile accertare una qualificazione diversa da quella certificata dalle parti e dalla stessa amministrazione pubblica; sia nel caso (più ovvio) in cui si siano verificati scostamenti di fatto nello svolgimento del rapporto rispetto a quanto dichiarato in sede di certificazione, sia nel caso in cui il giudice ritenga inesatta l'individuazione del tipo operata in sede certificativa. Anche se la rilevanza del procedimento certificativo è circoscritta, la sua utilità pratica non può essere sottovalutata.

Anzitutto per il contributo che può dare alla chiarezza e certezza dei rapporti, in particolare nell'area grigia di confine fra lavoro autonomo e subordinato e in generale dei lavori atipici o nuovi²⁶. Una pratica sistematica di certificazione concordata fra le parti collettive e ancora più con la validazione dell'autorità amministrativa competente in tema di mercato di lavoro, può acquistare un valore « persuasivo » crescente nel tempo fino a diventare un elemento tipico di riferimento per gli operatori e per la stessa magistratura. I concetti di autonomia e di subordinazione sono definibili in termini solo approssimativi, se non generici, dal legislatore. La loro puntuale identificazione, come l'accertamento delle fattispecie concrete riconducibili ai tipi legislativi, dipende da valutazioni per approssimazione che tengono conto appunto della (via via mutevole) tipicità sociale dei rapporti quale risulterebbe dalle pratiche degli operatori.

Orbene la certificazione può essere un elemento significativo se non decisivo

nell'esperienza italiana, in *ADL*, 1998, 697; Montuschi, *Un nuovo lavoro da regolare*, ivi, 683; le relazioni di Pedrazzoli e Ferraro, in *DLRI*, 1998, 509 ss.; 438 ss.; da ultimo Ghera, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *ECOL*, *Nuove forme di composizione*, cit., 27 ss.

²⁵ Nello statuto del 1998 la certificazione era anche strumentale a un possibile allargamento dell'area di derogabilità assistita della normativa lavoristica; la portata di questo allargamento era tuttavia alquanto indefinita e affidata a un processo concertativo fra parti collettive e Ministero del Lavoro.

²⁶ Ghera, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 30.

per identificare gli elementi standard che caratterizzano i vari lavori e la loro riferibilità ai vari tipi normativi. Il suo valore è particolarmente apprezzabile in un momento come l'attuale caratterizzato dall'accentuata diversificazione e variabilità dei lavori. Può a sua volta accentuarsi qualora la sistematicità della certificazione venisse valorizzata nei rapporti interistituzionali: in particolare con la costituzione di banche dati presso le varie categorie e le amministrazioni interessate — compresi ispettorati ed enti previdenziali cui spetta il controllo sulla correttezza degli inquadramenti professionali e dei lavori.

È inoltre ipotizzabile che gli accertamenti ispettivi di questi vengano concentrati proprio sui rapporti non volontariamente certificati, al pari di quanto avviene per le verifiche fiscali²⁷. Il che comporterebbe il rafforzamento degli effetti della certificazione volontaria ma sistematica: sia quelli di controllo sia quelli dissuasivi nei confronti di fughe fraudolente dal lavoro subordinato verso lavori autonomi o parasubordinati.

Una indicazione del genere si ricava dalla recente normativa in tema di rapporti dei soci di cooperativa (legge n. 142/2001), che è già intervenuta in materia con orientamenti simili a quelli qui proposti. Essa infatti prevede già una funzione certificativa da parte del regolamento della cooperativa in ordine alla natura subordinata, autonoma o parasubordinata, dei rapporti di lavoro dei soci e la possibilità di ispezioni anche straordinarie « finalizzate » ad accertarne la correttezza in relazione alle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative.

Un orientamento simile si riscontra in alcune categorie. In particolare il Ccnl dei liberi professionisti delle case di cura private prevede, a garanzia della volontà delle parti, che le stesse utilizzino appositi moduli concordati dalle associazioni rappresentative, ove si specificano le caratteristiche del rapporto di lavoro in relazione alla sua natura. Ciò mostra che la scelta certificatoria è già possibile attualmente per iniziativa autonoma delle parti sociali — che la ritengono evidentemente utile; a conferma che un sostegno legislativo non cadrebbe nel vuoto ma potrebbe contribuire a diffondere una simile buona pratica.

L'utilità della pratica certificatoria dipende come per tutte le Adl, dalla sua effettiva diffusione e dalla fiducia che le parti vi ripongono. La prova concreta del suo funzionamento e della correttezza del suo uso può contribuire a costruire questa fiducia. Anche per questo è opportuno configurare come sperimentale la normativa di sostegno e seguirne l'applicazione con forme di verifica e di monitoraggio, che permettano eventuali adattamenti in itinere. È altresì opportuno che il legislatore riconosca il ruolo delle organizzazioni rappresentative delle parti sociali e dei loro Enti bilaterali nella concreta configurazione delle pratiche certificatorie. Il carattere « persuasivo » e non vincolante dell'istituto esclude che si configuri qui l'attribuzione a soggetti privati di un ruolo certificatorio indebito (in quanto pubblico).

D'altra parte i soggetti rappresentativi sono i più competenti a seguire le

²⁷ *Idem*, 27.

evoluzioni dei vari tipi di lavoro e a discernere le tendenze standard per certificarle. L'autorità amministrativa — cioè le strutture territoriali della amministrazione del lavoro — può svolgere un ruolo sia di assistenza-integrazione dell'attività delle parti sociali, sia di intervento in caso di mancata costituzione di sistemi certificativi ad opera delle stesse associazioni ²⁸.

²⁸ Il ddl 2049 era nel secondo senso; il ddl delega del governo attuale prevede una competenza concorrente o mista fra intervento privato e intervento amministrativo, come nel caso della conciliazione. Un problema specifico riguarda i soggetti abilitati al procedimento di certificazione. Sganciare la certificazione dalla competenza esclusiva degli attuali sindacati (e dei loro contratti nazionali), che sono poco rappresentativi dei lavoratori atipici, per valorizzare il ruolo delle associazioni di questi, può contribuire a stimolare la sindacalizzazione; ma può favorire di contro la proliferazione di Enti costituiti da associazioni poco rappresentative: cfr. Napoli, *Verso un nuovo statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 1998, 299; Ghera, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 32.

Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni

Rosario Santucci

Sommario: **1.** Premessa. — **2.** Il lavoro interinale. — **3.** Il part-time. — **3.1.** Il part-time alla luce della legislazione speciale... — **3.2.** e di quella « privatistica ». — **3.3.** Note conclusive. — **4.** Il contratto di lavoro a tempo determinato. — **5.** La flessibilità nelle pubbliche amministrazioni nel ddl 848 e nell'Atto di indirizzo dell'Organo di coordinamento dei comitati di settore: un passo indietro e uno avanti?

1. La griglia di riflessioni inviata da Lorenzo Zoppoli come *guide lines* per le relazioni e gli interventi programmati a questo convegno, mi invita a considerare, dal punto di osservazione della contrattazione collettiva nel settore pubblico, tre essenziali profili (interessi meritevoli di tutela; loro bilanciamento; tecniche di regolazione utilizzate o da sviluppare) attinenti ai contratti di lavoro flessibile che, dal nostro legislatore, sono stati regolati o ri-regolati negli ultimi 5 anni (lavoro interinale, part-time, contratto a tempo determinato ¹).

Per evitare il rischio di una mera descrizione delle regole sociali, laddove vi siano, mi pare opportuno analizzare i contratti collettivi in « controllo » rispetto all'assetto di tali profili nelle fonti legislative: in tal modo è tendenzialmente possibile verificare il « valore aggiunto » della contrattazione collettiva, la coerenza o l'incoerenza delle regole contrattuali con quelle legali, la capacità o l'incapacità di far emergere e/o bilanciare gli interessi implicati, il ruolo reale o, in qualche caso potenziale, del contratto collettivo rispetto a quanto prefigurato — o immaginato — nel quadro legislativo.

La riflessione sulle regole sociali nel settore pubblico non può, poi, non essere condizionata dalla scarsa utilizzazione dei contratti flessibili nelle amministrazioni pubbliche: essa si assesta intorno al 6% del totale dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato (secondo dati aggiornati ad aprile 2001 ²); e in tale percentuale la parte da leone è svolta dal rapporto di lavoro part-time « scelto » dal dipendente, che, tendenzialmente, può considerarsi estraneo alle esigenze di flessibilità delle amministrazioni pubbliche. Pertanto, l'analisi della disciplina non può prescindere dall'interrogativo sul grado di incidenza delle

* *Rosario Santucci è professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università del Sannio.*

¹ Su questi contratti è stata incentrata la riflessione nelle Giornate di studio dell'Aidlass.

² Si tratta di dati attinti dalla ricerca di Bordogna (a cura di), *Contrattazione integrativa e gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. Un'indagine sull'esperienza del quadriennio 1998-2001*, Franco Angeli, Milano, 2002.

regole sociali su questo *trend* così deludente dei lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni.

La domanda presuppone, ovviamente, che anche nelle amministrazioni pubbliche le innovazioni tecnologiche, la terziarizzazione dell'economia, l'adeguatezza del servizio alle sfide del mercato, esigono gestioni organizzative e del lavoro che sappiano praticare la flessibilità.

Con ciò non ho intenzione di credere nel « verbo » o « mito » della flessibilità ³: come se la flessibilità fosse la panacea, il fiore della modernità da esibire all'occhiello, la bacchetta magica che risolve i problemi organizzativi e/o gestionali. Sono ben consapevole che la flessibilità della forza lavoro indica disponibilità a flettersi ⁴, a non opporsi alle esigenze dell'impresa; ma sono anche ben consapevole che, tra due estremi (flettersi/non flettersi), esiste una via intermedia (flessione socialmente controllata) che comunque incontra il limite insormontabile del rispetto dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ⁵. La flessibilità del lavoro non è l'ultima *chance* dell'imprenditore per rendere più efficiente il proprio sistema organizzativo e/o produttivo: anzi è solitamente la prima, e sotto certi aspetti la più facile, e dunque la più rischiosa perché potrebbe evitare di fare i conti con i problemi strutturali dell'organizzazione. I limiti ragionevoli, non pregiudiziali, alla flessibilità servono, paradossalmente, a rendere le scelte, organizzative e produttive, economicamente più razionali.

2. Entro nel merito dell'analisi delle regole contrattuali sulle varie forme contrattuali, prendendo le mosse dal contratto di lavoro temporaneo.

A) Le esigenze di flessibilità delle aziende, appagabili con il lavoro temporaneo, sono state individuate, in parte, direttamente dalla l. n. 196/1997, che ha determinato i casi in cui è possibile stipulare il contratto di lavoro interinale o in cui è vietata la fornitura di lavoro temporaneo, e sono determinate in parte dalla contrattazione collettiva, a cui la l. 196 ha rinviato.

Sotto il primo profilo, la legge n. 196/1997, oltre ad individuare due specifici casi in cui si possono stipulare contratti di fornitura di manodopera (temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; sostituzione dei lavoratori assenti: art. 1, c. 2, lett. b) e c), consente ai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, di prevedere ulteriori casi (art. 1, c. 2, lett. a).

Come si è comportata la contrattazione collettiva?

Nel settore pubblico, registriamo, innanzitutto, due livelli contrattuali centra-

³ V. al riguardo sui « miti d'oggi », Gaeta, *Nuove regole per il lavoro che cambia?*, in *DML*, 2001, 471 ss.

⁴ Come sottolinea Gaeta, *op. ult. cit.*, citando Gallino, 472.

⁵ V. le riflessioni di Zoppoli, *Flexibility and Employment*, in *Dml-online*, 1999, n. 1, sull'auspicabile rapporto virtuoso tra il « lavoro » e il « mercato ».

lizzati: il contratto collettivo nazionale quadro 9 agosto 2000 ⁶, che ha fissato i criteri nell'ambito dei quali individuare le esigenze che possono soddisfarsi con il lavoro interinale; dall'altro, ha rinviato alla contrattazione di comparto. L'art. 2 del contratto quadro prevede, dunque, la possibilità di stipulare contratti di fornitura di lavoro temporaneo « per soddisfare esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità di reclutamento ordinario previste dallo stesso d.lgs. n. 29/1993 » (art. 1, c. 1). E comunque: « In nessun caso il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo può essere utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze organiche » (art. 2, c. 2). In effetti, a ben vedere, permette l'utilizzazione adeguata della forma contrattuale, in quanto essa è consentita per fronteggiare situazioni di sviluppo temporaneo dell'attività della pubblica amministrazione, che rappresenta una delle variabili delle esigenze di flessibilità di imprese pubbliche e private, dove il contratto di lavoro interinale si dimostra più competitivo ⁷.

In secondo luogo, ho detto che il contratto quadro rinvia alla contrattazione di comparto ⁸, per specificare le ipotesi di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo, fermo restando quelle di cui all'art. 1, c. 2, lett. b) e c), l. n. 196/1997. Appare evidente dalla formulazione del contratto quadro che, ancor prima della specificazione delle ipotesi da parte della contrattazione di comparto, si potesse utilizzare la tipologia di ipotesi legali e delle ulteriori ipotesi rispondenti ai requisiti delineati dall'art. 1, c. 1, del contratto quadro stesso (ponendosi la disciplina dei contratti di comparto solo come eventuale, nella specificazione dei criteri ⁹: sotto questo profilo si può anzi dire che il contratto quadro si pone su una linea di apertura verso l'utilizzazione del lavoro temporaneo nelle amministrazioni pubbliche, purché non diventi un metodo per risolvere, stabilmente e continuativamente, le carenze di organico.

I contratti collettivi di comparto intervenuti in materia (Università, Enti locali,

⁶ Tra Aran e Cgil, Cisl, Uil, Confsal, Cida Cisal, Confedir e Cosmed.

⁷ Per *situazioni di sviluppo temporaneo* s'intendono quelle situazioni in cui l'impresa ha bisogno di incrementare temporaneamente la sua dotazione di risorse per rispondere ad una sollecitazione proveniente dal contesto esterno e/o interno: ordine non previsto; domanda stagionale; risoluzione di un problema spot (introduzione di un nuovo sistema informativo) oppure campagne che richiedono risorse e professionalità specialistiche per limitati periodi di tempo. Per l'individuazione delle variegate esigenze della flessibilità organizzativa v. Consiglio, Moschera, *Le società di fornitura di lavoro temporaneo in Italia. Organizzazione e performance*, Franco Angeli, Milano, 2001, spec. 53 ss. (che distinguono le precedenti situazioni da quelle di sviluppo non necessariamente temporaneo, a cui pure può rispondere la fornitura temporanea di manodopera: l'impresa sente l'esigenza di crescere e la flessibilità gli consente di affrontare le contingenze della crescita ridimensionando il rischio imprenditoriale connesso alla crescita; di crisi temporanee o non necessariamente temporanee).

⁸ E a quella relativa alle aziende e agli enti di cui all'art. 73, c. 5, d.lgs. n. 29/1993: ora art. 70, c. 4, d.lgs. n. 165/2001.

⁹ Concordo con Ricci, *Profili di disciplina nel lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni*, in *DML*, 2001, n. 2, 310, alla cui attentissima valutazione devo la profondità — almeno credo — della mia analisi.

Enti Pubblici non economici, Ministeri, Sanità, Ricerca ¹⁰) hanno poi « specificato » le ipotesi (tranne Università e Ricerca): per cui è evidente che, una volta individuate le ipotesi — a meno che non si tratti di un'indicazione esemplificativa —, perde di rilevanza la clausola elastica (a carattere teleologico) contenuta nell'art. 1, c. 1, del contratto quadro, in quanto dalla formulazione letterale delle clausole contrattuali le ipotesi individuate sembrano avere carattere esaustivo e non esemplificativo ¹¹. I contratti dell'Università (art. 21, c. 1) e della Ricerca (art. 22, c. 1) si distaccano dagli altri perché individuano i casi in modo non specifico ma generico, riprendendo (« fotocopiando ») l'art. 1, c. 1, del contratto quadro. Gli altri contratti collettivi invece presentano alcuni « nuclei » comuni di ipotesi di ricorso al lavoro temporaneo: punte di attività connesse ad esigenze eccezionali, flussi straordinari di utenza, assistenze nel campo della prevenzione, della sicurezza e dell'ambiente di lavoro, utilizzo di lavoratori temporanei per coprire posti vacanti sia nel caso di professionalità non previste nell'ordinamento professionale (Enti Pubblici; Ministeri; Sanità; Enti Locali: in quest'ultimo caso eventualmente per sperimentare la necessità), sia in caso di eventi eccezionali e motivati non considerati in sede di programmazione dei fabbisogni, in presenza di effettive carenze della pianta organica, a condizione che sia stata attivata la procedura ordinaria di reclutamento, sia per particolari fabbisogni professionali, connessi all'attivazione e aggiornamento. Si riscontrano disomogeneità nei contratti solo sul punto dei limiti temporali alla durata della missione: i contratti Enti Pubblici e Ministeri pongono una disciplina più dettagliata e penetrante.

Definendo le specifiche ipotesi, i contratti sembrano più vincolanti rispetto agli altri, limitando le scelte dell'amministrazione. Ma a ben vedere le ipotesi di ricorso al lavoro temporaneo coprono una larga gamma di esigenze delle amministrazioni, per cui non può negarsi lo sforzo dei contratti nazionali di lasciare spazio alle esigenze della pubblica amministrazione, ad esigenze ricorrenti di tutte le pubbliche amministrazioni (esigenze meritevoli di tutela). Ciò è tanto vero che i contratti collettivi Enti Pubblici e Ministeri prevedono la possibilità che la durata dei contratti di lavoro temporaneo comprenda periodi di affiancamento per il passaggio delle consegne per un massimo di 15 giorni; i contratti Enti Locali e Sanità no ¹².

Se la contrattazione di comparto ha specificato le ipotesi e in due casi ha ripreso la formulazione generica del contratto quadro, si può dire che, in linea prevalente, il contratto collettivo, interviene direttamente sull'individua-

¹⁰ Più precisamente: per i Ministeri, art. 20 Ccnl 16 maggio 2001, integrativo del Ccnl 16 febbraio 1999; per la Sanità, art. 32 Ccnl 20 settembre 2001, integrativo del Ccnl 7 aprile 1999; per gli Enti pubblici non economici, art. 35 Ccnl 14 febbraio 2001, integrativo del Ccnl 16 febbraio 1999; per l'Università, art. 21 Ccnl 9 agosto 2000; per le Regioni ed autonomie locali, art. 2 Ccnl 14 settembre 2000, successivo al Ccnl 1° aprile 1999; per le Istituzioni e gli Enti di ricerca, art. 22 Ccnl 21 febbraio 2002.

¹¹ In questo senso anche Ricci, *op. cit.*, 311, che però non propone l'ipotesi della esemplificazione.

¹² Anche se, come suggerisce Ricci, *op. cit.*, si può applicare l'art. 27 Ccnl LT, che detta regole in materia di anticipazione e posticipo dei termini di durata del contratto: 312.

zione/esclusione dei casi; in via residuale, indica criteri nell'ambito dei quali le singole amministrazioni possono far ricorso al lavoro interinale (tecniche di regolazione).

Colpisce la mancata attivazione del livello decentrato-integrativo di contrattazione, non precluso dalla legge, livello che avrebbe consentito un maggior apprezzamento e l'emersione delle necessità specifiche di ciascun settore con effetti virtuosi di arricchimento della successiva contrattazione collettiva nazionale, consentendole di superare l'eccessiva omogeneità che caratterizza le discipline dei comparti (tecniche di regolazione).

È evidente che le mie valutazioni hanno carattere generale; solo esaminando la disciplina comparto per comparto e valutando le esigenze concrete delle varie amministrazioni dei diversi comparti, potrebbe essere verificata fino in fondo l'adeguata emersione delle esigenze aziendali specifiche.

Sotto il secondo profilo — casi in cui è vietata la fornitura di lavoro temporaneo — una valutazione attenta va effettuata della facoltà conferita dalla l. n. 196/1997 (art. 1, c. 4, lett. a) come sostituita dall'art. 64, c. 1, lett. b), l. n. 488/1999) ai contratti collettivi nazionali, stipulati dai sindacati comparativamente rappresentativi, di individuare le mansioni per le quali è vietata la fornitura di lavoro interinale, con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può rappresentare maggiore pericolo per la sicurezza del lavoratore o di soggetti terzi.

Il contratto quadro ha rinviato ai contratti di comparto (art. 2).

I contratti di comparto hanno identificato ora specifiche aree o categorie (A e/o B, riferite a personale con qualifiche medie-basse), ora precisi profili professionali¹³. Qui la contrattazione collettiva ha ripreso la normativa legale precedente, ora superata (l'esclusione del lavoro interinale per le qualifiche di esiguo contenuto professionale), limitando forse eccessivamente il bacino delle professionalità acquisibili con il contratto di lavoro temporaneo che, nell'ambito delle categorie od aree considerate, non sono poi generalmente tutte di esiguo contenuto professionale¹⁴. La contrattazione collettiva avrebbe dovuto restringere di più i casi vietati. Anche in quest'ipotesi con tecnica di regolazione non del tutto accentrata.

A tal proposito si distacca dal gruppo delle regole contrattuali omogenee, la disposizione del contratto Sanità (art. 32, c. 4), che rimette alla valutazione delle aziende la possibilità di ricorrere alla forma di flessibilità « per le esigenze dei servizi di emergenza ». Qui si è in presenza di una disciplina contrattuale, che individua una specifica esigenza aziendale, rimettendo all'azienda stessa la facoltà di non ricorrere alla forma flessibile.

Si assiste, dunque, sotto il profilo della tecnica di regolazione, da un lato, ad una prevalente regolamentazione diretta da parte della contrattazione collettiva,

¹³ Anche Ricci, *op. cit.*, 313.

¹⁴ Ad esempio, nei Ministeri il personale aree A1 e B1 raccoglie lavoratori che svolgono attività ausiliarie e specialistiche, utilizzabili in certi casi con lavoro interinale — guida dei veicoli A1; B1: attività di segreteria, sportellisti; nella categoria B dell'Università c'è personale dell'area amministrativa contabile e così via.

per giunta strettamente ristretta al livello nazionale ¹⁵; dall'altro lato, ad una sorta di *deregulation*, con affidamento del compito di escludere certe professionalità direttamente all'azienda. In ambedue i casi, « salta » il livello decentrato-integrativo di contrattazione collettiva, là dove tale livello potrebbe svolgere una valutazione più adeguata delle specificità e più conforme alla *ratio* della legge, che ha previsto in materia un sistema di controllo sociale.

B) L'art. 1, c. 8, della l. n. 196/1997 stabilisce che i prestatori di lavoro temporaneo non possono superare la percentuale dei lavoratori occupati nell'impresa, in forza di contratto a tempo indeterminato, stabilita dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa stessa, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

È nota la finalità che si persegue conferendo la possibilità ai contratti collettivi di introdurre clausole di contingentamento.

Tanto l'art. 3 del contratto quadro, quanto i contratti di comparto — con clausola standard — fissano tale « contingentamento » al 7%, calcolato, su base mensile, rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso ciascuna amministrazione, arrotondato all'unità superiore in caso di frazioni.

I dati che risaltano ¹⁶, inducendo a riflettere sull'apprezzamento e bilanciamento degli interessi in gioco nonché sulle tecniche di regolazione, sono i seguenti: *a*) la percentuale è più bassa rispetto a quella che normalmente avviene nel settore privato (8/13%): nel settore pubblico, si è dunque tendenzialmente meno disponibili a ricorrere a tale forma flessibile; *b*) non si distingue fra le singole ipotesi, con applicazione del contingentamento a tutte le ipotesi, anche a quelle legali; nel settore privato, invece, vi sono percentuali mobili assai più elevate che tengono conto di ulteriori categorie di lavoratori atipici con compensazione nell'ambito della percentuale complessiva ovvero diluizione del calcolo di quest'ultima entro archi temporali più estesi (in genere su base trimestrale) (l'arco mensile è più rigido). Di conseguenza l'omogeneità e la rigidità del calcolo della percentuale di contingentamento confermano un'attenzione scarsa alle diverse esigenze della flessibilità; *c*) la percentuale di contingentamento è inoltre indicata dai contratti nazionali: vi è dunque un'omogeneità che riguarda tutti i comparti e che difficilmente risulta convincente di fronte alle diverse esigenze non solo qualitative ma quantitative tra tutte le pubbliche amministrazioni. Si può pensare che il tetto sia stato posto dal contratto nazionale, senza rinvio alla contrattazione integrativa, perché preoccupati dalla reazione ancora più restrittiva del secondo livello di contrattazione: ma anche tale rischio, con la fissazione di tetti minimi e massimi, si sarebbe potuto escludere, esaltando le scelte locali e tentando di arricchire il sistema contrattuale nel suo complesso ¹⁷.

¹⁵ Dello stesso avviso cfr. Saracini, *Contratti collettivi di diverso livello e lavori flessibili*, in *DML*, 2001, n. 3.

¹⁶ Rilevati anche da Ricci, *op. cit.*, 314-315.

¹⁷ Con riguardo alla clausola di contingentamento, si potrebbe affrontare il problema relativo al caso dello sfondamento del tetto e degli effetti giuridici che si producono. Le soluzioni ovviamente non sono diverse da quelle che si prospettano nel settore privato (per le varie tesi v. Ricci, *op. cit.*).

C) Sul trattamento economico spettante al lavoratore temporaneo, la l. n. 196/1997 stabilisce il principio di non discriminazione — di uniformità di trattamento — tra lavoratori temporanei e dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice: i primi hanno diritto ad un trattamento, che deve essere « non inferiore » rispetto a quello dei secondi. Ed inoltre prevede che i contratti delle imprese utilizzatrici stabiliscano modalità e criteri per la determinazione e la corresponsione dei compensi correlati ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa (art. 4, c. 2).

Anche in questo caso abbiamo una duplice regolazione contrattuale.

L'art. 4 del contratto quadro riconosce ai lavoratori temporanei, quando partecipino a programmi e progetti di produttività presso l'amministrazione, il diritto all'erogazione dei relativi trattamenti economici accessori, rinviando alle previsioni dei contratti collettivi dei diversi comparti (art. 4, c. 1). Inoltre, con rinvio questa volta alla contrattazione collettiva decentrata integrativa, individua tale livello contrattuale come competente a determinare specifiche condizioni, criteri e modalità per la corresponsione di tali trattamenti accessori, in relazione alle caratteristiche organizzative delle amministrazioni.

Alcuni contratti di comparto¹⁸ prevedono la corresponsione di eventuali trattamenti accessori nell'ambito delle finalità previste dai fondi di finanziamento dei trattamenti accessori, anche se le risorse economiche devono essere previste nel finanziamento complessivo del progetto di utilizzo del lavoro temporaneo. In concreto, è competenza della contrattazione collettiva integrativa prevedere la corresponsione eventuale dei trattamenti accessori.

In sintesi, da un lato, sulla scorta di quanto previsto dalla l. n. 196/1997, i lavoratori temporanei, in base al contratto quadro, hanno diritto al trattamento accessorio « di produttività », con competenza del contratto collettivo integrativo. Dall'altro lato, alcuni contratti di comparto stabiliscono la possibilità della

La tesi più convincente è quella secondo la quale le clausole di contingentamento hanno efficacia reale, la cui violazione determina la nullità dei contratti stipulati in eccedenza, salvo diversa previsione dei contratti collettivi; nel settore pubblico, il contratto, oltre la soglia, determina la nullità, fatta salva l'applicazione dell'art. 2126 c.c., con conseguente diritto del lavoratore alla corresponsione della retribuzione e al versamento dei contributi previdenziali relativi al periodo di svolgimento della prestazione, nonché la configurabilità della pretesa al risarcimento del danno ex art. 36, c. 8, d.lgs. n. 29/1993 (ora 36, co. 2, d.lgs. n. 165/2001), ulteriore rispetto al compenso per la prestazione di fatto ex art. 2126 c.c. (perdita di *chance* — azione di responsabilità nei confronti del dirigente che abbia agito con dolo o colpa grave). Non condivisibile appare l'idea (Romei, *La contrattazione collettiva in materia di lavoro temporaneo: un bilancio*, in *DML*, 2000, n. 2, 83), secondo cui la violazione del limite percentuale possa equipararsi ad un'ipotesi di illegittima fornitura di lavoro temporaneo, con conseguente applicazione delle sanzioni previste dalla l. 1369/1960: questa sanzione sembra trovare applicazione solo nei casi di violazione espressamente richiamati dall'art. 10, c. 1, tra i quali non figura la violazione del limite quantitativo). Il problema comunque è l'individuazione del soggetto che fa valere la nullità. Se la violazione della clausola si considerasse anche violazione di una clausola obbligatoria, con possibilità per le oo. ss. di ricorrere al giudice per comportamento antisindacale (art. 28 Stat. lav.), si produrrebbero sul rapporto di lavoro le conseguenze della nullità appena delineate.

¹⁸ V. ad es. art. 32 Sanità; art. 35 Enti Pubblici; art. 20 Ministeri.

corresponsione dei trattamenti accessori, ampliando ancor di più la previsione del contratto quadro, ma rimettendo la decisione al contratto collettivo integrativo.

In questo campo, la risposta della contrattazione è del tutto coerente con quanto stabilito dalla l. n. 196/1997. È garantita la corresponsione della retribuzione di produttività, ma è del tutto evidente che, in via di fatto, le risorse utilizzabili dovranno essere stanziare dalle aziende in sede di determinazione dell'ammontare del Fondo di finanziamento dei trattamenti accessori. Possono essere corrisposti altri trattamenti accessori: la decisione è rimessa al livello decentrato di contrattazione e, in questo caso, in modo chiaro, è detto che il finanziamento deve essere specificamente programmato dall'azienda nel progetto di utilizzo del lavoro temporaneo.

Rispetto agli « altri trattamenti accessori » — che alcuni contratti nazionali rimettono alla decisione del livello decentrato, altri non se ne occupano ¹⁹ — può essere interessante stabilire il criterio in base al quale il lavoratore interinale ne abbia o meno diritto. Nel senso che se il lavoratore interinale è chiamato a svolgere una funzione di responsabilità a cui è connessa un'indennità economica dalla contrattazione collettiva integrativa, è assai difficile escludere dal beneficio il lavoratore temporaneo solo per la temporaneità del suo incarico. Nella garanzia del trattamento non inferiore previsto dalla l. n. 196/1997 non possono escludersi i compensi — tra l'altro fissati in base alla contrattazione collettiva — dettati da ragioni oggettive.

D) Per i diritti sindacali sono note le garanzie assicurate dall'art. 7 della l. n. 196/1997 a favore dei lavoratori temporanei ²⁰. I contratti collettivi, per un verso, confermano e specificano (relativamente all'assemblea) i diritti individuali dei lavoratori; per l'altro verso, arricchiscono i diritti di informazione delle rappresentanze sindacali, dimostrando un forte interesse al controllo dell'uso della forma flessibile. L'art. 5 del contratto quadro, infatti, prevede una serie di miglioramenti della disciplina legislativa: *a*) amplia l'oggetto dell'informazione preventiva richiedendo che la stessa abbia per oggetto il contenuto, anche economico, dei contratti di fornitura, la durata dei contratti di lavoro temporaneo ed i relativi costi; *b*) amplia l'oggetto dell'informazione successiva alle comunicazioni necessarie per la verifica del rispetto della percentuale di

¹⁹ V. ad es. art. 2 Enti Locali; art. 22 Ricerca; art. 21 Università.

²⁰ Il lavoratore temporaneo ha diritto ad esercitare, verso l'impresa utilizzatrice, i diritti di libertà e attività sindacale, ivi compreso il diritto di partecipare alle assemblee del personale dipendente dalle imprese utilizzatrici; a carico dell'impresa utilizzatrice sono previsti obblighi di informazione sindacale a favore della rsu ovvero delle rappresentanze aziendali e, in mancanza, delle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, informazione che assume due diverse modalità: *a*) preventiva, su numero e motivo del ricorso al lavoro temporaneo, che deve precedere la stipulazione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo, salve motivate ragioni di urgenza e necessità, nel qual caso l'informazione deve essere data nei cinque giorni successivi; *b*) successiva, su numero, motivi e durata dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo, numero e qualifica dei lavoratori interessati: essa va fornita ogni 12 mesi anche tramite l'associazione dei datori di lavoro cui l'impresa utilizzatrice aderisce o conferisce mandato.

contingentamento; c) aggiunge all'obbligo di informazione quello di consultazione; d) individua nella delegazione abilitata alla contrattazione decentrata integrativa il beneficiario di diritti di informazione e consultazione, così come definiti o ridefiniti dalla disciplina contrattuale; e) consente alla contrattazione di comparto (e a quella relativa ad aziende ed enti *ex art. 70 d.lgs. n. 165/2001*) di stabilire forme diverse di partecipazione sindacale, a condizione che sia garantita alle amministrazioni la possibilità di un tempestivo ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo per il soddisfacimento delle proprie esigenze organizzative.

I contratti di comparto si sono limitati a prevedere che le materie oggetto di informazione preventiva siano fornite anche, con informazione successiva, alle oo.ss. di categoria firmatarie del Ccnl e all'Aran ²¹.

E) Qualche rilievo conclusivo sulla disciplina contrattuale. Non c'è dubbio che la disciplina contrattuale tenti di coniugare spazi di flessibilità con garanzie dei diritti dei lavoratori ²² e soprattutto con il controllo dell'uso della forma flessibile da parte delle forze sociali. La contrattazione evidenzia comunque *deficit* nelle tecniche di regolazione, caratterizzate da un eccessivo accentramento ²³ ed esagerata restrizione — qualitativa e quantitativa — nell'utilizzazione della tipologia contrattuale, riservata ad alcune professionalità o limitata al 7% della forza lavoro a tempo indeterminato, senza alcuna modulazione tra le varie « causali ». Ciò può avere ripercussioni anche sull'emersione delle esigenze di flessibilità delle specifiche amministrazioni e sulla quantità esigua di ricorso al lavoro temporaneo. Il contratto collettivo, senza intaccare garanzie sociali, consente un migliore bilanciamento degli interessi e un'emersione più realistica delle concrete e diversificate esigenze di flessibilità delle varie e diverse amministrazioni pubbliche.

I risultati più deludenti sembrano tuttavia dovuti prevalentemente ad altri fattori perché la disciplina contrattuale — unitamente a quella legislativa — dal punto di vista sia qualitativo, sia quantitativo, lascia spazio ai contratti di lavoro temporaneo. Le causali previste infatti sono idonee, in buona parte, a rispondere alle esigenze di flessibilità delle amministrazioni pubbliche, dove molto spesso occorre gestire situazioni temporanee di crescita senza cambiare aspetto (sostituzione dei lavoratori assenti, specie quella di lungo periodo — maternità/aspettativa — ed è importante la previsione dei contratti collettivi, che prevede l'affiancamento; realizzare programmi di miglioramento interno [progetti spot] che richiedono professionalità specialistiche, di cui l'amministrazione non è dotata ed in seguito non ne ha bisogno, per limitati periodi di

²¹ V. art. 2, c. 11, Enti Locali; art. 35, c. 11, Enti Pubblici; parzialmente, solo ai sindacati firmatari, art. 32 Sanità e art. 20 Ministeri.

²² V. in tal senso Ricci, *op. cit.*, 330-331; non condivido, come fattore di freno, la frustrazione dell'aspettativa di stabilizzazione generata dalla clausola di non reversibilità: perché non credo che le agenzie, investite delle richieste delle pubbliche amministrazioni, si « rifiutino » per tale motivo di fornire manodopera o abbiano difficoltà a reperire manodopera.

²³ Il rinvio della legge alla contrattazione collettiva nazionale non esclude un rinvio del contratto nazionale a quello decentrato: in tal senso v. Romei, *op. cit.*, 80 ss.

tempo; smaltire carichi di lavoro arretrato [pratiche e progetti da istruire etc.]; informatizzare la struttura, gestibile con il personale in servizio che però non basta o non ha le competenze per progettarela). Il lavoro temporaneo garantisce alla PA risorse umane « formate » e immediatamente disponibili, consentendo di cogliere opportunità che altrimenti andrebbero perse (quindi: reversibilità della crescita, rapidità nella risposta al grado di professionalità medio-alta). La flessibilità quantitativa del resto è particolarmente apprezzata nel settore dei servizi, in cui il consumo coincide con la produzione (*servuction*)²⁴.

Fattore di forte freno — oltre alla novità della tipologia per il settore pubblico o al sistema di identificazione del soggetto fornitore (rispetto al quale la contrattazione collettiva può poco o niente) — è, invece, a mio avviso, il *deficit* di cultura organizzativa e gestionale delle amministrazioni pubbliche, ancora troppo governate e gestite in modo vetero-burocratico, nelle quali non si è ancora del tutto compiuto il salto di qualità al quale spinge la riforma degli anni Novanta e del nuovo secolo²⁵.

E la contrattazione collettiva, se si decentra adeguatamente, può contribuire a superare il *deficit*, costringendo organi di governo e *manager* a misurarsi più concretamente con la problematica.

3. Con riguardo al contratto di lavoro part-time, l'intreccio tra gli interessi e le regole legali e contrattuali è più complesso. L'analisi ed il raffronto tra le discipline diventano pertanto più complicati.

In materia è presente — com'è noto — un duplice circuito legislativo:

a) quello « privatistico », costituito dal d.lgs. n. 61/2000 e successive modificazioni, che opera un'unificazione parziale delle regole tra lavoro privato e pubblico²⁶, escludendo dall'applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni alcune proprie disposizioni²⁷.

²⁴ V. Consiglio-Moschera, *op. cit.*, 60.

²⁵ D'Orta, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità nel pubblico impiego*, in *LPA*, 2000, n. 3-4, 517, parla della mancanza « di una riflessione organica a 360 gradi sulle diverse manifestazioni della flessibilità nelle pubbliche amministrazioni; in particolare, è mancata una adeguata riflessione sul legame che può — ed, anzi, deve — intercorrere tra flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione da un lato e flessibilità dall'altro ».

²⁶ L'estensione al lavoro pubblico della regolamentazione « privatistica » era comunque già stata risolta dall'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 165/2001 (*ex art.* 36, c. 7, d.lgs. n. 29/1993), secondo il quale le pubbliche amministrazioni possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego previste per il lavoro privato: sul punto v. Delfino, *Sub art. 36, co. 7-8*, in Corpaci, Rusciano e Zoppoli (a cura di), in *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, 1279 ss.

²⁷ Si tratta: a) dell'art. 2, c. 1, relativamente alla forma del contratto di lavoro a tempo parziale e agli obblighi del datore di lavoro di comunicazione agli organi amministrativi e di informazione alle rappresentanze sindacali aziendali; b) dell'art. 5, c. 2, sul diritto di precedenza in favore dei *part timer* già dipendenti dal datore di lavoro in caso di assunzione di personale a tempo pieno; c) dell'art. 5, c. 4, sui benefici contributivi per assunzioni a tempo indeterminato e parziale ad incremento degli organici esistenti calcolati con riguardo alla media degli occupati nei dodici mesi che precedono la stipula dei contratti part-time; d) dell'art. 8 sull'apparato sanzionatorio. Per approfondimenti relativi alla disciplina legislativa, con adeguate indicazioni bibliografiche, cfr.

I contratti collettivi potrebbero tuttavia reintrodurre tali disposizioni, fatta eccezione per quelle che cozzano con disposizioni di legge inderogabili dello stesso decreto 29 (come le procedure di reclutamento dei dipendenti) o che riguardano gli incentivi;

b) quello « pubblicistico », costituito da regole speciali ²⁸, che sono state conservate dall'art. 10 del d.lgs. n. 61/2000 e, in linea essenziale, garantiscono:

- il diritto del dipendente pubblico alla trasformazione automatica del rapporto entro 60 gg. dalla domanda in cui è indicata anche l'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intende svolgere;
- il potere dell'amministrazione di negare la trasformazione in caso di conflitto di interessi tra attività extra-lavorativa e specifica attività di servizio, svolta dal dipendente, ovvero di differire la trasformazione, quando quest'ultima, in relazione alle mansioni e alla posizione ricoperta dal dipendente, comporti grave pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione per non più di sei mesi;
- il diritto del dipendente al ritorno a tempo pieno (anche in soprannumero) alla scadenza di un biennio dalla trasformazione, nonché alla successive scadenze previste dai contratti collettivi.

Tali regole — da cui possono sfuggire Regioni ed autonomie locali ²⁹ — sono dettate da intenti e finalità diversi da quelli del d.lgs. n. 61/2000, in quanto non riconducibili, in linea tendenziale, alle esigenze di flessibilità delle organizzazioni pubbliche — la funzionalità dell'amministrazione può giustificare solo un differimento non superiore a sei mesi — e alla necessità di sviluppare nuove opportunità occupazionali, ma alla lotta contro il doppio lavoro (nascosto) dei dipendenti pubblici, l'inefficienza delle amministrazioni pubbliche e a favore dell'utilizzazione più produttiva delle risorse risparmiate ³⁰. Esse dunque incentivano — o, meglio, tentano di incentivare — la trasformazione dei rapporti da full-time in part-time. È importante sottolineare che si tratta di regole prive del carattere dell'inderogabilità da parte della contrattazione collettiva e quindi — come dispone l'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 — potrebbero essere derogate dai contratti collettivi e divenire inapplicabili.

3.1. Conviene dunque cominciare l'analisi da questi ultimi aspetti regolativi.

Miscione, *Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni*, in Brollo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Ipsoa, Milano, 2001, 232 ss., e si consenta il rinvio a Santucci, *Le regole su orari di lavoro e part-time nelle amministrazioni pubbliche*, in www.lavoro.unisannio.it/paper, ora anche in *LPA*, 2002.

²⁸ In particolare: art. 1, c. 56-65, l. n. 662/1996, come modificato dalla l. n. 140/1997; art. 6, c. 4, l. n. 140/1997; art. 39, l. n. 449/1997; art. 22 l. n. 448/1998; art. 20 l. n. 488/1999.

²⁹ L'art. 39 della l. n. 449/1997 prevede infatti che le disposizioni dell'art. 1, c. 58 e 59, della l. n. 662/1996 in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale si applicano al personale dipendente dalle regioni e dagli enti locali finché non diversamente disposto da ciascun ente con proprio atto normativo ovvero che non trovino applicazione negli enti locali che non versano in situazioni strutturalmente deficitarie e la cui pianta organica preveda un numero di dipendenti inferiore alle 5 unità (art. 1 c. 65 l. n. 662/1996).

³⁰ V. al riguardo già Dell'Olio, *Istituti di flessibilità: tempo parziale, tempo determinato, mansioni. Il nuovo assetto del lavoro pubblico*, a cura di De Martin, Franco Angeli, Milano, 1999, 72; cfr., per una analisi approfondita, Miscione, *op. cit.*, 2001, 232 ss.

Le regole dei contratti collettivi ³¹ sono fin troppo rispettose dell'assetto legislativo, anche se in diversi punti emergono il disagio verso una disciplina « automatica », che mette in difficoltà le amministrazioni pubbliche, con risultati concreti, poi, assai scarsi, e il mancato gradimento delle stesse organizzazioni sindacali nei confronti di una disciplina tanto eteronoma quanto sospettosa verso i dipendenti pubblici.

Ad esempio, parecchi contratti stabiliscono che l'articolazione della prestazione lavorativa è frutto dell'accordo tra amministrazione e dipendenti ³².

La disciplina del Ccnl Enti Locali (art. 4, c. 2-10) si distacca dal gruppo in quanto approfitta — come si è detto — di una legislazione che attenua, se non elimina, le regole speciali efficaci per le altre amministrazioni. Essa però sembra reintrodurre il diritto alla trasformazione automatica, secondo la procedura definita nella legislazione suindicata, solo nel caso in cui l'ente, nell'ambito della percentuale del 25% della dotazione organica complessiva di personale a tempo pieno di ciascuna categoria, non abbia individuato, previa analisi delle esigenze organizzative e nell'ambito della programmazione triennale del fabbisogno di personale, i posti destinati al part-time, che devono prioritariamente essere coperti sulla base delle richieste presentate dal personale in servizio e per la parte residua secondo procedure selettive previste dai regolamenti degli enti. Quindi la trasformazione automatica diventa un obbligo contrattuale, sia pure condizionata alla mancata attività programmatica dell'ente. Resta fermo, però, che la trasformazione avviene su base consensuale, con articolazione della prestazione lavorativa nell'ambito di quelle previste dal contratto, e in forma scritta (art. 4, c. 13; art. 5, c. 3).

Le regole contrattuali sembrano equilibrare meglio gli interessi implicati: senza negare il diritto alla trasformazione attenuano l'incidenza negativa sulla funzionalità dell'amministrazione, introducendo l'elemento privatistico dell'accordo su durata e collocazione della prestazione lavorativa, trascurato dalla legislazione pubblicistica.

Anche sul diritto al ritorno al full-time dei dipendenti che hanno trasformato il full-time in part-time, i contratti collettivi prevedono l'esercizio di tale diritto anche prima della scadenza del biennio, purché vi sia disponibilità del posto nell'organico ovvero della frazione di orario corrispondente al completamento

³¹ Per i Ministeri, artt. 21 e 22 Ccnl 16 febbraio 1999 e artt. 22 e 23 Ccnl 16 maggio 2001, integrativo del Ccnl del 1999; per la Sanità, artt. 23 e 24 Ccnl 7 aprile 1999 e artt. 34 e 35 Ccnl 20 settembre 2001, integrativo del Ccnl del 1999; per gli Enti pubblici non economici, artt. 21 e 22 Ccnl 16 febbraio 1999, e artt. 32 e 33 Ccnl 14 febbraio 2001, integrativo del Ccnl 1999; per l'Università, art. 18 Ccnl 9 agosto 2000; per le Regioni ed autonomie locali, artt. 4, 5 e 6 Ccnl 14 settembre 2000, successivo al Ccnl 1° aprile 1999 e art. 15 Ccnl 5 ottobre 2001 per il biennio economico 1.12.2000-31.12.2001; per le Istituzioni e gli Enti di ricerca, art. 19 Ccnl 21 febbraio 2002.

³² V. art. 21, c. 2-7 e 12, Ministeri; art. 23, c. 2-7 e 12, e art. 34, c. 1, Ccnl 2001 Sanità, dove si sottolinea che la comunicazione dell'azienda in ordine a durata e articolazione dell'orario e della prestazione lavorativa è conseguenza dell'accordo tra dipendente ed amministrazione; art. 21, c. 12, Enti Pubblici.

del tempo pieno ³³. La disciplina collettiva sembra offrire una possibilità ulteriore al rientro, consapevole dell'eccessivo automatismo del legislatore.

Qualcosa si ritrova anche in materia di esclusione di talune figure dalla possibilità di costituire rapporti part-time (qui il discorso attiene però non solo alla trasformazione, ma anche alla costituzione *ex novo*: anche se in questo caso può esserci discrezionalità da parte delle amministrazioni che possono escludere il part-time per certe figure professionali o non bandire concorsi). Il legislatore ha previsto che il part-time può costituirsi relativamente a tutti i profili professionali appartenenti alle varie qualifiche o livelli dei dipendenti (art. 1, c. 57, l. n. 662/1996); lascia alle amministrazioni il compito di individuare, in base ai rispettivi ordinamenti, le attività che, in ragione della interferenza con i compiti istituzionali, non sono consentite ai dipendenti (art. 1, c. 58 e 58-bis, l. n. 662/1996); l'art. 31, c. 41, l. n. 448/1998, consente alla contrattazione collettiva degli enti locali, oltre a riduzioni percentuali, l'esclusione di determinate figure professionali, ove necessarie alla funzionalità dei servizi; l'art. 39, comma 18-bis, l. n. 449/1997 (come integrato dall'art. 20 della l. n. 488/1999) dispone che il part-time è ammissibile solo per il personale non sanitario con qualifica dirigenziale, che non sia preposto alla titolarità di uffici: si deduce che il part-time è vietato per i dirigenti sanitari e per gli altri dirigenti preposti alla titolarità d'ufficio; i dirigenti « non sanitari » e « non preposti » possono, dunque, optare per il part-time ³⁴.

Diversamente dalle disposizioni legali, l'art. 19 Ricerca esclude profili professionali (quelli che comportino l'esercizio di funzioni ispettive, di direzione, di coordinamento oppure l'obbligo della resa giudiziale o si riferiscano ad attività di particolare caratterizzazione preventivamente individuate dall'ente). Anche in questo caso — con disciplina derogatoria rispetto alla disciplina legale speciale — si corregge un'eccessiva intrusione della normativa in una scelta, che non può non essere rimessa alla potestà regolamentare degli enti e/o all'autonomia negoziale collettiva e individuale.

L'art. 4, c. 2, Enti Locali esclude le posizioni di lavoro di particolare responsabilità previamente individuate dagli enti, ma il lavoratore può rinunciare all'incarico conferitogli: la contrattazione collettiva degli enti locali è per « autorizzata ».

I Ccnl della dirigenza, in linea prevalente, non si occupano del part-time (perché tra l'altro il Dipartimento della funzione pubblica si era pronunciato in senso contrario con le circolari 3 e 6 del 97). Nei recenti contratti, si segnalano tuttavia quelli del settore sanitario: il contratto dell'area della dirigenza medica e veterinaria ³⁵ prevede la possibilità che il dirigente, con rapporto di lavoro esclusivo, chieda l'accesso ad un regime di impegno a orario ridotto, nei casi in

³³ V. art. 19, c. 11, Ricerca; art. 4, c. 14, Enti Locali; art. 24, c. 4 e 4-bis, Sanità; art. 12, c. 4, Ministeri, come sostituito da art. 22, c. 2, Ccnl integrativo; art. 22, c. 4, Enti Pubblici; il contratto Università non prevede limiti per la trasformazione e per il rientro: si può sopporre nel rispetto della scadenza biennale prevista dalla legge.

³⁴ In questo senso anche Miscione, *op. cit.*, 251.

³⁵ Ccnl 22 giugno 2001 integrativo del Ccnl 8 giugno 2000.

cui risultino comprovate esigenze familiari o sociali (artt. 2 e 3). Si fissa però un limite quantitativo non superiore al 3% della dotazione organica complessiva dell'area dirigenziale (incrementabile di un ulteriore 2%) (art. 2, c. 1 e 4); non è consentito l'accesso al regime ridotto per i dirigenti che siano titolari di incarico di direzione di struttura complessa ovvero semplice, che non sia di articolazione interna di strutture complesse (art. 3, c. 4). In effetti il contratto introduce una deroga parziale e controllata alla disciplina, che escluderebbe la dirigenza medica dal part-time ³⁶: in questo caso favorisce le esigenze del lavoratore, anche laddove la legge esclude la trasformazione del rapporto. Identica disciplina è introdotta dal contratto dell'area della dirigenza dei ruoli sanitari, professionale, tecnico amministrativo ³⁷: in questo caso le regole contrattuali sono più severe, perché, confermando l'esclusione per quanti siano titolari di incarico di direzione (art. 3, c. 6), introducono un contingentamento del 4% (ampliabile fino al 6%) (v. art. 2, c. 4).

Altro profilo, che rivela il ruolo frenante della contrattazione rispetto all'automatismo legislativo, è costituito dai limiti massimi di personale da destinare a tempo parziale (il c.d. contingentamento), in seguito alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. In questo campo la disciplina legislativa ha fatto da precorritrice ³⁸, ma oramai deve considerarsi inapplicabile al rapporto di lavoro pubblico « privatizzato » ³⁹. Tuttavia i contratti collettivi del secondo quadriennio (ivi comprese le code contrattuali) hanno fissato limiti quantitativi alla trasformazione del rapporto da full-time in part-time ⁴⁰ e hanno previsto limiti anche superiori rispetto a quelli della norma di legge ⁴¹.

³⁶ Condivide tale interpretazione della legge la Corte Cost. 19 ottobre 2001, n. 336, in *LPA*, 2002, 123 ss., che non censura la deroga della contrattazione collettiva in quanto l'art. 15 del d.lgs. n. 502/1999 opera un rinvio alla contrattazione collettiva nazionale relativamente a determinati aspetti della disciplina della dirigenza sanitaria.

³⁷ Ccnl 22 febbraio 2001 integrativo del Ccnl 8 giugno 2000.

³⁸ Fissato inizialmente dal DCM n. 117/1989 al 20% (art. 2, commi 1 e 2), il limite è stato portato dalla l. n. 724/1994 (art. 22, comma 20) al 25% della dotazione organica complessiva di personale a tempo pieno di ciascuna qualifica funzionale (il comma 58-ter della l. n. 662/1996, aggiunto dall'art. 6, comma 3, dl n. 79/1997, conv. in l. n. 140/1997, consente un arrotondamento per eccesso del limite, onde arrivare all'unità).

³⁹ Rinvio per l'analisi del problema, con opinioni diverse e conclusioni analoghe, a Miscione, *op. cit.* e Santucci, *op. cit.*

⁴⁰ V., ad es., art. 21, c. 8, Ministeri; art. 23, c. 8, Sanità; art. 4, c. 2, Enti Locali, secondo cui « Il numero dei rapporti a tempo parziale non può superare il 25 per cento della dotazione organica complessiva di personale a tempo pieno di ciascuna categoria, con esclusione delle posizioni di lavoro di particolare responsabilità preventivamente individuate dagli enti. Il lavoratore titolare delle stesse può ottenere la trasformazione del suo rapporto in rapporto a tempo parziale solo a seguito di espressa rinuncia all'incarico conferitogli. Il predetto limite è arrotondato per eccesso onde arrivare comunque all'unità »; art. 18, c. 2, Università, secondo cui: « Ciascuna Amministrazione può assumere personale a tempo parziale nei limiti massimi del 25% della dotazione organica complessiva rilevata al 31 dicembre di ogni anno ». Le due clausole sono differenti: la prima più ampia, la seconda più restrittiva. Il contratto per gli enti di ricerca non contiene alcun contingentamento, solo il rispetto della dotazione organica (la somma delle frazioni part-time non può superare il numero posti in organico a tempo pieno trasformati in part-time: art. 19 co. 5).

⁴¹ V., ad es., Enti Locali art. 4, c. 11, o art. 23, c. 10, Sanità, secondo cui in presenza di gravi e

Secondo alcuni, tali limiti dovrebbero considerarsi illegittimi perché in contrasto con la disciplina del d.lgs. n. 61/2000 e con la garanzia del diritto al lavoro⁴². Penso tuttavia che il referente in questo caso sia non il d.lgs. n. 61/2000 ma la legislazione speciale e credo che il contingentamento possa considerarsi non lesivo del diritto al lavoro. Anzi il bilanciamento introdotto dai contratti può considerarsi un argine allo strapotere eteronomo, che cerca di combattere inefficienze dell'amministrazione distorcendo un istituto nato per rispondere alle esigenze di flessibilità delle organizzazioni e di *job creation* (o ripartizione dei lavori). Tra l'altro i risparmi di spesa sono utilizzati non per assunzione di altro personale (gli *outsider*), ma per incrementare i fondi della retribuzione accessoria delle amministrazioni.

Un ulteriore elemento è la fissazione di un limite minimo di orario di lavoro, che non può essere inferiore al 30% del tempo pieno⁴³.

3.2. Con le c.d. code contrattuali si sono adeguate alla nuova disciplina del d.lgs. n. 61/2000 e successive modificazioni ed integrazioni le regole sociali, assecondando in parte il nuovo equilibrio che, a livello legale, si è creato, in parte non aprendo la porta alle clausole elastiche, fissando una rigorosa disciplina del lavoro supplementare e dello straordinario e, dal punto di vista delle tecniche regolative, lasciando pochissimo spazio alla contrattazione integrativa.

A) Per quanto concerne la tipologia di part-time, i contratti collettivi si sono subito adeguati alla riforma del d.lgs. n. 61/2000 ad opera del d.lgs. 100/2001, prevedendo tre tipi di part-time: « orizzontale », « verticale » e « misto », là dove, nella precedente disciplina, non consideravano il tipo « misto ». Ma il tipo « misto » — com'è — è ammesso ora dalla legislazione a prescindere dall'autorizzazione del contratto collettivo⁴⁴. Le previsioni contrattuali sono importanti perché non pongono condizioni particolari per la stipulazione di tale tipo di part-time.

La tipologia si incrocia anche con la disciplina dell'orario part-time: il part-time verticale sembra consentito solo con orario multiperiodale (« articolazione della prestazione su alcuni giorni della settimana, del mese, o di determinati periodi dell'anno (...), in misura tale da rispettare la media della durata del lavoro settimanale prevista per il tempo parziale nell'arco temporale preso in

documentate situazioni familiari, preventivamente individuate dagli enti in sede di contrattazione integrativa e tenendo conto delle esigenze organizzative è possibile elevare il contingente di un ulteriore 10%.

⁴² V. Miscione, *op. cit.*, 259.

⁴³ V. art. 18, c. 5, Università; art. 22, c. 1, Ministeri; art. 5, c. 1, Enti Locali; art. 24, c. 1, Sanità; art. 22, c. 1, Enti Pubblici; art. 19, c. 5, Ricerca.

⁴⁴ V. art. 5, c. 2, Enti Locali; art. 22, c. 2, Ministeri, come integrato dall'art. 22, c. 2, del Ccnl 2001; art. 24, c. 2, Sanità, come integrato dall'art. 34, c. 2, del Ccnl 2001; art. 19, c. 6, Ricerca; l'art. 22 Enti Pubblici prevede non la combinazione del part-time verticale ed orizzontale ma, come anche altri contratti — ad es. art. 24, c. 3, Sanità —, la possibilità di concordare articolazioni diverse della prestazione lavorativa; anche l'art. 18, c. 6, Università non prevede il tipo « misto », perché la disciplina è rimasta immutata dopo la « correzione » del d.lgs. n. 61/2000.

considerazione (settimana, mese, anno) »⁴⁵. Ma è probabilmente una cattiva formulazione dei contratti, perché sembra irrazionale ammettere l'orario multiperiodale, e non quello normale. E non si può escludere la possibilità del part-time orizzontale con orario di lavoro multiperiodale, dal momento che nella disciplina sull'orario di lavoro è prevista tale flessibilizzazione.

B) I contratti collettivi si occupano del lavoro supplementare, ripetendo la disciplina della legge (con riguardo alla misura massima prevista oppure alle ore eccedenti, con maggiorazione dell'indennità fino al 50%) o applicandola (le cause obiettive in cui è ammesso il ricorso al lavoro supplementare; il consolidamento: quando sia svolto in via non meramente occasionale per più di 6 mesi) o migliorando la disciplina legale (il compenso è pari alla retribuzione oraria maggiorata del 15% (+5% rispetto alla legge), pari a quanto stabilito per lo straordinario)⁴⁶. In parte sono diversi l'art. 19, c. 15, Ricerca e l'art. 18, c. 14, Università, in quanto rinviano su qualche punto alla contrattazione integrativa. In ogni caso non consentono una flessibilizzazione del part-time tramite il lavoro supplementare, poiché questo è trattato, dal punto di vista economico, come il lavoro straordinario e fissano il « consolidamento », basandosi su un arco di tempo abbastanza ridotto.

C) Per quel che concerne lo straordinario (ammesso solo per il personale a part-time verticale), le disposizioni dei contratti collettivi, in parte, si conformano alla disposizione dell'art. 3, c. 5, del d.lgs. n. 61/2000⁴⁷, utilizzando la delega « in bianco » concessa sui limiti dello straordinario⁴⁸; in parte, stabiliscono trattamenti migliorativi come il consolidamento dello straordinario così come accade per il lavoro supplementare⁴⁹ o lo stesso trattamento previsto per il lavoro supplementare in caso di lavoro straordinario che ecceda il limite⁵⁰. Anche in questo caso, dunque, limiti rigorosi e « centralizzati ».

D) Per quel che riguarda il trattamento economico e normativo i contratti rispettano i principi del d.lgs. n. 61/2000 (art. 4), che vieta la discriminazione, consentendo il proporzionamento del trattamento, espressamente per i trattamenti

⁴⁵ V. la disciplina citata in precedenza ad eccezione — pare — del Ccnl Enti Locali.

⁴⁶ V. art. 25, c. 2-6, Sanità come sostituito da art. 35, c. 1, Ccnl integrativo; art. 23, c. 2 e 7, Enti Pubblici, come modificato da art. 33 Ccnl integrativo; art. 6, c. 2-7, Enti Locali; art. 23, c. 2-6, Ministeri, come sostituito da art. 23 Ccnl integrativo.

⁴⁷ V., ad es., art. 18, c. 13, Università; art. 19, c. 14, Ricerca.

⁴⁸ « Salvo diversa previsione dei contratti collettivi, i limiti trimestrali ed annuali stabiliti dalla l. n. 409/1998 si intendono riproporzionati in relazione alla durata della prestazione lavorativa a tempo parziale »: v., ad es., l'art. 23, c. 4, Ministeri come modificato dall'art. 23, c. 1, Ccnl integrativo e l'art. 25, c. 4, Sanità, come modificato dall'art. 35 Ccnl integrativo che prevedono il limite massimo di 20 ore all'anno; l'art. 6, c. 5, Enti Locali che prevede lo stesso limite massimo del lavoro supplementare cioè 10% della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferiti a periodi non superiori ad un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana.

⁴⁹ Ad esclusione dell'Università e della Ricerca, v. art. 6, c. 7, Enti Locali; art. 25, c. 6, Sanità come modificato da art. 35 Ccnl integrativo; art. 23, c. 6, Ministeri come modificato da art. 23 Ccnl integrativo.

⁵⁰ V. art. 6, c. 6, Enti Locali, come sostituito da art. 15, c. 2, Ccnl biennio economico; art. 25, c. 5, Sanità come modificato da art. 35 Ccnl integrativo; art. 23, c. 5, Ministeri come modificato da art. 23 Ccnl integrativo.

economici (per la retribuzione variabile si ammette la possibilità di un trattamento più che proporzionale), ed impone la parità di trattamento, con i lavoratori a tempo pieno, per certi istituti (con possibile modulazione per part-time verticale della durata del periodo di prova e della conservazione del posto di lavoro in caso di malattia). L'attribuzione della retribuzione di produttività in modo più che proporzionale è rinviata alla scelta della contrattazione decentrata ⁵¹.

E) I contratti collettivi prevedono il diritto dei dipendenti assunti con rapporto part-time di ottenere la trasformazione del rapporto a tempo pieno decorso un triennio dalla data di assunzione, purché vi sia disponibilità del posto di organico o della frazione di orario corrispondente al completamento del tempo pieno ⁵². È un trattamento sicuramente migliorativo per il part-timer dipendente pubblico, che va oltre il diritto di precedenza previsto nell'art. 5, co. 1, d.lgs. n. 61, tra l'altro escluso espressamente dall'applicazione alle amministrazioni pubbliche.

Un aspetto rilevante assume anche la fissazione di un limite minimo di orario di lavoro, che non può essere inferiore al 30% del tempo pieno ⁵³.

Entrambe le disposizioni possono considerarsi incentivanti per i « forzati » del part-time: perché l'una garantisce tendenzialmente la temporaneità della « precarietà », l'altra conferisce una consistenza oraria minima al rapporto part-time.

3.3. Nel caso del part-time gli effetti distorsivi indotti dalla disciplina pubblicistica sono senz'altro prevalenti rispetto ai *deficit* della disciplina contrattuale con riguardo alle nuove regole sul part-time. Le finalità perseguite dalla legislazione pubblicistica devono del resto considerarsi frustrate, non servono alle esigenze di flessibilità dell'amministrazione, non consentono efficienza attraverso il risparmio finalizzato alla contrattazione connessa alla produttività: è ben nota infatti la persistente difficoltà della contrattazione integrativa di collegare la retribuzione accessoria a sicuri indici di produttività dei dipendenti. La disciplina contrattuale avrebbe potuto in qualche modo rimediare — e in qualche punto tenta di farlo —, derogando e rendendo inapplicabile la disciplina pubblicistica: ma non è stata coraggiosa: le regole del contratto Enti locali che potevano sfuggire all'automatismo l'hanno confermato in mancanza di capacità programmatica dell'amministrazione.

Quanto alla nuova disciplina del part-time, i contratti contengono disposizioni che possono incentivare il part-time soprattutto dal punto di vista del lavoratore; l'assenza delle clausole elastiche e l'accentramento della disciplina inducono a considerazioni dubitative sull'equo bilanciamento degli interessi, dal punto di vista dell'amministrazione.

Anche in questo caso però non è possibile attribuire al contratto lo scarso

⁵¹ V. Enti Locali, Sanità, Ministeri.

⁵² V. art. 22, c. 5, Ccnl Ministeri come integrato dall'art. 22, c. 2, Ccnl integrativo; art. 24, c. 5, Sanità come integrato da art. 34, c. 2, Ccnl integrativo; art. 32 Ccnl integrativo Enti Pubblici; l'art. 4, c. 15, Enti Locali prevede solo il diritto di chiedere la trasformazione.

⁵³ V. art. 18, c. 5, Università; art. 22, c. 1, Ministeri; art. 5, c. 1, Enti Locali; art. 24, c. 1, Sanità; art., 22, c. 1, Enti Pubblici; art. 19, c. 5, Ricerca.

utilizzo della tipologia flessibile: anzi, le code contrattuali hanno adeguato tempestivamente la disciplina contrattuale alle novità introdotte con il d.lgs. n. 100/2001. Anche nel caso del part-time le carenze della contrattazione passano in secondo piano di fronte all'incapacità delle amministrazioni pubbliche di utilizzare la tipologia contrattuale per fronteggiare le proprie esigenze di flessibilità (*deficit* di cultura « organizzativa »).

4. Le normative contrattuali — ad eccezione di quella relativa al comparto Ricerca (art. 20 Ccnl 21 febbraio 2002) — sono precedenti alla riforma della disciplina sul contratto a termine, operata dal d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368. Qui si propongono prevalentemente valutazioni in prospettiva.

In questo decreto non v'è alcun riferimento al lavoro nelle amministrazioni pubbliche; ma non può esservi alcun dubbio sulla sua applicabilità in questo settore dopo le riforme « privatistiche » (d.lgs. n. 29/1993 e successive correzioni ed integrazioni; d.lgs. n. 165/2001), che, sul piano tanto generale, quanto specifico, consentono siffatta conclusione. Sotto il primo profilo, è sufficiente richiamare l'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165, secondo cui i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile (libro V, titolo II, capo I) e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. Sotto il secondo profilo — ma riporto regole note —, l'art. 36 del d.lgs. n. 165 consente alle pubbliche amministrazioni di avvalersi delle forme flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinati nell'impresa, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale (art. 35) e soprattutto vieta, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle aa.pp., la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con la medesima PA, ferma restando ogni responsabilità e sanzione ⁵⁴. Tale disciplina non può essere considerata avamposto di un'inversione di tendenza con riguardo al regime sanzionatorio ⁵⁵: essa infatti trova giustificazione tanto nel regime speciale delle procedure di reclutamento (art. 97 Cost. e art. 35 d.lgs. n. 165/2001), quanto nel rispetto delle programmazioni di fabbisogno del personale ⁵⁶. Non è dunque avamposto, né modello imitabile. Anzi, al contrario: se le due condizioni indicate fossero entrambe rispettate, sarebbe difficile ammettere una ragionevolezza nella disparità di trattamento tra lavoratore privato e pubblico.

Né si poteva — e non si può ora — desumere dal rinvio ai contratti collettivi

⁵⁴ In particolare « il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave » (c. 2).

⁵⁵ V. Proia, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Relazione alle giornate di studio dell'Aidlass, Pesaro e Urbino 24 e 25 maggio 2002 (datt.), par. 6, sub c).

⁵⁶ V. Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*. Commentario diretto da F. Carinci, D'Antona, Giuffrè, Milano, 1085 ss.

nazionali, contenuto nel 1° comma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165⁵⁷, l'assoggettamento della pubblica amministrazione alla previa disciplina contrattuale per poter applicare le legislazioni sui lavori flessibili: come è stato ampiamente argomentato, il rinvio vale a conferire alla contrattazione collettiva una funzione di fonte non esclusiva, ma integrativa della materia nell'area del lavoro pubblico⁵⁸.

Quindi il d.lgs. n. 368/2001 è applicabile alle amministrazioni pubbliche.

Come per il settore privato, anche per le amministrazioni pubbliche vi sono problemi di disciplina transitoria. L'art. 11, c. 2, del d.lgs. n. 368 stabilisce che: « In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui al comma 1 » (cioè la l. n. 230/1962 e successive modificazioni, l'art. 8-*bis* della l. n. 79/1983, l'art. 23 della l. n. 56 del 1987), « le clausole dei Ccnl stipulate ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56 del 1987 e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, manterranno, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei Ccnl ». Cosa succede nel caso di contratti scaduti e non ancora rinnovati? Per le amministrazioni pubbliche sembra che il problema sia meno grave rispetto al settore privato: perché i contratti di comparto stabiliscono l'ultrattività del contratto collettivo alla scadenza, fino a quando non sia sostituito da altro contratto collettivo⁵⁹. Quindi se la *ratio* del d.lgs. n. 368 è quella di rispettare le volontà negoziali delle parti sociali, è evidente che le clausole dei Ccnl, stipulate ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56/1987, e contenute nei contratti del quadriennio 1998-2001, non potranno che continuare ad esplicare efficacia fino alla nuova regolamentazione collettiva⁶⁰. Sicché le amministrazioni potranno stipulare contratti a termine nei casi indicati dai contratti stessi ai sensi dell'art. 23 della l. n. 56/1987, che consentiva di modificare anche le ipotesi legali individuate dalla l. n. 230/1962⁶¹. Quest'opinione acquista pregnanza in un contesto interpretativo in cui le nuove disposizioni legislative, che « flessibilizzano » la disciplina del contratto a tempo determinato con riguardo alle ragioni in base alle quali si può stipulare tale contratto, possano entrare a regime solo dopo il rinnovo della

⁵⁷ « I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato (...), in applicazione di quanto previsto dalla l. n. 230/62, dall'art. 23 della l. n. 56/1987 e da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina ».

⁵⁸ Delfino, *op. cit.*, 1279 ss.; Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano 2002, 271 (che però prospetta difficoltà più sindacali che tecniche per le pubbliche amministrazioni nell'adottare sin da subito la nuova strumentazione prevista dal d.lgs. n. 368/2001, senza la via di una revisione del contenuto dei contratti collettivi).

⁵⁹ V., ad es., art. 2 Enti Locali, Ministeri e Sanità.

⁶⁰ *Contra Poti, Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d.lgs. n. 368/2001*, in *LPA*, 2001, n. 5, 788, secondo cui il termine adottato non dà adito a dubbi circa la brevità della fase e non si crea un problema di *vacatio* tra contratti collettivi in quanto la legge si sostituisce ai primi; Dipartimento della Funzione pubblica, nota 35, 2, del 22 gennaio 2002.

⁶¹ Si può richiamare l'opinione di D'Antona, *I contratti a termine*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, 1988, Vol. II, Esi, Napoli.

disciplina contrattuale⁶². Pur se, su una linea mediana con la tesi di chi ritiene da subito applicabile la nuova disciplina legislativa e le amministrazioni pubbliche autorizzate ad utilizzare l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, si può pensare che la disciplina legislativa entri pienamente a regime, per quanto concerne le ragioni di apposizione del termine, solo laddove si tratti di ragioni per le quali la contrattazione collettiva non può apporre limiti quantitativi: diversamente nelle more del rinnovo contrattuale si priverebbe assolutamente di effettività lo strumento che, seppure in misura poco soddisfacente, riequilibra gli interessi implicati, offrendo alla contrattazione collettiva un potere di controllo e di restrizione nell'utilizzazione del contratto a termine.

Seguendo il filo di tale interpretazione, fino al rinnovo del contratto le pubbliche amministrazioni saranno obbligate a concludere contratti a termine nelle ipotesi previste dai contratti e nei casi contemplati dall'art. 1 della l. n. 230/1962 (richiamata in tutti i contratti collettivi). E allora occorre anche dire che l'opinione secondo cui le clausole dei contratti collettivi, restrittive della facoltà delle pubbliche amministrazioni di ricorrere al lavoro a termine nei casi legalmente previsti dalla l. n. 230/1962, sono illegittime ed affette da nullità per contrasto con la l. n. 230/1962, non è condivisibile⁶³. Non a caso non v'è alcun contenzioso in materia; le pubbliche amministrazioni, come i privati datori di lavoro, non sono obbligate ad assumere a termine al verificarsi dei casi previsti dalla legge e ben possono, rispetto agli stessi casi, adottare criteri restrittivi tarati sulle esigenze economiche-organizzative (come assumere a termine solo quando l'assenza del lavoratore sia superiore a 60 gg.). Del resto se le amministrazioni pubbliche avessero adottato unilateralmente una tale politica, non credo che si sarebbe potuto obiettare alcunché.

Rimanendo in tema di ragioni per cui è possibile assumere a termine, ci si può chiedere se i nuovi contratti collettivi possano intervenire, specificando e delimitando quelle molto generiche indicate dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. A mio parere ciò è possibile in quanto, essendo la disciplina legale derogabile sempre in *melius*, le parti possono fissare criteri anche restrittivi sull'utilizzazione del contratto a termine⁶⁴.

In quest'ottica si può intendere la recente disciplina collettiva del contratto del comparto Ricerca che, con espressione certo ambigua, fa salve le disposizioni vigenti in materia di contratto a termine, ivi comprese quelle relative ai contratti previsti dal d.lgs. n. 19/1999 sul riordino del Cnr. Da un punto di vista logico, la salvezza della nuova disciplina legislativa sarebbe stata inutile, mentre l'espressione acquista significato se interpretata nel senso della salvezza delle limitazioni e delle garanzie previste dalla disciplina legislativa precedente al d.lgs. n. 368/2001, ivi compreso l'art. 11 del d.lgs. n. 29/1999, che, comunque, essendo norma speciale, non abrogata espressamente dal d.lgs. n. 368, rimaneva

⁶² Contra Poti, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d.lgs. n. 368/2001*, cit., 788.

⁶³ Cfr. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, cit., 273; Delfino, *op. cit.*, 1283.

⁶⁴ In tal senso anche Poti, *op. cit.*, 787.

in vigore e rispetto alla quale il contratto collettivo non ha introdotto una disciplina derogatoria.

Ci si può ancora chiedere se le attuali discipline contrattuali conservino, o no, efficacia in presenza della nuova disciplina sul contratto a termine (ovviamente nella parte relativa non ai casi di apposizione del termine, per la quale già si è prospettata la soluzione). La risposta non può che essere positiva per quelle discipline collettive, che fissano trattamenti migliorativi rispetto agli standard legali, prevedendo che siano più che proporzionali rispetto alla durata del contratto a termine, mentre è negativa rispetto alle discipline che hanno ripreso e/o integrato la l. n. 230/62 sulla proroga o il rinnovo del contratto a termine, sostituite dalla disciplina del d.lgs. n. 368, più garantista della precedente soprattutto quanto a durata complessiva dell'assunzione a termine.

In alcuni contratti collettivi sono presenti clausole che consentono alle amministrazioni, nei casi in cui le assunzioni siano programmabili, di individuare, previa concertazione con le oo.ss., i fabbisogni di personale da assumere a termine⁶⁵: ci si può porre la stessa domanda anche rispetto a tali clausole, là dove il d.lgs. n. 368/2001 ammette l'individuazione di limiti quantitativi da parte dei Ccnl stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (art. 10, c. 7). In effetti le clausole non possono considerarsi del tutto conformi con il dettato legislativo, perché ammettono anche una decisione unilaterale dell'amministrazione, dopo la procedura concertativa, mentre l'obiettivo del legislatore è proprio quello di consentire alla contrattazione collettiva un controllo sull'uso di una tipologia contrattuale che favorisce occupazione precaria e non stabile: se dovesse trovarsi un accordo in sede decentrata, la *ratio* della legge sarebbe rispettata; diversamente no.

5. Alcune note conclusive sulle forme flessibili nelle amministrazioni pubbliche alla luce dei più recenti sviluppi di politica del diritto e contrattuale (un passo « indietro » ed uno « avanti »? « controriforma » e « stabilizzazione della riforma »?).

Va considerato, innanzitutto, il ddl delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro (Senato — n. 848), che presenta indicazioni tali da far temere — almeno per chi lo considera un timore — l'arresto del processo di riforma privatistica nelle amministrazioni pubbliche e la prefigurazione di uno scenario oscuro di regole sul lavoro flessibile. Non solo l'art. 11 stabilisce che le disposizioni degli articoli da 1 a 10 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni, ove espressamente non richiamate: e nelle disposizioni che si occupano dei rapporti di lavoro flessibile non v'è alcun richiamo al riguardo (artt. 1, 5, 8). Ma l'art. 7, relativo al part-time, esclude che i decreti legislativi governativi si applichino ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, aprendo inoltre la via a problemi di coordinamento con il d.lgs. n. 61. È probabile che il ddl n. 848 abbia perseguito il fine di separare le sorti del lavoro pubblico da quello privato, nell'intento di trovarsi

⁶⁵ V. art. 19, c. 3, Ccnl integrativo Ministeri; art. 7, c. 2, Enti Locali.

ad affrontare solo il mondo del lavoro privato ovvero di non coinvolgere i dipendenti pubblici nella forte spinta alla riduzione delle tutele nella disciplina del lavoro flessibile. Se fosse solo questa la motivazione, ci troveremmo di fronte ad una disciplina differenziata su ragioni non oggettive, ma « di Stato »! La prospettiva conseguente sarebbe oscura. L'istituzione di una nuova normativa speciale per le PA, ancora però tutta da scrivere: la disciplina sui lavori flessibili nella amministrazioni pubbliche è quella attuale, applicata quasi indistintamente al privato e al pubblico, oppure saranno scritte regole nuove, solo per le amministrazioni pubbliche? Per quanti hanno sostenuto la riforma degli anni Novanta e ritengono tuttora sussistenti e valide le ragioni e le finalità di tale riforma, il *revirement* sarebbe del tutto incomprensibile e ingiustificabile. E se *revirement* vi sarà, non sarà certamente teso a valorizzare, bensì a diminuire, il ruolo del contratto collettivo.

Nell'Atto di indirizzo dell'Organismo di coordinamento dei comitati di settore ⁶⁶ all'Aran sulle priorità dei rinnovi contrattuali 2002-2005 — organismo nel quale è presente anche il Governo — si assiste ad un altro scenario in cui la riforma costituisce un'acquisizione e si pensa come sfruttare meglio le *chance* offerte dall'incipiente tornata contrattuale (forse il Governo ha innestato la marcia indietro e intende continuare l'opera riformatrice?). Trova spazio in tale documento « il favore per le diverse forme di impiego flessibile », in funzione del miglioramento dell'efficienza delle amministrazioni pubbliche; si sposano gli obiettivi del *Libro Bianco* in materia di valorizzazione delle forme di impiego flessibile del personale, ritenendosi appunto che la valorizzazione e la differenziazione degli impieghi flessibili siano cardini che consentano la modernizzazione di ogni realtà produttiva, idonei a far reagire rapidamente l'odl agli sviluppi tecnologici e ai cambiamenti nel fronte della domanda e offerta di forza lavoro. In particolare, entrando più nello specifico, nel contesto di un ribadito impegno alla « diffusione e allo sviluppo di tipologie flessibili di lavoro quali il lavoro temporaneo, il telelavoro ed il contratto di formazione e lavoro » si richiede alla contrattazione collettiva di indirizzare la propria attività verso specifici indirizzi in materia di contratti a tempo determinato e di part-time.

Quanto al primo, si richiede l'aggiornamento e la verifica della compatibilità delle clausole esistenti con la nuova disciplina legale, richiamandosi i punti nodali della disciplina (causali giustificative; proroghe e rinnovi; principio di non discriminazione); sui limiti quantitativi di utilizzo dell'istituto, si ipotizza un mero rinvio alla contrattazione integrativa di secondo livello; inoltre si indica come disciplina sperimentale la previsione di ipotesi di precedenza per quanti hanno intrattenuto rapporti di lavoro a termine con l'amministrazione, « ai fini dello sviluppo di carriera ».

Quanto al secondo, il cuore dell'indirizzo è costituito, oltre che dall'aggiornamento delle discipline contrattuali al quadro legislativo vigente (ma le c.d. code l'hanno già realizzato), dalla disciplina attuativa delle c.d. clausole elastiche

⁶⁶ Su cui v. art. 41, c. 6, d.lgs. n. 165/2001.

che, con le dovute garanzie nei confronti dei lavoratori, sono considerate utili perché consentono maggiore rispondenza alle esigenze di ciascuna amministrazione.

Per valutare integralmente l'indirizzo dell'Organo di coordinamento va sottolineata anche la parte relativa al sistema contrattuale, dove si afferma la necessità di un più forte, ma coordinato, decentramento contrattuale che dia spazio anche alle scelte discrezionali dell'apparato dirigenziale pubblico.

Dalla Bozza sembra desumersi un intento diverso da quello contenuto nel ddl n. 848, diretto a valorizzare fino in fondo le discipline sulla flessibilità e gli strumenti che offrono. Le politiche contrattuali si indirizzano verso il rafforzamento della flessibilità, utilizzando gli spazi legislativi acquisiti, e del decentramento contrattuale, temperati dal riconoscimento dei diritti fondamentali del lavoratore e del ruolo di controllo del sindacato (non v'è alcun cenno però al circuito pubblicistico del part-time che, lasciato così com'è in assoluto, priva la tipologia contrattuale delle sue pregnanti finalità).

Il passo sembra un buon inizio per una trattativa negoziale, ma occorrerà attendere per capire se il terreno — su cui il piede si sta appoggiando — è solido o franoso.

DIRITTO COMUNITARIO, INTERNAZIONALE E COMPARATO

La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea

Manfred Weiss

Sommario: **1.** Introduzione. — **2.** Una retrospettiva: la storia della partecipazione dei lavoratori nella Società Europea come processo di apprendimento. — **3.** Il cambiamento di paradigma come nuovo input. — **4.** I contenuti della direttiva. — **4.1.** Il quadro legale. — **4.2.** La struttura della direttiva e la formazione di una società europea. — **5.** L'organo speciale di negoziazione e le disposizioni generali. — **6.** L'applicazione delle « regole standard » in relazione all'informazione e alla consultazione. — **7.** Il contenuto delle norme standard in materia di informazione e consultazione. — **8.** La partecipazione dei dipendenti nei consigli di amministrazione. — **9.** Conclusioni.

1. Nella prospettiva di realizzare il mercato comune, già negli anni Sessanta erano stati fatti alcuni tentativi per creare un diritto commerciale proprio delle attività transnazionali, che sarebbe dovuto servire come alternativa al diritto commerciale nazionale. Il fine principale era quello di risparmiare sui costi di transazione, migliorare l'efficienza e la trasparenza. Non si sarebbe infatti più reso necessario creare *holding* per aggirare l'applicazione del diritto commerciale nazionale ¹. Risultò presto evidente tuttavia che persisteva un grosso ostacolo alla realizzazione di uno Statuto della « Società Europea », che consisteva nelle modalità con cui i rappresentanti dei lavoratori avrebbero dovuto essere eletti nei consigli di amministrazione, per partecipare alle decisioni di impresa. Non era solo un problema tecnico. La questione era riferita alla stessa filosofia delle relazioni industriali: doveva continuare a prevalere la logica del conflitto? Del resto solo una piccola minoranza degli Stati Membri dell'Unione Europea ha un sistema di rappresentanza dei lavoratori nei consigli di amministrazione dell'impresa. E anche dove tali sistemi esistono, le differenze tra paese e paese sono notevoli ². Dopo più di 35 anni, oggi la Società Europea ha finalmente una struttura giuridica anche per quel che riguarda la partecipazione dei lavoratori: le regole che si riferiscono al diritto commerciale sono contenute in un Regolamento ³,

* *Manfred Weiss* è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università J. W. Goethe di Francoforte.

Traduzione di Francesco Biagi.

¹ Cfr. Kolvenbach, *EEC Company Law Harmonization and Workers Participation*, University of Pennsylvania, JIBL, 1990, 709-788.

² Vedi una panoramica in Blanpain, *European Labour Law*, 7 ed., 442-446.

³ Cfr. Regolamento CE n. 2157/2001 del Consiglio dell'8 ottobre 2001 relativo allo statuto della società europea, in *OJ*, L294.

mentre la parte sulla partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione è divenuta oggetto di una Direttiva ⁴ che deve essere trasposta dagli Stati membri entro tre anni. Di certo, il semplice fatto che dopo un periodo così lungo di discussioni la partecipazione dei lavoratori nella Società Europea sia divenuta una realtà, non sta a significare necessariamente che tale risultato potrà avere un lieto fine. Tale stima, naturalmente, dipende in gran parte dal modello sviluppato per la partecipazione dei lavoratori.

Il fine principale di questo scritto è proprio quello di discutere le prospettive sottintese dalla struttura della Direttiva. Tuttavia, sarebbe del tutto fuorviante analizzare il modello della Direttiva come un fenomeno isolato. Esso, infatti, deve essere considerato in un contesto politico e storico. Le dinamiche della Direttiva possono essere capite solo svelando le ragioni del fallimento dei precedenti tentativi e le ragioni delle conquiste finali. Inoltre, la partecipazione dei lavoratori nella Società Europea deve essere considerata come un elemento soltanto, nell'ambito di un tentativo più ampio della Comunità Europea di diffondere l'idea della partecipazione dei lavoratori nelle decisioni delle imprese. Le procedure di informazione e consultazione nell'ambito dei licenziamenti collettivi ⁵, del trasferimento d'azienda ⁶, oltre che in materia di salute e sicurezza dei lavoratori ⁷, la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei ⁸ e la proposta di una Direttiva cornice per l'introduzione di standard minimi di informazione e consultazione all'interno dei diversi Stati membri ⁹, devono essere considerati tante tessere di uno stesso mosaico.

2. Quando la Commissione delle Comunità Europee, a metà degli anni sessanta, chiese a due eminenti esperti (Pieter Sanders e Gérard Lyon-Caen) un parere su di una possibile struttura della Comunità Europea, sembrò che la Commissione avesse intenzione di costruire la propria proposta sulle intuizioni di questi. Nonostante Lyon-Caen, in ragione delle differenze che esistevano tra i sistemi di relazioni industriali nella Comunità, avesse messo in luce l'impossibilità di un modello unico di partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione, la proposta del 1970 della Commissione relativa ad uno

⁴ Cfr. Direttiva 2001/86/CE del Consiglio dell'8 ottobre 2001 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *OJ*, 2001, L294.

⁵ Direttiva 75/129/CEE del Consiglio, del 17 febbraio 1975, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di licenziamenti collettivi, in *OJ*, 1975, L48.

⁶ Direttiva 77/187/CE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, in *OJ*, 1977, L61.

⁷ Direttiva 89/391/CEE del Consiglio, del 12 giugno 1989, riguardante l'applicazione di provvedimenti volti a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro, in *OJ*, 1989, L183/1.

⁸ Direttiva 94/45/CE del Consiglio, del 22 settembre 1994, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, in *OJ*, 1994, L254/64.

⁹ *Proposta di direttiva del Consiglio che istituisce una regolamentazione generale in materia di informazione e consultazione dei lavoratori a livello europeo.*

Statuto della Società Europea ¹⁰ insisteva su un « modello unico »: in ciascuna Società Europea doveva essere imposta una sorta di copia del modello tedesco di rappresentanza dei lavoratori nei consigli di amministrazione, senza tenere affatto in considerazione in quale paese ci si trovasse. Tale strategia, non solo ignorava le differenze che esistevano nei sistemi di relazioni industriali dei vari Paesi membri, ma non teneva nemmeno conto del fatto che per molti Paesi ciò avrebbe significato una riconsiderazione totale dei loro tradizionali impianti di diritto commerciale. La proposta forniva uno schema applicabile solo in un sistema a due livelli, formato da un consiglio direttivo e da un consiglio supervisore, ma non in un sistema ad un solo livello. Non risultò, dunque, per nulla sorprendente il fatto che questo primo progetto incontrasse una dura opposizione. La Commissione si orientò allora verso la versione emendata dello Statuto della Società Europea, risalente al 1975 ¹¹. Oltre al modello tedesco venne aggiunta come possibile opzione la struttura olandese ¹².

La marginalità di questo cambiamento risulta invece sorprendente se messa in relazione ad un'altra attività della Commissione, sempre nello stesso anno, il 1975. Basato sulla discussione che contrassegnava l'inizio di una reale consapevolezza delle differenze delle strutture del diritto commerciale, delle differenze nelle strutture e nelle politiche sindacali, oltre che delle differenze nel ruolo giocato dal diritto nelle relazioni industriali nei vari Stati Membri, la Commissione presentò un *Libro Verde* estremamente sofisticato sulla partecipazione dei dipendenti e sulla struttura della società all'interno della Comunità Europea ¹³. Questo libro servì come « input » informativo e stimolante al dibattito, nel corso del quale la natura eterogenea della struttura delle relazioni industriali in tutta la Comunità divenne anche più evidente e fu individuata nel pieno della sua estensione. In virtù di tale *background*, risultò sempre più chiaro che i progetti e gli emendamenti futuri avrebbero dovuto definitivamente abbandonare la strada volta ad imporre un unico modello per tutti coloro che intendevano usare la Società Europea come opzione. Altrimenti le possibilità di realizzazione nel processo politico sarebbero state pressoché nulle.

Ci volle non poco tempo prima che la Commissione decidesse di dare inizio ad una nuova iniziativa. Per un lungo periodo la Commissione si era concentrata su un altro progetto, ancora più ambizioso: l'armonizzazione del diritto commerciale nazionale per mezzo della Quinta Direttiva sulla Struttura delle società a responsabilità limitata. In un primo progetto del 1972 ¹⁴ la Commissione presentò lo stesso modello della partecipazione dei lavoratori contenuto nel secondo progetto per la Società Europea. Non appena risultò evidente che tale approccio non aveva alcuna possibilità politica, la Commissione presentò

¹⁰ 1970, in *OJ*, C241/1.

¹¹ 1975, in *Bull. EC*, Suppl. 4.

¹² Per maggiori dettagli vedi Kolvenbach, *EEC Company Law Harmonization and Workers Participation*, cit., 720-722, 763.

¹³ 1975, in *Bull. EC*, Suppl. 8.

¹⁴ 1972, in *OJ*, C131/49.

una nuova proposta nel 1983¹⁵. Questo nuovo progetto non offriva più soltanto un « menu fisso » per tutti gli Stati Membri che sedevano al tavolo della Comunità, ma veniva sostituito da una sorta di sistema *self-service*, in cui ciascuno Stato Membro poteva scegliere ciò che preferiva. In primo luogo, tale progetto conteneva dei modelli sia per la struttura ad un livello prevista dal diritto commerciale sia per la struttura a due livelli. Tuttavia, il sistema ad un livello sembrava dovesse essere modificato in modo tale da assomigliare al sistema a due livelli. Il consiglio di amministrazione sembrava dovesse essere diviso in un numero più ridotto di membri direttivi e in un numero, invece, più ampio di membri per il monitoraggio, arrivando in tal modo ad una divisione del lavoro simile a quella tra consiglio direttivo e consiglio supervisore, tipica della struttura a due livelli.

Le stesse regole vennero applicate sia per il sistema a due livelli sia per quello a un livello. La scelta era tra quattro modelli, il primo dei quali era quello tedesco, che lasciava ciascuno Stato membro libero di fissare la percentuale della rappresentanza dei lavoratori tra un terzo e la metà, nell'ultimo caso fornendo un voto decisivo per i rappresentanti dei soci. Questa opzione includeva anche l'alternativa del modello olandese, già contenuta nel progetto emendato dello Statuto della Società Europea del 1975. In secondo luogo, poteva essere scelto il modello utilizzato nei Paesi Bassi: il comitato supervisore eleggeva dei membri che non erano rappresentanti né dei lavoratori né dei soci. Secondo il terzo modello doveva essere determinato un organo separato che rappresentasse i dipendenti della società. Tale organo aveva il diritto ad informazioni e consultazioni regolari sulla situazione della società. I diritti di quest'organo separato, in sostanza, erano perciò gli stessi diritti di informazione dell'organo supervisore stabiliti dall'assemblea generale. Inoltre, tale organo doveva essere consultato nello stesso modo in cui veniva consultato l'organo supervisore. Questo organo separato sembra dovesse riunirsi prima di ciascun incontro del consiglio supervisore ed inoltre doveva fornire tutta la documentazione e tutte le informazioni relative al programma per la riunione del comitato supervisore. Infine, il quarto modello cercava di introdurre la partecipazione dei lavoratori per mezzo di contratti collettivi. Tuttavia, quando tale accordo non poteva essere raggiunto entro un determinato periodo, sembra che gli Stati Membri dovessero regolare la partecipazione dei lavoratori in conformità ad una delle altre opzioni.

La proposta offriva non solo un significativo grado di flessibilità, ma permetteva anche che la partecipazione dei lavoratori venisse elusa del tutto: se la maggioranza dei lavoratori avesse votato contro il modello di partecipazione, esso non sarebbe stato introdotto.

Nonostante tale proposta fosse di gran lunga più flessibile della prima, risultò chiaro fin da subito che non aveva alcuna possibilità dal punto di vista politico. La Confederazione dei Sindacati Europei (ETUC) vi si oppose poiché era

¹⁵ 1983, in *OJ*, C204/2.

possibile liberarsi della partecipazione grazie al voto della maggioranza ¹⁶. E per la Confederazione degli Imprenditori e delle Imprese Industriali Europee (UNICE) il modello era ancora troppo pesante per paesi non ancora abituati ad alcuna forma di rappresentanza dei lavoratori nel consiglio di amministrazione ¹⁷. A causa dell'opposizione di entrambe le parti — opposizione che naturalmente riguardava molti altri punti qui non menzionati — non risultò per nulla sorprendente che questa proposta emendata dovesse seguire il destino di quella che l'aveva preceduta: venne presto considerata, in relazione a tutti gli intenti e a tutti i fini, moribonda.

Il fallimento della strategia di armonizzazione del diritto commerciale nazionale ha rappresentato però anche un nuovo punto di partenza per il tentativo di realizzare il progetto di una Società Europea. Infatti, più si dimostrava che l'integrazione della partecipazione dei lavoratori nella struttura del diritto commerciale nazionale rimaneva illusoria, sempre maggiori sforzi venivano fatti per introdurre la partecipazione dei lavoratori su una scala comunitaria per mezzo della ridefinizione dello Statuto della Società Europea. Di conseguenza, nel Libro Bianco della Commissione del 1985 sul completamento del mercato interno, lo Statuto della Società Europea fu menzionato come uno degli obiettivi che dovevano essere raggiunti entro la fine del 1992 ¹⁸. Nel 1987, dunque, il Consiglio Europeo richiese alle altre istituzioni competenti di « progredire verso una modifica del diritto commerciale necessaria per la creazione di una Società Europea » ¹⁹. Spinta da queste iniziative, nel 1988 la Commissione compilò un memorandum in cui venivano elencati i problemi chiave di uno Statuto della Società Europea ²⁰. In questo memorandum il Parlamento Europeo, il Consiglio e le parti sociali vennero invitate affinché esprimessero le loro opinioni. Sulla base delle reazioni ottenute da questi attori, la Commissione preparò una nuova proposta, presentata poi nell'agosto del 1989 ²¹. Per riuscire ad ottenere la necessaria flessibilità, l'elemento della partecipazione dei lavoratori venne separato da uno Statuto sulla Società Europea, che sembrava dovesse essere contenuto in un Regolamento: la partecipazione dei lavoratori doveva infatti essere garantita da una Direttiva. Vi erano tuttavia delle limitazioni, le quali prevedevano che il Regolamento non sarebbe potuto passare senza la Direttiva, essendo, i due provvedimenti, strettamente collegati tra loro. Il modello di divisione tra Regolamento e Direttiva e l'interrelazione tra le due è sopravvissuto, ed è divenuto la base della legislazione ora esistente in quest'area.

La proposta del 1989 conteneva una serie di opzioni che erano molto simili alle

¹⁶ Cfr. il parere dell'ETUC sulla proposta modificata della V direttiva adottata dal comitato esecutivo ETUC nella riunione del 9 e 10 febbraio 1984.

¹⁷ Cfr. Kolvenbach, *EEC Company Law Harmonization and Workers Participation*, cit., 729-730.

¹⁸ Cfr. *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, (Milano, 28-29 giugno 1985), COM (85)310, giugno 1985.

¹⁹ 1987, in *EC.Bull.*, 6.

²⁰ Commissione europea, *Memorandum*, Com(320)88, in *EC.Bull.*, 1988, Suppl. 3.

²¹ 1989, in *OJ*, C263/41.

alternative previste nell'ultimo progetto della Quinta Direttiva: innanzitutto, il modello tedesco, in cui sembrava che i rappresentanti dei lavoratori dovessero avere come minimo un terzo e al massimo la metà dei seggi, senza il voto decisivo da parte dei soci, nella versione più recente; in secondo luogo, il modello olandese di cooptazione; in terzo luogo, l'organo separato per la rappresentanza dei lavoratori con determinati diritti di informazione e di consultazione; infine, gli ultimi sistemi concordati dagli accordi collettivi. Quando, in quest'ultimo caso, tale accordo non potesse essere raggiunto, sembra dovesse essere applicato il modello nazionale più avanzato nei rispettivi Stati Membri. Nel caso, poi, tale modello non fosse esistito, il progetto della Direttiva stabiliva una serie di livelli minimi per l'informazione e la consultazione. Fatto estremamente importante, venne abolita del tutto la possibilità di dissociarsi dalla partecipazione dei lavoratori.

Nonostante questa proposta offrisse diverse opzioni, risultò presto evidente che era ancora troppo rigida per essere politicamente accettabile. Inoltre, con il passare del tempo è addirittura svanita la flebile speranza dei primi anni Novanta che lo Statuto della Società Europea fosse caratterizzato da uno schema di partecipazione dei lavoratori. Sembrava semplicemente impossibile riconciliare le peculiarità e le filosofie dei modelli nazionali delle relazioni industriali con una struttura transnazionale di partecipazione dei lavoratori, qualunque essa fosse.

3. La rivitalizzazione del progetto di una Società Europea è dovuta al successo della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. La proposta di Vredeling²² dei primi anni Ottanta ha cercato di fornire una struttura di informazione e di consultazione nelle società con una struttura complessa, specificando in dettaglio il contenuto e la procedura per l'informazione e la consultazione. Questo ha messo in luce l'inaccettabilità del progetto, e ha portato al suo abbandono. Inoltre, la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei²³ sta seguendo una strada differente: invece di regolare i termini e le condizioni di informazione e di consultazione in modo sostanziale, si occupa semplicemente di una procedura e lascia ogni altro aspetto alle trattative tra gli attori che sono definiti nella Direttiva. Questo mutamento di paradigma da un regolamento sostanziale ad una sorta di indicazione soltanto procedurale ha dimostrato di essere il requisito indispensabile per il successo politico di una legislazione in un'area così delicata come quella della partecipazione dei lavoratori²⁴. Non è sorprendente, inoltre, che la Commissione, colpita dal successo della Direttiva sui Comitati Aziendali, stesse considerando se il metodo che era stato applicato in quel caso non potesse essere ripetuto anche nel caso della partecipazione dei

²² Cfr. la Bozza di Direttiva sulle procedure di informazione e consultazione dei lavoratori, in *OJ*, 1980, C297/3.

²³ Vedi nota 8.

²⁴ Vedi Weiss, *Workers Participation in EU*, in Davies et alii, *European Community Labour Law - Principles and Perspectives*, 1996, 213-235.

lavoratori nella Società Europea. Nel 1996 fu nominato un gruppo di esperti sui « Sistemi Europei di Partecipazione dei Lavoratori » presieduto dal precedente vicepresidente della Commissione, Etienne Davignon. Il gruppo di Davignon²⁵ presentò la sua relazione nel 1997: i suoi consigli erano basati sulla logica e sui principi della Direttiva sui Comitati Aziendali, definendo gli attori per le trattative e lasciando in linea di principio ogni aspetto da regolamentare a tali trattative. Come nella Direttiva sui Comitati Aziendali, nel caso di fallimento di tali trattative, veniva suggerita una rete di sicurezza, che attraverso i c.d. « requisiti sussidiari » garantiva ai rappresentanti dei lavoratori come minimo un quinto (in ogni caso due) dei posti nel consiglio supervisore dell'organo corrispondente. Per riuscire ad impedire che le società in cui erano già presenti schemi di partecipazione dei lavoratori eludessero tali nuovi modelli, il gruppo di Davignon suggerì di limitare la scelta della Società Europea a tre opzioni: (1) creazione di società *holding* per le società di diversi paesi europei; (2) fusione di società in diversi paesi europei e (3) creazione di una società affiliata da parte delle società di diversi paesi europei. La trasformazione di una società esistente in una Società Europea venne esclusa, in quanto operare tale conversione significava compromettere la struttura di partecipazione esistente e dunque favorire un'uscita dagli schemi di partecipazione.

Nonostante la reazione estremamente positiva che la relazione di Davignon suscitò in tutta l'Unione Europea, divenne ben presto chiaro che era ancora alquanto difficile trasferire le idee-guida di tale relazione in provvedimenti legislativi. I punti cruciali della controversia erano: (1) il livello di rappresentanza del consiglio dei lavoratori garantito dai requisiti sussidiari e (2) i casi in cui era possibile la costituzione di una Società Europea. In quest'ultimo caso l'accordo poteva essere raggiunto abbastanza facilmente aggiungendo la trasformazione di una società come quarta possibilità. Vennero stabilite delle misure di sicurezza per prevenire l'uscita dagli schemi di partecipazione esistenti. Il problema rimaneva il livello minimo di rappresentanza. Gli Stati membri con un numero maggiore di seggi erano restii ad accettare una così bassa percentuale di rappresentanza dei lavoratori. Nonostante la Società Europea non sembrasse un modello adattabile alla fondazione di una società, il pericolo che le società cercassero di eludere il campo di applicazione del sistema nazionale attraverso le fusioni sembrava ancora troppo alto. Inoltre, in una prima fase il tentativo di tradurre la relazione di Davignon in legge fallì perlopiù a causa dell'opposizione tedesca ed austriaca. Sotto la presidenza del Regno Unito, nel primo semestre del 1998 venne però raggiunto un compromesso per aggirare tale resistenza. Secondo questa nuova versione il livello più alto di rappresentanza del consiglio di una società che partecipava ad una fusione doveva essere decisivo e doveva essere garantito dai requisiti sussidiari. Ad esempio, se una società tedesca avesse voluto partecipare ad una fusione, il livello tedesco di rappresentanza dei lavoratori sarebbe dovuto essere esteso

²⁵ V. *Export Group on European system of Workers Involvement* (in relazione allo Statuto della Società europea e alle altre proposte di direttiva).

alla nuova Società Europea, a meno che un modello differente non fosse risultato dalle trattative. Questa strategia di mantenimento, tuttavia, era stata unita ad un compromesso: non vi era alcuna necessità di rappresentanza del consiglio dei lavoratori se non ve ne era stato nessuno nelle società preesistenti. Tale modello non solo è sopravvissuto, ma è anche stato abbassato su pressione spagnola quando finalmente, dopo alcuni inutili tentativi, a Nizza, nel Dicembre del 2000, venne raggiunto dal Consiglio un accordo sul progetto della Direttiva.

4.1. La Direttiva che integrava lo Statuto per una Società Europea in relazione alla partecipazione dei dipendenti era basata sull'art. 308 del Trattato della Comunità Europea. Tale articolo, tuttavia, poteva essere usato soltanto come una base per la legislazione, se nel perseguire gli obiettivi della Comunità « questo trattato non avesse fornito i necessari poteri ». Tuttavia, il Trattato nella versione emendata di Amsterdam forniva chiaramente il potere legislativo in tale caso (art. 137 par. 3). Inoltre, il requisito indispensabile per un ricorso all'art. 308 non esisteva più²⁶. Le implicazioni pratiche per la procedura legislativa erano importanti. Se la Direttiva si fosse basata sull'art. 137 par. 3 del Trattato della Comunità Europea, sarebbe stata necessaria una consultazione delle parti sociali (art. 138), le quali, allora, avrebbero avuto l'opportunità di far uso della possibilità offerta dall'art. 139: sottrarre la materia alla Commissione e cercare di concludere un accordo che sarebbe dovuto essere presentato al Consiglio per tradurlo in diritto europeo. Evidentemente, la partecipazione delle parti sociali era considerata troppo rischiosa in una situazione in cui l'emanazione della Direttiva sembrava solo una questione di tempo. Tuttavia, questo uso tattico delle disposizioni del Trattato non risulta essere molto utile per la legittimazione del processo legislativo della Comunità. È in qualche modo sorprendente che le parti sociali rimangano in silenzio. Si può con sicurezza dubitare che la Corte Europea di Giustizia riterrà legittima la Direttiva nel caso quest'ultima venga impugnata.

4.2. La Direttiva non si riferisce soltanto alla rappresentanza dei dipendenti nei consigli delle società, ma anche ad un sistema di informazione e di consultazione estremamente simile a quello contenuto nella Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. Inoltre, l'attuale Direttiva deve risolvere il potenziale conflitto tra l'applicazione delle due Direttive. Secondo l'art. 12 par. 1 la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei non si riferisce alla Società Europea e alle sue filiali, se non nel caso in cui lo speciale organo di negoziazione decida di non aprire trattative o di far cessare quelle già iniziate, nel qual caso il vuoto viene colmato dalla stessa Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. In questo modo è esclusa l'eventualità di una doppia struttura di rappresentanza dei dipendenti. Ciò potrebbe portare, in una prospettiva a lungo termine, ad una

²⁶ Questa opinione è condivisa da Schmidt, *Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 2001, 308.

riduzione significativa del campo di applicazione della Direttiva sui Comitati Aziendali. Questo, tuttavia, non significherà una riduzione dell'informazione e della consultazione in termini funzionali, come fra poco vedremo.

Come è già stato fatto notare, la struttura della Direttiva assomiglia molto al modello della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. Essa stabilisce una procedura per raggiungere un accordo e predispone una sorta di rete di sicurezza, costituita dalle regole minime contenute nell'Allegato della Direttiva. Mentre la relazione di Davignon regolava soltanto, relativamente alla Società Europea, forme legali di fusione, di creazione di società *holding* e di creazione di imprese affiliate, la Direttiva ne aggiungeva una quarta: convertire una società esistente in una Società Europea per mezzo di una trasformazione (art. 2 par. 4 del Regolamento dello Statuto). Come è già stato detto in precedenza, la Direttiva fornisce efficienti misure di sicurezza per prevenire una fuga dagli schemi di partecipazione già esistenti.

I requisiti fondamentali per queste quattro tipologie di fondazione di una Società Europea si possono trovare nel Regolamento che contiene lo Statuto per una Società Europea. È possibile una fusione tra diverse società nazionali, se almeno due di queste sono soggette alle leggi di due differenti Stati membri (art. 2 par. 1). Una Società Europea come *holding* può essere creata da diverse società se almeno due di esse sono entrambe soggette alla normativa di differenti Stati membri o, in alternativa, se una società mantiene per almeno due anni una filiale in un diverso Stato Membro che sia soggetta alla legislazione di quello Stato (art. 2 par. 2). Un'impresa affiliata può essere creata da diverse società, come Società Europea, se le rispettive società sono soggette alle leggi degli Stati membri e se esse hanno le loro sedi principali all'interno della Comunità. Almeno due di queste società devono essere soggette alle normative di differenti Stati membri, oppure una società deve mantenere per almeno due anni una filiale in un terzo Stato membro, che sia a sua volta soggetta alle leggi di quello Stato (art. 2 par. 3). La Società Europea stessa è autorizzata a creare una o più Società Europee come filiali (art. 2 par. 4). Secondo l'articolo 2 par. 4 dello Statuto, la trasformazione di una società nazionale in una Società Europea è possibile se la società originaria era stata fondata secondo la legislazione di uno Stato membro, se ha la sua sede principale all'interno della Comunità e se mantiene per almeno due anni una filiale soggetta alla legislazione di un differente Stato Membro (art. 2 par. 4). Nel caso di fusione e di trasformazione i rapporti di lavoro delle società originarie sono automaticamente trasferiti alla Società Europea (art. 29 par. 4, art. 37 par. 9). Nel caso più delicato di trasformazione, la disposizione dell'art. 37 par. 8 è di massima importanza: secondo tale articolo gli Stati membri sono autorizzati a permettere la trasformazione solo se l'organo in cui i lavoratori sono rappresentati delibera a maggioranza qualificata o all'unanimità. Questo articolo deve essere letto in riferimento all'art. 37 par. 3, secondo il quale non è possibile trasferire la sede della società ad un altro stato Membro nel corso della trasformazione. I timori, dunque, che la trasformazione in una Società Europea potessero comportare un'uscita dagli schemi esistenti di partecipazione dei lavoratori sono ridotti in modo significativo. La possibilità di trasfe-

rire più avanti nel tempo la sede della Società Europea non è poi una grande minaccia: la procedura è così complicata e costosa che è estremamente improbabile che essa possa giocare un ruolo importante nell'attuale sistema.

Lo Statuto fornisce due alternative quanto all'organizzazione: un sistema a due livelli ed un sistema ad un livello. Oltre l'assemblea dei soci, il sistema a due livelli ha un consiglio direttivo ed un consiglio supervisore, mentre il sistema a un livello ha solo un consiglio amministrativo (art. 38). Nel sistema a due livelli i membri del consiglio direttivo sono nominati e revocati dal consiglio supervisore, i cui membri sono eletti nell'assemblea generale (art. 40 par. 2). I membri del consiglio amministrativo nel sistema a un livello sono anch'essi eletti dall'assemblea dei soci (art. 43 par. 3). Gli Stati Membri, tuttavia, sono autorizzati a derogare a questi modelli, estendendo a tale ambito le regole che vengono applicate dai loro sistemi nazionali alla Società Europea secondo il combinato disposto dell'art. 49 par. 2 e dell'art. 43 par. 3 con l'art. 47 par. 4). Una Società Europea può essere registrata solo se i requisiti della Direttiva sono rispettati. Inoltre è necessario garantire che le disposizioni sulla partecipazione dei lavoratori non vengano ignorate (secondo il combinato disposto dell'art. 12 par. 2, 3 con l'art. 16 par. 1 dello Statuto). La Direttiva si applica a ciascuna Società Europea, a prescindere dal numero di dipendenti. Tuttavia, bisogna considerare che, pur prescindendo dalla partecipazione dei lavoratori, una Società Europea è sempre una grande entità con un capitale azionario minimo di 120.000 Euro.

5. Come nella Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, la Direttiva sulla Partecipazione dei Dipendenti nella Società Europea prevede uno speciale organo di negoziazione (art. 3 par. 2). Essa regola in dettaglio la composizione di tale organo, assicurandosi che tutti i dipendenti coinvolti dalla creazione di una Società Europea siano rappresentati adeguatamente. A differenza della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, la Direttiva permette che gli Stati membri possano prevedere l'inclusione di rappresentanti dei sindacati nello speciale organo di negoziazione, a prescindere che essi siano o meno dipendenti di una società che partecipa o che riguardino filiali o stabilimenti (art. 3 par. 2 lett. b). Tale disposizione è il frutto dell'intervento tedesco ²⁷. La Direttiva regola inoltre la procedura del processo decisionale all'interno dell'organo speciale di negoziazione (art. 3 par. 4). Di solito l'organo speciale di negoziazione decide con una doppia maggioranza assoluta: (a) la maggioranza assoluta dei suoi membri e (b) la maggioranza assoluta dei dipendenti. Tuttavia, se il risultato delle trattative portasse ad una riduzione dei diritti di partecipazione sarebbe necessaria una terza maggioranza: (a) due terzi dei membri dello speciale organo di negoziazione, (b) e due terzi degli impiegati, oltre a (c) i rappresentanti degli ultimi due Stati Membri, che devono essere inclusi in questa maggioranza dei due terzi. Questa regola non si applica se la partecipazione copre meno del 50% dei dipendenti delle società che prendono

²⁷ Risoluzione del Bundesrat, 29 maggio 1998, 285.

parte alla fusione. Per riuscire a scoprire se vi è una riduzione della partecipazione, la percentuale dei rappresentanti dei dipendenti nell'organo supervisore o amministrativo della Società Europea deve essere confrontata con la percentuale più alta che esiste all'interno delle società partecipanti. In breve e per venire al punto: vi è una misura di sicurezza piuttosto efficace per assicurarsi che attraverso un accordo di tale tipo il livello più alto esistente non possa essere ridotto facilmente o imprudentemente.

Secondo l'art. 3 par. 3, il compito principale dello speciale organo di negoziazione è di trattare con l'organo competente delle società partecipanti per stabilire, attraverso accordi scritti, le intese per la partecipazione dei dipendenti all'interno della Società Europea. Tuttavia, l'organo speciale di negoziazione può decidere di non aprire o di far cessare le trattative già iniziate: tale decisione interrompe la procedura di negoziato. In questo caso le regole minime contenute nell'Allegato non vengono applicate (art. 3 par. 6). Tale decisione necessita perciò di una doppia maggioranza qualificata: i voti dei due terzi dei membri dello speciale organo di negoziazione e almeno i due terzi dei dipendenti, garantendo almeno i rappresentanti di due Stati Membri. Nel caso di conversione attraverso la trasformazione, la possibilità di tale decisione, tuttavia, è esclusa se vi è ancora uno schema di partecipazione. La Direttiva assicura che i lavoratori possano costringere l'organo speciale di negoziazione a rinegoziare, attraverso una richiesta scritta, da parte di almeno il 10% dei dipendenti. Ma, nel caso in cui vengano riaperte le trattative, tuttavia non venga raggiunto nessun accordo con la direzione, è come se non si ottenesse nulla: anche in questo caso le regole minime dell'Allegato non vengono applicate.

Seguendo il modello della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, la Direttiva elenca all'art. 4 le questioni che devono essere trattate dall'accordo, e ricorda alle parti di negoziare con uno spirito di cooperazione (art. 4). Solo nel caso di conversione attraverso la trasformazione la Direttiva prevede un contenuto minimo: l'accordo « deve prevedere almeno lo stesso livello di partecipazione esistente all'interno delle società che devono essere convertite in una Società Europea » (art. 4 par. 4). La durata massima abituale delle trattative è di sei mesi per la fissazione dello speciale organo di negoziazione, durata che può essere estesa fino ad un anno attraverso un accordo (art. 5).

Sempre in linea con gli schemi della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, la Direttiva contiene delle disposizioni sulla riservatezza e sulla protezione dei rappresentanti dei dipendenti (art. 10). Come per la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, la protezione dei rappresentanti dei lavoratori segue il diritto nazionale e le consuetudini: è dubbio se ciò favorirà una certa coerenza tra i membri che operano in tali organi. L'obbligo di riservatezza che continua ad essere applicato anche dopo la scadenza del mandato si riferisce ad ogni informazione data in confidenza, senza alcuna ulteriore specificazione. La possibilità della Società Europea di non rivelare informazioni ai rappresentanti dei lavoratori è molto lontana dall'essere raggiunta ed è anche molto poco specifica: « la sua natura è tale che, secondo criteri oggettivi, così facendo si danneggerebbe seriamente il funzionamento della Società Europea ». Gli Stati

membri, tuttavia, hanno la possibilità di fornire una tale dispensa solo nel caso essa venga accordata in seguito ad una precedente autorizzazione amministrativa o giudiziaria. E sempre seguendo il modello della struttura dei Comitati Aziendali Europei, la Direttiva ricorda all'organo competente della Società Europea e all'organo rappresentativo di lavorare insieme con uno spirito di cooperazione (art. 9). Lo stesso si applica, da un lato, alla cooperazione tra l'organo supervisore e quello amministrativo e, dall'altro, ai rappresentanti dei dipendenti, insieme ad una procedura per l'informazione e la consultazione dei dipendenti. I problemi giuridici che nascono da questa vaga e poco specifica nozione di « spirito di cooperazione » saranno gli stessi che riguardano la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei.

6. La sezione più importante di tutta la Direttiva è l'art. 7: esso elenca i casi in cui le regole minime che si riferiscono alla composizione dell'organo rappresentativo dei dipendenti (parte 1) e che si riferiscono all'informazione e alla consultazione (parte 2) sono previste se (a) le parti sono d'accordo o (b) se non è stato concluso alcun accordo nel periodo di tempo previsto per le trattative. Questo naturalmente avviene solo nel caso in cui lo speciale organo di negoziazione non abbia deciso né di aprire né di far cessare le trattative secondo la procedura illustrata precedentemente. Tuttavia, vi è un'altra condizione che deve essere soddisfatta: l'organo competente di ciascuna delle società partecipanti deve decidere di accettare l'applicazione delle regole minime in relazione alla Società Europea. Ciò avrebbe senso se il rifiuto di accettare le regole minime impedisse la registrazione, ma questo in realtà non avviene. Secondo l'art. 12 par. 2 dello Statuto, la registrazione è possibile dopo la scadenza del periodo di trattative, a prescindere dal fatto che le regole minime siano state applicate o meno. Sembra che gli autori dello Statuto e della Direttiva, su questo punto in particolare, abbiano fallito. Secondo la logica della Direttiva risulta infatti evidente che non ci dovrebbe essere nessuna registrazione possibile se non vengono applicati né un accordo né le regole minime.

7. Le prime due parti delle regole minime trattano dell'informazione, della consultazione e della composizione dell'organo rappresentativo, che deve essere informato e consultato. L'organo rappresentativo dei dipendenti è composto da dipendenti delle società partecipanti e correlati a filiali e stabilimenti. Essi vengono eletti o nominati secondo il diritto nazionale e/o la consuetudine. Ciascun Stato membro che abbia il 10%, o una frazione di tale percentuale, di tutti i dipendenti ha diritto ad un seggio nell'organo rappresentativo dei dipendenti. Il rinvio alla frazione permette evidentemente agli Stati membri di ridurre la percentuale richiesta per un seggio, e dunque di aumentare il numero dell'organo per cui l'Allegato non prescrive un numero minimo o massimo ²⁸. Se la dimensione lo richiede, deve essere nominata fra i

²⁸ Per una visione differente vedi Herfs-Rottgen, *Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2001, 424-429.

suoi membri una commissione selezionata. Quando si presenti questa necessità, risulta essere un problema insoluto: gli Stati membri dovranno specificare questa nozione vaga, e dovranno inoltre stabilire delle regole volte ad assicurare che il numero dei membri, la suddivisione dei seggi e l'organo rappresentativo vengano adattati per tenere conto dei cambiamenti che intervengono all'interno della Società Europea e delle sue filiali e stabilimenti. L'organo competente della Società Europea deve essere informato della composizione dell'organo rappresentativo. Dopo quattro anni l'organo rappresentativo sembra debba esaminare se deve continuare l'applicazione delle regole minime o se devono essere aperte le trattative per raggiungere un accordo.

La seconda parte dell'Allegato tratta della procedura e del contenuto dell'informazione e della consultazione. Questi termini sono definiti in un modo piuttosto complesso all'interno della Direttiva (art. 1 lettera *i e j*). Informazione significa « informare l'organo rappresentativo dei dipendenti e/o dei rappresentanti dei dipendenti attraverso l'organo competente della Società Europea sulle domande che riguardano la Società Europea stessa e qualunque sua filiale o stabilimento situato in un altro Stato membro o che vadano oltre i poteri degli organi decisionali in un singolo Stato Membro, in un modo e con un contenuto che permetta ai rappresentanti dei dipendenti di fare una valutazione approfondita del possibile impatto e, dove necessario, di preparare una serie di consultazioni con l'organo competente della Società Europea ». Consultazione significa « lo stabilire un dialogo e lo scambio di punti di vista tra l'organo rappresentativo dei dipendenti e/o i rappresentanti dei dipendenti e l'organo competente della Società Europea, in un modo e con un contenuto che permetta ai rappresentanti dei dipendenti, sulla base dell'informazione fornita, di esprimere un'opinione riguardo alle misure previste dall'organo competente che possono essere prese in considerazione nel processo decisionale all'interno della Società Europea ». Queste definizioni sono un importante passo avanti rispetto a quelle della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. Esse si riferiscono al collegamento funzionale tra l'informazione e la consultazione, fissano l'arco di tempo ed infine stabiliscono le modalità secondo le quali l'informazione e la consultazione devono essere attuate.

Secondo l'Allegato l'organo rappresentativo ha il diritto di essere informato e consultato in un incontro con l'organo competente della Società Europea almeno una volta all'anno, in merito al progresso degli affari della Società Europea e alle sue prospettive. L'incontro dovrà riferire « in particolare sulla struttura, sulla situazione economica e finanziaria, sul probabile sviluppo degli affari, della produzione e delle vendite, sulla situazione e sul probabile andamento dell'occupazione, sugli investimenti, sui cambiamenti sostanziali che riguardano l'organizzazione, sull'introduzione di nuovi metodi di lavoro o di processi di produzione, sui trasferimenti di produzione, sulle fusioni, sulle chiusure di stabilimenti, sugli stabilimenti o parti importanti di essi, sulle liquidazioni collettive ». Inoltre, l'organo rappresentativo, o in caso di urgenza la commissione selezionata, ha il diritto di incontrare su sua richiesta l'organo competente della Società Europea in circostanze eccezionali che incidano sugli interessi dei dipendenti in misura considerevole. Esempi di tali circostanze

eccezionali sono i casi di eventuale trasferimento, cessione, chiusura di stabilimenti o licenziamenti collettivi. Se l'organo competente in tali casi decide di non agire in conformità con l'opinione espressa dall'organo rappresentativo, tale organo avrà il diritto ad un ulteriore incontro con l'organo competente della Società Europea per riuscire a trovare un accordo. Ciò va ancora una volta al di là della linea tracciata nella Direttiva sui Comitati Aziendali Europei. Le regole sulla possibilità di rivolgersi a degli esperti assomigliano molto a quelle contenute nella Direttiva sui Comitati Aziendali Europei.

8. La terza parte dell'Allegato riguarda la partecipazione dei dipendenti all'interno dell'organo amministrativo o supervisore. Questa partecipazione sta a testimoniare « l'influenza dell'organo rappresentativo dei dipendenti e dei rappresentanti dei dipendenti negli affari di una società attraverso: (a) il diritto di eleggere o di nominare alcuni dei membri del consiglio supervisore o dell'organo amministrativo o (b) il diritto di supportare o di contrastare la nomina di alcuni o di tutti i membri del consiglio supervisore o dell'organo amministrativo » (art. 2 lettera *k* della Direttiva).

Secondo l'art. 12 par. 3 del Regolamento, una Società Europea può essere registrata a prescindere dalla partecipazione dei lavoratori, se nessuna delle società partecipanti è stata « governata da regole di partecipazione antecedenti l'iscrizione alla Società Europea ». In tale caso non è necessario né un accordo né l'applicazione di regole minime. Questo è il già indicato compromesso per la struttura di mantenimento: la soluzione zero.

Per l'applicazione della terza parte delle regole minime (regole per la partecipazione) devono essere soddisfatti ulteriori requisiti rispetto al caso dell'informazione e della consultazione. In caso di trasformazione questa parte si applica solo se la partecipazione dei dipendenti nell'organo amministrativo o supervisore era applicata alla società già prima della trasformazione.

La situazione è estremamente complicata in caso di fusione. Bisogna distinguere due situazioni. La prima, nella quale almeno una delle società già prima della fusione deve essere soggetta ad uno schema di partecipazione, e questo schema deve inoltre coprire almeno il 25% del numero totale dei dipendenti di tutte le società che prendono parte alla fusione. La seconda, per cui nel caso questa copertura sia minore del 25%, l'organo speciale di negoziazione deve stabilire che questa parte delle regole minime venga applicata. A tale modello era estremamente contraria la Spagna, che temeva così di ottenere una certa rappresentanza del consiglio dei dipendenti attraverso la fusione e dunque che aumentassero le pressioni per fissare tale sistema in una legislazione nazionale. Perciò doveva essere raggiunto un compromesso, che ora è stato trovato nell'art. 7 par. 3, secondo il quale gli Stati membri possono stabilire che le regole contenute nella parte 3 dell'Allegato non vengano applicate in caso di fusione. Se viene scelta questa opzione significa che qualsiasi percentuale ci sia di società già coperte da uno schema di partecipazione, non è garantito alcun mantenimento, e ogni aspetto è ancora aperto ad un accordo. Tale accordo, tuttavia, è un requisito indispensabile per la registrazione alla Società Europea (art. 12 par. 3 del Regolamento).

Nel caso di fondazione di una società *holding* bisogna distinguere ancora due situazioni che devono essere presenti per l'applicazione della parte 3 delle regole minime: o almeno il 50% delle società già prima della creazione della società *holding* sono coperte da schemi di partecipazione, oppure la percentuale è più bassa del 50% e lo speciale organo di negoziazione vota per l'applicazione.

Nella parte 3 dell'Allegato bisogna distinguere due casi: se lo schema di partecipazione esisteva solo in una delle società, questo genere specifico di partecipazione deve essere trasferito nella Società Europea. Se esisteva più di una forma di partecipazione all'interno delle rispettive società, sta all'organo di negoziazione decidere quale debba essere scelto per la Società Europea.

Sta all'organo rappresentativo decidere l'assegnazione dei posti nell'organo amministrativo o supervisore tra i membri che rappresentano i dipendenti dei vari Stati Membri, o il modo in cui i dipendenti della Società Europea possono supportare o contrastare la nomina dei membri di tali organi secondo la percentuale di dipendenti della Società Europea in ciascuno Stato membro. Ciascuno Stato membro ha poi il diritto di stabilire l'assegnazione dei seggi che gli vengono concessi nell'organo amministrativo o supervisore. In ogni caso i rappresentanti dei dipendenti sono membri a pieno titolo, con gli stessi diritti ed obblighi dei membri che rappresentano i soci, incluso il diritto di voto.

9. Sembra una questione accademica discutere se la combinazione del Regolamento e della Direttiva come appare oggi sia il modo migliore possibile di integrare la partecipazione dei lavoratori nella Società Europea. Il fatto indiscutibile è che essa dal punto di vista politico è l'unica soluzione possibile. Il modello introdotto dalla Direttiva sui Comitati Aziendali Europei è stato ripetuto: innanzitutto ogni aspetto è stato lasciato agli accordi fra le parti ed è stata fornita una rete di sicurezza nel caso di fallimento delle trattative. Tuttavia non era certo necessario rendere così complicata la struttura procedurale. Ciò naturalmente è dovuto al fatto che dovevano essere raggiunti molti compromessi. Sarà richiesto molto lavoro da parte di esperti per utilizzare una struttura giuridica così complessa. Ciò potrebbe disincentivare la scelta di costituire una Società Europea.

È importante che il caso di trasformazione di una società già esistente sia stato incluso nella nuova struttura regolativa. Perciò l'area di applicazione per il Regolamento e la Direttiva sarà alquanto estesa. I timori che in tal modo possa prodursi una sorta di fuga dai modelli di partecipazione esistenti sono stati prevenuti efficacemente. Tuttavia, il caso più importante nella realtà attuale sarà di certo quello delle fusioni transnazionali: in tali casi la riduzione dei costi di transazione avrà fondamentalmente una funzione di incentivo.

Innanzitutto, la Direttiva prevede un sistema di informazione e di consultazione che imita la Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, ma sotto alcuni aspetti (integrazione dei sindacati, definizione di informazione ...) supera tale modello. In seguito al prossimo emendamento della Direttiva sui Comitati Aziendali Europei, le due strutture saranno pressoché identiche: soltanto i requisiti essenziali per l'applicazione rimarranno diversi.

Nell'area della partecipazione nei consigli di amministrazione vi è ora una garanzia per cui il livello di partecipazione che esisteva precedentemente in un determinato numero di società prima della fondazione di una Società Europea debba essere mantenuto nel caso non venga raggiunto nessun altro accordo. I requisiti essenziali per tale accordo che riduce il livello delle strutture di partecipazione preesistenti sono molto severi. Per il caso della trasformazione, la possibilità di abbassare il già esistente livello di partecipazione per mezzo di un accordo è da escludersi. La Direttiva, tuttavia, in caso di fusione, offre la possibilità di costituire una Società Europea senza nessuna partecipazione. Ciò non si riferisce solo al caso in cui le società che si fondono non hanno un modello di partecipazione, ma a causa del compromesso raggiunto con la Spagna va anche oltre se gli Stati Membri, in considerazione dell'art. 7 par. 3 della Direttiva, fanno uso dell'opzione che viene offerta. Questo è forse un prezzo troppo alto da pagare. Se lo scopo della Direttiva è promuovere la partecipazione dei lavoratori nelle Società Europee — a prescindere da come possa atteggiarsi poi in dettaglio — tale fine non sarà conseguito²⁹. Ci sarà una scissione tra le Società Europee con o senza una partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione. Dunque la competizione non sarà solo tra diversi modelli di consigli di partecipazione, ma tra l'inclusione o la totale esclusione dei rappresentanti dei dipendenti.

È difficile prevedere se il livello di partecipazione dei dipendenti nelle società sarà un elemento decisivo in futuro per la creazione di Società Europee attraverso fusioni. Se così fosse potrebbe risultare chiaro che il modello offerto dalla Direttiva potrebbe rappresentare uno svantaggio competitivo notevole per gli Stati Membri con un alto numero di comitati di rappresentanza dei dipendenti³⁰. Dunque potrebbe aumentare l'urgenza di eliminare tali schemi di partecipazione anche nella struttura della legislazione nazionale. Tale scenario risulta essere molto più plausibile rispetto alla previsione secondo la quale la garanzia di mantenimento del livello di partecipazione porterà ad una esportazione del modello di partecipazione in paesi che non ne sono ancora a conoscenza. Tuttavia, tale previsione potrebbe essere sbagliata sotto un aspetto: potrebbe accadere, infatti, che la necessità, come è stata introdotta dalla Direttiva, di affrontare la partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione come elemento di potere collettivo potrebbe favorire una discussione transnazionale in cui i paesi con alle spalle un'esperienza di tale modello potrebbero riuscire a comunicare in un modo migliore le esperienze positive di tale modello, e così convincere gli scettici dei vantaggi per entrambe le parti. Non c'è dubbio, tuttavia, che i pro e i contro della partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione sono ora più che mai al centro dell'attenzione.

²⁹ Cfr. Weiss, *Workers Participation: A crucial Topic for the EU*, in Hoffmann et alii, *Transnational Industrial Relations in Europe*, 2000, 85-93.

³⁰ Cfr. Herfs-Rottgen, *Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, cit., 429.

Considerata da tale prospettiva, la Direttiva può essere intesa come uno stimolo per riaprire un intenso dibattito sul potere collettivo nel contesto europeo, dove tutti i concetti ben conosciuti devono essere rivisti e riconsiderati: il peso di coloro che possiedono una quota di partecipazione azionaria contro il peso dei terzi fiduciari, la pace nelle relazioni industriali contro il conflitto, la cooperazione contro i modelli conflittuali. In sostanza questa Direttiva potrebbe provocare un nuovo dibattito sulla specifica cultura europea delle relazioni industriali.

In tale prospettiva, la Direttiva deve essere intesa, innanzitutto, come un altro elemento per favorire la diffusione dell'idea di partecipazione dei lavoratori. Per il futuro della partecipazione dei lavoratori essa contiene sia rischi sia speranze. Dal punto di vista istituzionale è infatti aperta ad integrare ciascun concetto. Essa stimola poi una discussione che costituirà un importante contributo per l'identità Europea.

Questo processo dinamico non dovrebbe essere ostacolato dal tentativo di approssimare in qualche modo le strutture di partecipazione al livello nazionale, come in origine era stato inteso dalle proposte per una Quinta Direttiva sulla Struttura delle Società. Tale armonizzazione avrebbe bisogno di un maggiore consenso rispetto a quello che ora è in grado di ottenere. Se potrà essere un obiettivo realistico dipenderà tutto dal risultato del dibattito, in qualche modo fomentato dalla presente Direttiva. Non si può ignorare che la partecipazione dei dipendenti nelle decisioni della società come mezzo di informazione e di consultazione è stata portata al livello di un diritto sociale fondamentale nella recente proclamazione della Carta Europea dei Diritti Fondamentali. La partecipazione dei lavoratori nei consigli di amministrazione, tuttavia, viene ancora intesa come se appartenesse a una categoria differente. Quale *status* essa avrà realmente rimane un problema insoluto.

Il contratto di lavoro in Giappone

Shinya Ouchi

Sommario: **1.** « Individualizzazione ». — **2.** La regolamentazione del contratto di lavoro. — **3.** L'attuale orientamento del Governo. — **3.1.** I contenuti del contratto. — **3.2.** La durata del contratto. — **3.3.** Il licenziamento. — **3.4.** L'orario di lavoro. — **4.** Considerazioni conclusive.

1. In Giappone, i problemi maggiori, in relazione al contratto di lavoro, sono stati provocati dalla « individualizzazione » delle relazioni lavorative, accompagnata dalla diversificazione delle forme e delle modalità di impiego. È poi vero che la « sfera » di incidenza del contratto individuale di lavoro, sulla quale i due contraenti, datore e lavoratore, possono effettivamente incidere, è andata alquanto ridimensionandosi nel tempo. Una serie di norme ha infatti limitato la libertà contrattuale, specialmente prevedendo l'introduzione di disposizioni obbligatorie, oltre che attraverso l'intervento della contrattazione collettiva. Le condizioni stabilite da quest'ultima, in particolare, hanno effetto legale, e non possono essere derogate, a livello individuale, in senso peggiorativo per il lavoratore, come avviene, del resto, nella maggior parte dei paesi europei. Di recente, però, l'importanza del contratto di lavoro individuale è ovunque cresciuta, e ciò può sicuramente provocare una riforma radicale e profonda del tradizionale impianto del diritto del lavoro, basato su di una regolamentazione collettiva che si sostanzia in disposizioni di legge obbligatorie e nella contrattazione collettiva.

Viene da domandarsi a cosa sia dovuto tale mutamento. Per quanto riguarda, in particolare, il Giappone, possono essere considerati quattro fattori fondamentali.

Innanzitutto, la trasformazione della struttura industriale, che ha visto la crescita del settore dei servizi, e l'aumento del numero degli impiegati hanno reso obsoleto il sistema di diritto del lavoro giapponese, che in sostanza era stato pensato per la protezione dei lavoratori dell'industria manifatturiera. Con particolare riferimento agli impiegati, le cui condizioni di lavoro si basano sulla capacità personale e sui risultati prodotti dal singolo lavoratore, è divenuto sempre più complicato disciplinare a livello collettivo i rispettivi trattamenti. In secondo luogo, l'evoluzione sociale e il miglioramento delle condizioni di

* *Shinya Ouchi* è professore di Diritto del lavoro presso la Graduate School of Law, Università di Kobe.

Traduzione di Flavia Pasquini.

vita dei cittadini hanno contribuito alla diversificazione dei bisogni dei lavoratori anche in relazione alla sfera privata, con una conseguente individualizzazione dei fabbisogni dei lavoratori in materia di condizioni di lavoro e tipologie di impiego. Inoltre, se si considera il graduale invecchiamento della popolazione, accompagnato da una diminuzione del tasso di natalità, ci si rende conto che in futuro dovrà essere sempre più utilizzato il lavoro delle donne e degli anziani, finora ben poco diffuso. Le due nuove figure lavorative citate hanno in comune la tendenza a desiderare un lavoro che risulti compatibile con le proprie esigenze individuali, le quali sono correlate, il più delle volte, a responsabilità nell'ambito familiare o a particolari condizioni di salute, a differenza di quanto avviene, invece, per i lavoratori full-time, che dedicano al lavoro la maggior parte del loro tempo, dimostrando una forte fedeltà nei confronti dei datori di lavoro.

In terzo luogo, la sempre crescente concorrenza internazionale, nell'ambito di un mercato ormai interamente globalizzato, richiede la predisposizione di un'organizzazione del lavoro più flessibile, al fine non solo di mantenere, ma addirittura di incrementare l'adattabilità. In Germania, per la determinazione delle condizioni di lavoro, gli accordi collettivi a livello locale e di categoria hanno aperto la strada ad accordi di tipo aziendale, mentre in Giappone gli accordi collettivi, che per la maggior parte si sviluppano a livello aziendale, sono per natura flessibili ed adattabili, visto che i risultati della contrattazione tendono a riflettere in maniera speculare le condizioni economiche e finanziarie di ogni singola impresa. Se, fino a qualche anno fa, la contrattazione collettiva a livello aziendale seguiva schemi prestabiliti a livello nazionale o di categoria, ora tale situazione si è gradualmente modificata, e le sono concessi spazi molto maggiori. Inoltre, le imprese tendono a commisurare i trattamenti dei dipendenti in relazione alle specifiche competenze e ai risultati raggiunti, migliorando in maniera graduale le condizioni previste negli accordi collettivi. Visto che non ci si potrà più aspettare, in futuro, una crescita economica stabile, le imprese non saranno più in grado di mantenere una gestione collettiva ed egualitaria delle condizioni di lavoro, come ad esempio avveniva per i salari basati sull'anzianità.

Nei periodi in cui la tendenza è quella di migliorare le condizioni di lavoro, ciò che importa è in realtà la distribuzione della « torta », e le modalità con cui tale distribuzione debba avvenire generalmente non risultano di alcuna importanza per i lavoratori, una volta che si tenga fede a principi di tipo egualitario. D'altra parte, però, quando le condizioni di lavoro tendono a peggiorare, viene in gioco la distribuzione di tale « peggioramento ». In questo caso, i lavoratori divengono estremamente sensibili alle modalità di distribuzione. Specialmente quando vi sia anche il rischio di licenziamenti, diviene necessario giustificare le modalità distributive adottate, dimostrando la sussistenza di una differenza nelle capacità individuali dei singoli lavoratori, oltre che nella loro effettiva partecipazione all'aumento della produttività.

Infine, si possono prendere in considerazione le particolarità che contraddistinguono il Giappone in relazione al mutamento dell'impiego. In passato, nell'ambito di rapporti di lavoro a lungo termine e stabili, sotto il profilo della

possibilità di mantenimento dell'impiego, tra datore e lavoratore veniva a crearsi una sorta di comunione, così che i lavoratori quasi non avvertivano il legame contrattuale. Posto che di recente, però, tale tipologia di impiego sta gradualmente venendo meno, in favore di un aumento della mobilità del mercato del lavoro, anche la natura della relazione intercorrente tra impresa e lavoratore va modificandosi, da una situazione in cui rilevava lo *status* ad una nuova realtà in cui, al contrario, si sottolinea il ruolo fondamentale del contratto.

A tal proposito, nella gestione delle imprese giapponesi sembra potersi individuare un mutamento, che da un modello orientato all'interesse del lavoratore porta ad un modello orientato all'interesse degli azionisti. In virtù di tale tendenza, gli amministratori rispetteranno gli interessi degli azionisti, e cercheranno di aumentare la redditività per soddisfare le loro esigenze nel breve periodo, anche sacrificando l'interesse dei lavoratori, che dovranno aumentare la produttività in tempi molto brevi.

Ad ogni modo, in tale prospettiva di cambiamento, stanno aumentando i lavoratori che acquistano maggiore coscienza dei diritti e dei doveri che il contratto di lavoro comporta. In passato gran parte dei lavoratori accettavano che l'autorità gestionale fosse totalmente in mano al datore di lavoro, perché avevano come contropartita la sicurezza di un posto di lavoro a tempo indeterminato.

Il cambiamento in corso è poi dimostrato, altresì, dall'aumento del numero di controversie individuali di lavoro. Secondo le statistiche elaborate dal Ministero della Salute, del Lavoro e del Welfare, le questioni emerse nell'ambito del « sistema di assistenza per la risoluzione delle controversie » (introdotto nel 1998, in occasione della revisione della Legge sugli Standard di Lavoro) hanno riguardato i licenziamenti (50%), il peggioramento delle condizioni di lavoro (19,2%), i distacchi e i trasferimenti (9,5%), il recesso da contratti a termine (4,7%), le promozioni (3,2%), e le sanzioni disciplinari (2,5%). Questi dati dimostrano che la diffusione delle ristrutturazioni aziendali provoca una serie di controversie, legate alla diminuzione dell'organico aziendale o ai tagli al costo del lavoro.

Inoltre, le molestie sessuali e il *mobbing*, che non sono stati riconosciuti come violazioni di diritti, sono divenuti un problema di tipo legale, e costituiscono una delle cause fondamentali dell'aumento delle controversie individuali.

Sicuramente i sindacati possono tentare di limitare tali controversie per mezzo della contrattazione collettiva, ma non è certo questa la via migliore, posto che si tratta di questioni di tipo puramente individuale. Inoltre, il tasso di sindacalizzazione sta scendendo fino al 20% circa, e nella maggior parte delle piccole e medie imprese i sindacati non sono assolutamente organizzati. In questi settori non sindacalizzati, la soluzione delle controversie deve necessariamente avvenire per mezzo dell'intervento di organi esterni, come i tribunali o gli organismi amministrativi competenti.

Come già sottolineato, al momento, in Giappone, l'individualizzazione delle condizioni di lavoro sta guadagnando terreno, e la natura stessa delle controversie di lavoro ha subito una forte individualizzazione. La tendenza illustrata

sembra irreversibile, ed è causa del mutamento del sistema normativo in materia di lavoro, da sempre basato su una filosofia di tipo collettivistico. Per questo il Governo giapponese ritiene indispensabile predisporre le basi normative perché i singoli lavoratori possano esercitare pienamente le proprie capacità, e ha cominciato a studiare un nuovo modello di contratto di lavoro. Di recente il Governo ha reso pubbliche le linee di intervento di base in materia, a cominciare dalla predisposizione di alternative alle diverse forme o tipologie di lavoro, in modo da permettere ad ogni lavoratore di esplicitare la propria personalità e le proprie personali capacità, e di ampliare la possibilità, per i dipendenti, di scegliere tra diverse tipologie di lavoro. Sono poi state ipotizzate specifiche regole idonee a garantire condizioni di lavoro adeguate per ogni forma di lavoro, oltre che a garantire la risoluzione delle controversie di lavoro e a coinvolgere datori e lavoratori, o i loro rappresentanti, in un controllo finalizzato all'applicazione delle citate regole.

2. In Giappone, le norme fondamentali in materia di condizioni di lavoro e contratto di lavoro sono contenute nella legge sugli Standard di Lavoro, emanata nel 1947, sulla base di quanto disposto dall'art. 27, comma 2 della Costituzione, il quale stabilisce che i livelli salariali, l'orario di lavoro, i tempi di riposo e le altre condizioni di lavoro devono essere determinati dalla legge. La legge sugli Standard di Lavoro, in particolare, all'art. 13 stabilisce che « Le clausole di un contratto di lavoro che prevedano trattamenti inferiori agli standard contenuti nella presente legge sono invalide, e si intendono sostituite di diritto dalle disposizioni della presente legge ». Gli organismi amministrativi in materia di lavoro vigilano sull'applicazione della legge sugli Standard di Lavoro, e i datori che non vi si adeguano sono sanzionabili penalmente. La legge sugli Standard di Lavoro è caratterizzata da una serie di regole alquanto restrittive in tema di contratto di lavoro, che hanno giocato un ruolo fondamentale nella protezione degli interessi dei lavoratori.

Le materie regolate dalla legge sugli Standard di Lavoro sono le seguenti: parità di trattamento, principio della parità di retribuzione tra uomini e donne, divieto di lavori forzati, eliminazione dell'intermediazione ai fini dello sfruttamento di manodopera, garanzia dell'esercizio dei diritti civili, limitazioni della durata del contratto, previsione esplicita delle condizioni di lavoro, divieto di risarcimenti predeterminati, divieto di accantonamenti obbligatori, restrizioni alla possibilità di licenziare, modalità di irrogazione del licenziamento, attestazioni del periodo di lavoro ai fini pensionistici, restituzione di danaro o di altri beni, pagamento dei salari (i salari devono essere corrisposti in contanti, interamente e direttamente ai lavoratori), trattamenti di integrazione salariale, indennità per i casi di interruzione dell'attività d'impresa, garanzia della retribuzione nei casi di salario proporzionato alla produzione, orario di lavoro, determinazione dell'orario massimo di lavoro mensile o annuale, previsione di un limite al lavoro straordinario su base settimanale, sistemi di orario flessibile, lavoro extra nei casi di necessità temporanee, periodi di riposo, lavoro straordinario e festivo, aumenti retributivi per il lavoro straordinario, lavoro nei giorni festivi e notturno, congedo ordinario retribuito, eccezioni all'applica-

zione della disciplina in materia di orario di lavoro, disposizioni speciali per i minori, per le madri lavoratrici, congedi per indisposizione, formazione per i lavoratori specializzati, regolamenti interni, dormitori, organismi ispettivi, disposizioni penali. Le norme collegate alla legge sugli Standard di Lavoro sono la legge sul Salario Minimo del 1959, la legge sulla Salute e la Sicurezza del 1972 e la legge sull'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro del 1947. Inoltre, altre importanti leggi hanno contribuito ad integrare il diritto del lavoro giapponese, tra le quali: la legge sulle pari opportunità e sulla parità di trattamento tra uomini e donne del 1985; la legge per la regolamentazione della procedura di distacco dei lavoratori e per il miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati del 1985; la legge sui congedi parentali e familiari del 1991, la legge sul miglioramento della gestione del personale part-time del 1993, la legge sulla successione dei contratti di lavoro del 2000, la legge sulla promozione della risoluzione delle controversie individuali di lavoro del 2001 e così via.

La stessa legge sugli Standard di Lavoro è poi stata più volte modificata ed integrata. In particolare, nel 1990, l'orario settimanale di lavoro è stato portato dalle originarie 48 alle attuali 40 ore, il sistema di limitazione dell'orario di lavoro è stato esteso, e sono state introdotte modulazioni di orario flessibile. Nel 1998, poi, è stato rafforzato l'obbligo di indicazione esplicita delle condizioni di lavoro, ed è stato inoltre introdotto il sistema di recapito della lettera di licenziamento, su richiesta del lavoratore, con indicazione delle ragioni dello stesso.

D'altra parte, molte problematiche non sono ancora state prese in considerazione dalla regolamentazione legislativa. La legge sugli Standard di Lavoro nulla dispone in ordine ad una serie di problemi legali di fondamentale importanza, che si verificano nella determinazione delle condizioni di lavoro, come ad esempio quello della vincolatività dei regolamenti interni stabiliti unilateralmente da parte del datore di lavoro, soprattutto se peggiorativi, e quello delle ragioni che giustificano il licenziamento. La legge sugli Standard di Lavoro non contiene disposizioni in ordine a numerose problematiche di rilevanza pratica che possono presentarsi nell'ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro, come trasferimenti, distacchi, sanzioni disciplinari, sospensione del lavoro, obbligo di non concorrenza e di riservatezza, risoluzione del rapporto dopo ripetuti rinnovi, licenziamento connesso alla mancata accettazione di nuove condizioni di lavoro.

Tale stato di cose ha portato la giurisprudenza ad elaborare una serie di regole per disciplinare il contratto di lavoro in mancanza di una regolamentazione legale. In materia di licenziamenti, ad esempio, si è stabilito che il recesso del datore è considerato nullo, in quanto esercitato abusivamente, quando non si fonda su basi ragionevoli, e non sia quindi ritenuto socialmente appropriato. Tale regola è individuata come «esercizio abusivo del diritto di recesso del datore», le cui basi sono state individuate dalla giurisprudenza nei principi generali in materia di abuso del diritto, contenute nel Codice Civile (art. 1, comma 3). Grazie a questa elaborazione giurisprudenziale, la libertà di licenziamento facente capo al datore di lavoro, contenuta nel Codice Civile, è stata

ristretta in maniera considerevole, nonostante non sia mai stata emanata, in Giappone, una legge finalizzata alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati, simile a quelle adottate da numerosi paesi europei.

La legge sugli Standard di Lavoro (art. 93) stabilisce poi che le clausole dei contratti di lavoro che contengono trattamenti inferiori rispetto a quelli stabiliti dai regolamenti interni debbano essere considerate invalide, e sostituite di diritto dalle corrispondenti disposizioni contenute nei regolamenti medesimi. Tale effetto dei regolamenti interni è simile a quello di cui è dotata la legge sugli Standard di Lavoro (art. 13), anche se riguarda solo il caso in cui i contratti di lavoro contengano clausole peggiorative quanto a condizioni di lavoro. Rimane quindi aperta la questione se i regolamenti interni in sé abbiano o meno effetti vincolanti, visto che sembra che il legislatore abbia voluto assimilarli alla legge. In linea teorica, però, è davvero arduo giustificare l'effetto vincolante dei regolamenti interni, che sono predisposti e modificati « unilateralmente » da parte del datore di lavoro. Secondo questa prospettiva, infatti, i regolamenti interni non possono essere vincolanti se non c'è il consenso del lavoratore. La Corte Suprema, comunque, ha attribuito importanza alla regolamentazione collettiva delle condizioni di lavoro, e ha riconosciuto l'effetto vincolante dei regolamenti interni a condizione che il loro contenuto sia ragionevole.

In relazione al trasferimento, la giurisprudenza, da un lato, ha riconosciuto il diritto del datore di cambiare lavoro o luogo di lavoro, sulla base di una clausola generale contenuta nei regolamenti interni o nei contratti collettivi, ma, allo stesso tempo, ha anche limitato l'esercizio di tale diritto, in relazione a particolari situazioni concrete. Più precisamente, l'ordine di trasferimento è nullo, in quanto irrogato abusivamente, se non vi sono esigenze di gestione che lo giustificano, se è motivato da una ragione illecita o contraria alla legge o se può provocare danni al lavoratore.

Il diritto del datore di lavoro di distaccare il lavoratore, ossia di trasferirlo presso un'altra compagnia, mantenendolo però alle proprie dipendenze, è ammesso solo nei casi in cui sia espressamente previsto dai regolamenti interni o dai contratti collettivi. È il giudice, generalmente, a determinare i casi in cui il diritto viene esercitato abusivamente, soppesando le esigenze dell'impresa e il corrispettivo danno per il lavoratore. Nel caso di trasferimento del lavoratore presso un'altra impresa, che comporta l'interruzione del contratto di lavoro con la compagnia originaria, la giurisprudenza richiede che vi debba essere il consenso specifico del singolo prestatore.

Per quanto concerne le sanzioni disciplinari, la legge sugli Standard di Lavoro prevede che il datore debba indicare le ragioni che giustificano la loro irrogazione. Inoltre, le sanzioni devono risultare appropriate, alla luce del tipo e del grado di violazione del regolamento disciplinare. Secondo la giurisprudenza, le sanzioni disciplinari sono nulle e non producono alcun effetto, in quanto irrogate abusivamente, se non sono basate su motivi ragionevoli e non sono conformi alle regole sociali comunemente accettate.

Quanto alla sospensione del rapporto di lavoro, la giurisprudenza tende a valutare in maniera differenziata ogni singolo caso, tenendo conto degli obiet-

tivi, delle funzioni, della ragionevolezza e di un eventuale impatto negativo sui lavoratori delle diverse sospensioni. Ad esempio, secondo la giurisprudenza prevalente, il fatto che un lavoratore sia imputato in un processo non è sufficiente per legittimare la sospensione del rapporto di lavoro, ma sono necessarie due ulteriori condizioni. La prima consiste nella possibilità che la continuazione del rapporto con il lavoratore, in virtù della particolare natura dell'attività o della specifica condotta da lui tenuta, possa comportare per l'azienda una perdita in termini di immagine, o turbare in qualche modo l'ordine aziendale. La seconda si sostanzia nel fatto che la prestazione del lavoratore possa essere resa impossibile, o comunque alquanto difficoltosa, a causa dell'arresto o della carcerazione del lavoratore.

In relazione all'obbligo di non concorrenza, una sentenza molto significativa ha statuito che un dovere del genere, che sia prescritto dai regolamenti interni, è vincolante soltanto ove non restringa eccessivamente la libertà di scelta di una nuova occupazione da parte del lavoratore. Il giudice potrebbe sempre prendere in considerazione la durata e l'ambito della restrizione, e accertare che sia attuata una equa compensazione tra le esigenze e l'interesse dell'impresa, la perdita del lavoratore e l'interesse sociale.

La Corte Suprema ha poi considerato il periodo di prova come quel lasso di tempo durante il quale al datore è attribuita la possibilità di risoluzione dal contratto. Ma proprio perché tale risoluzione può considerarsi, dal punto di vista legale, un vero e proprio licenziamento, ci si deve chiedere fino a che punto tale diritto di risoluzione del contratto possa essere considerato legittimo. La Corte Suprema ha stabilito che l'esercizio del diritto di risolvere il contratto può essere esercitato sulla base dei risultati di un'indagine che tenga conto della durata della prova, così come dell'effettiva situazione di lavoro durante tale periodo.

Per quanto riguarda l'interruzione di un rapporto di lavoro dopo ripetuti rinnovi, la Corte Suprema ha ammesso, in alcuni casi, l'applicazione in via analogica dei principi in materia di « esercizio abusivo del diritto di recesso del datore ». Secondo l'orientamento dominante, quando un contratto di lavoro a termine, per via di una serie di rinnovi ripetuti nel tempo, sia di fatto divenuto un contratto a tempo indeterminato, o quando le parole o la condotta del datore di lavoro abbiano in qualche modo ingenerato nel lavoratore l'aspettativa di poter contare su di un contratto a tempo indeterminato, non è ammessa la risoluzione del contratto di lavoro, per il semplice raggiungimento del termine.

In relazione alla validità di un « licenziamento connesso alla mancata accettazione di nuove condizioni di lavoro » si è assistito ad una discussione alquanto accesa. In passato, la dottrina non riteneva possibile sostenere la validità di questi licenziamenti, alla luce delle elaborazioni in tema di esercizio abusivo del diritto di recesso del datore, ma nel 1995 una decisione della Corte Distrettuale di Tokyo ne ha esplicitamente ammesso la validità. Secondo la decisione della Corte, « nel caso in cui il mutamento delle condizioni di lavoro sia essenziale per l'attività dell'impresa, al punto da prevalere sull'eventuale danno che potrebbe subire il lavoratore, l'aver proposto al lavoratore la conclusione di un

nuovo contratto, contenente il mutamento delle condizioni di lavoro, ne giustificherà il licenziamento in caso di mancata accettazione dell'offerta ».

Quelle appena citate sono soltanto le principali, anche se non certo esaustive, regole predisposte dalla giurisprudenza in relazione alla regolamentazione del contratto di lavoro. Ciò dimostra che in Giappone, quanto meno nell'ambito delle relazioni individuali di lavoro, la giurisprudenza gioca un ruolo ancor più importante di quello rivestito dalla legge. Parte della dottrina ritiene che tale situazione sia fonte di notevoli problemi, visto che sia per i datori che per i lavoratori la conoscenza e l'interpretazione delle decisioni dei giudici risultano di estrema difficoltà. Il problema potrebbe poi essere risolto, sempre secondo tali studiosi, codificando le decisioni giurisprudenziali in materia di lavoro, con particolare riguardo all'esercizio abusivo del diritto di recesso del datore.

Esistono però alcuni inconvenienti nella codificazione della giurisprudenza in materia di rapporti di lavoro. Ad esempio, come dimostra molto bene la discussione sempre accesa in materia di licenziamenti, l'approvazione di una legge sarebbe osteggiata sia da parte dei datori, sia da parte dei lavoratori, in quanto questi ultimi la desidererebbero, se non molto simile, addirittura più restrittiva dell'attuale orientamento giurisprudenziale in materia di esercizio abusivo del diritto di recesso, mentre i primi sarebbero favorevoli ad un intervento normativo ben più blando. Inoltre, la teoria dell'esercizio abusivo del diritto, alla quale hanno fatto frequentemente ricorso le corti giapponesi, potrebbe contribuire ad una risoluzione più equa delle controversie. Anche se le regolamentazioni giurisprudenziali fossero codificate, il legislatore dovrebbe fare uso di misure più « soft », ad esempio evitando il più possibile disposizioni obbligatorie.

Fare chiarezza in termini di regolamentazione legale contribuirebbe certamente a chiarire pure le linee di condotta datoriali, oltre che a far venire alla luce le ipotesi di servilismo, e allo stesso tempo costituirebbe un incentivo all'esercizio dei diritti e alla difesa degli interessi dei lavoratori. Già nel 1998, il sistema di assistenza per la risoluzione delle controversie individuali di lavoro era di tipo amministrativo, e forniva assistenza e consulenza alle parti in causa. Nel 2001 è stata poi emanata la legge per la Promozione della Risoluzione delle Controversie Individuali di Lavoro, ed è stato introdotto un sistema conciliativo che fa capo alla Commissione per la Risoluzione delle Controversie. Al momento è in corso un acceso dibattito sull'eventualità di predisporre un sistema globale per la risoluzione delle controversie individuali di lavoro, e le proposte in materia sono numerose. Vi è chi propone, ad esempio, l'ampliamento delle funzioni delle Commissioni per le Relazioni Industriali, che sono organismi amministrativi con competenze limitate, almeno fino ad oggi, alle controversie di lavoro collettive. Alcuni sostengono che la procedura di conciliazione in sede civile che si attua nei tribunali potrebbe essere utilizzata per le controversie individuali di lavoro, mentre altri ancora sostengono la promozione della risoluzione delle controversie a livello provinciale o a quello delle prefetture.

3. Attualmente, il Ministero della Salute, del Lavoro e del Welfare sta esaminando l'ipotesi di una regolamentazione normativa delle condizioni di lavoro; i temi più discussi, in particolare, riguardano la precisazione del contenuto del contratto di lavoro, la durata, la disciplina del recesso e l'orario di lavoro.

3.1. L'art. 15 della legge sugli Standard di Lavoro obbliga il datore a stabilire espressamente le condizioni di lavoro del lavoratore. Secondo la legge sul miglioramento degli standard di lavoro, art. 5, comma 1, le condizioni di lavoro che richiedono l'espressa individuazione sono il termine del contratto, il luogo di lavoro e il contenuto della prestazione richiesta, l'orario di lavoro, il trattamento economico, il collocamento a riposo ed il relativo trattamento pensionistico, emolumenti straordinari, i costi dei pasti a carico dei lavoratori, salute e sicurezza, formazione professionale, indennità per infortuni, premi, sanzioni e ipotesi di sospensione del lavoro. In particolare, il termine del contratto, il luogo di lavoro e il contenuto della prestazione richiesta, l'orario di lavoro, il trattamento economico, il collocamento a riposo ed il relativo trattamento pensionistico devono essere pattuiti per iscritto. In ogni caso, proprio perché le materie soggette all'obbligo di espressa pattuizione coincidono quasi del tutto con quelle che devono essere contenute nei regolamenti aziendali, secondo quanto dispone l'art. 89 della legge sugli Standard di Lavoro, la disposizione di cui all'art. 15 si considera soddisfatta se il datore di lavoro consegna ai singoli lavoratori copia del regolamento interno.

Inoltre, il dovere di pattuizione espressa delle condizioni di lavoro è prescritto dalla disposizione che prevede, per gli organismi pubblici e le agenzie private che si occupano di orientamento al lavoro, ricerca di personale o fornitura di lavoro, l'obbligo di specificare espressamente le condizioni di lavoro a coloro che sono in cerca di un'occupazione e che rispondono agli annunci.

Comunque, nonostante la consapevolezza dell'importanza di una chiara indicazione delle condizioni di lavoro, la situazione generale sembra tutt'altro che soddisfacente, posto che tutte le condizioni di lavoro di maggior rilievo non necessitano di espressa menzione per iscritto. Le imprese di minori dimensioni in genere fanno poco uso dei regolamenti interni, al fine di informare i lavoratori in merito alle condizioni di lavoro. Inoltre, visto che il dovere imposto al datore di specificare le condizioni di lavoro si concretizza al momento della stipulazione del contratto di lavoro, che, nel caso di assunzione di neolaureati, avviene anche molti mesi prima che il lavoratore inizi a prestare servizio, in alcuni casi il datore di lavoro non sarebbe in grado di specificare le condizioni di lavoro nemmeno se lo volesse. Sebbene le motivazioni poste alla base dei provvedimenti disciplinari e del licenziamento siano di grande interesse per i lavoratori, sarebbe quanto meno irrealistico pensare di poter richiedere tali ragioni in anticipo al datore.

Deve comunque essere tenuto in considerazione il caso in cui il contenuto del contratto di lavoro non sia sufficientemente chiaro, perché ciò comporta un rischio anche per lo stesso datore di lavoro che abbia determinato unilateralmente le condizioni del contratto di lavoro. All'interno del Consiglio Tripartito di Governo, i rappresentanti dei lavoratori hanno richiesto che i datori vengano

obbligati a chiarire le regole in materia di relazioni industriali, visto che tale obbligo non rientra in quello di esplicita menzione delle condizioni di lavoro. Le controversie di lavoro, che spesso sono provocate dall'interruzione del rapporto causata dal licenziamento, se fossero chiaramente disciplinate da apposite norme sostanziali e procedurali potrebbero essere ridotte, o quanto meno condotte a soluzioni maggiormente soddisfattive per le parti. Con la riforma della legge sugli Standard di Lavoro del 1998 è stata introdotta una disposizione che impone al datore di lavoro di esplicitare le ragioni del licenziamento. Da parte datoriale si afferma che tale norma è sufficiente a soddisfare le necessità di specificazione delle regole in materia di interruzione del rapporto di lavoro, ma tale disposizione, in realtà, non risulta soddisfacente per i prestatori, non comportando la possibilità di conoscere le ragioni del licenziamento nel momento stesso in cui quest'ultimo viene irrogato.

In ogni caso, secondo la legge sugli Standard di Lavoro, è prevista una sanzione penale nel caso in cui il datore contravvenga all'obbligo di esplicitare chiaramente le condizioni di lavoro. Una sanzione penale per l'aver violato norme di diritto civile in materia di contratti sembra però troppo severa per i datori di lavoro. Certo non può negarsi la necessità di risolvere il problema del mancato scambio di informazioni tra le parti di un medesimo contratto, tanto che gran parte della dottrina civilistica afferma il dovere della parte che detiene maggiori informazioni (in genere l'impresa) di fornirle all'altra (cfr. la legge sui Contratti con i Consumatori del 2000). Dal dibattito sviluppatosi in seno alla dottrina civilistica il dovere di esplicita menzione delle condizioni di lavoro dovrebbe essere considerato come un dovere derivante dalla disciplina dei contratti in generale, che comporta, nel caso non venga osservato, solo il risarcimento dei danni o la nullità del contratto.

3.2. Vi è un crescente bisogno di flessibilità nella predisposizione di un termine al contratto di lavoro. Il codice civile del 1896 stabilisce che entrambe le parti possono recedere dal contratto di lavoro quando sono trascorsi cinque anni, il che significa, in sostanza, che la durata massima del contratto a termine è fissata in cinque anni. Secondo l'art. 14 della legge sugli Standard di Lavoro del 1947, i contratti di lavoro, ad eccezione di quelli che fanno riferimento, in relazione alla durata del contratto, al tempo che risulterà necessario per il completamento di un determinato progetto, non possono essere conclusi per un periodo superiore ad un anno. A seguito della riforma della legge sugli Standard di Lavoro del 1998, la durata massima è stata aumentata fino a tre anni, ma solo nei seguenti casi: *a)* quando il contratto di lavoro è concluso con lavoratori aventi la professionalità, l'esperienza e le conoscenze necessarie per la creazione di nuovi prodotti, servizi, tecnologie, o per particolari ricerche scientifiche; *b)* quando il contratto di lavoro è concluso con lavoratori aventi la professionalità, l'esperienza e le conoscenze necessarie per attività di avviamento, conversione, espansione, ridimensionamento o cessazione dell'attività aziendale, da definirsi in un periodo di tempo determinato; *c)* quando il contratto di lavoro è concluso con lavoratori aventi un'età superiore a 60 anni. La finalità perseguita dalla legge sugli Standard di Lavoro è certamente quella

di limitare, tramite la stipulazione preferenziale di contratti a lungo termine, la libertà di lasciare l'azienda, e ciò sulla base della passata esperienza, dove i contratti a termine erano utilizzati nell'ambito di una gestione « feudale » dei rapporti di lavoro.

Oggi, però, i timori relativi agli effetti negativi dei contratti a termine sono sicuramente diminuiti. L'attuale regolamentazione legale funziona piuttosto come un vincolo alla libertà contrattuale, e i datori insistono affinché la durata massima dei contratti sia nuovamente fissata da 1 e 3 a 5 anni.

In un'ottica comparativa, la regolamentazione giapponese sul termine non sembra basarsi su di un principio generale. Ad esempio, non esiste la convinzione che il contratto di lavoro a tempo indeterminato debba costituire la regola, al contrario di quanto avviene nella maggior parte delle nazioni europee, dove il contratto di lavoro a termine costituisce un'eccezione. Certo è vero che in Giappone solo i lavoratori regolari hanno un impiego stabile, ma tale *status* di lavoratore regolare non è previsto dalla legge. Inoltre, deve aggiungersi che in Giappone non esistono norme che impongono la sussistenza di necessità temporanee, per stipulare un contratto a termine, come avviene, invece, in Europa. Può quindi affermarsi che non sussistono vincoli rilevanti per allentare leggermente la regolamentazione in materia di contratto a termine.

D'altra parte, grande attenzione desta la problematica connessa alla legittimità di porre termine al contratto di lavoro, a seguito dei ripetuti rinnovi di un contratto di lavoro a termine. La giurisprudenza, come anticipato, è orientata nel senso di ritenere ammissibile l'interruzione del rapporto solo in presenza di una ragione obiettiva e razionale. In tale ottica, la limitazione della durata del contratto non può essere analizzata dal punto di vista degli effetti negativi delle limitazioni temporali, bensì da quello della sicurezza dell'impiego a lungo termine. A tal proposito occorre certamente ricordare che la regolamentazione del licenziamento e quella dei contratti di lavoro a termine sono intimamente correlate. Nell'ambito di una regolamentazione maggiormente restrittiva dei licenziamenti, anche la disciplina dei contratti a termine dovrebbe risultare tale, al fine di evitare l'aggiramento della disciplina in materia di licenziamenti. Al contrario, se la disciplina del licenziamento avesse maglie più larghe, non sarebbe nemmeno necessaria una serie di norme sul contratto a tempo determinato. È quindi necessario prendere in considerazione un'ipotesi di revisione delle norme in materia di contratto a termine, tenendo conto di una eventuale revisione anche delle norme in materia di licenziamento, sia pur in una prospettiva generale, che prenda le mosse, ad esempio, da una politica connessa al mercato del lavoro.

Il principio di libertà contrattuale comporta che le parti di un contratto di lavoro siano libere di apporre un termine al contratto, se tale termine non è troppo lungo. Inoltre, in linea di principio, i rapporti di lavoro a tempo determinato dovrebbero interrompersi allo scadere del termine, anche se il contratto è stato rinnovato più volte. Ad ogni modo, se sarà confermata la regolamentazione giudiziale, secondo la quale l'interruzione del rapporto contrattuale dopo numerosi rinnovi dovrebbe essere giustificata da una ragione

razionale, potrebbero essere chiarite le condizioni richieste per la continuazione del rapporto di lavoro a termine, come ad esempio il contenuto dei criteri di ragionevolezza.

Attraverso l'esplicitazione di una norma in tema di risoluzione del contratto di lavoro, si renderebbe possibile, per il datore di lavoro, la conoscenza anticipata delle condizioni che potrebbero portare all'interruzione della relazione contrattuale, e si ridurrebbe, nel contempo, il rischio di dover continuare ad impiegare manodopera non necessaria quando le condizioni dell'economia e del mercato non lo consentano. Tale possibilità potrebbe poi comportare, come conseguenza, l'incentivazione di nuove assunzioni, e divenire una misura di lotta alla disoccupazione.

I lavoratori rilevano però il pericolo che un incremento del numero dei dipendenti con contratto a tempo determinato possa avere come risultato la diminuzione dei rapporti di lavoro con caratteristiche di forte stabilità, a vantaggio di posizioni precarie. Simili conclusioni sono state tratte in relazione al lavoro temporaneo. A tal proposito, va sottolineato che nel diritto giapponese il principio della parità di salario a parità di lavoro non è chiaramente riconosciuto. Da parte dei lavoratori ciò comporta il timore che, senza l'esistenza di un principio di tal genere, il datore di lavoro potrebbe sfruttare i lavoratori a termine come manodopera a basso costo. A seguito del recente dibattito, che si è sviluppato in tema di parità di trattamento tra lavoratori part-time e full-time, il salario dei lavoratori part-time non dovrebbe essere inferiore all'80% del salario corrisposto ai lavoratori full-time che si trovino nella medesima posizione di impiego. Tale problematica potrebbe essere risolta con maggiore facilità, poi, se ci si chiedesse fino a che punto potrebbe essere socialmente accettata una differenza di tutele tra lavoratori regolari e non.

3.3. Come anticipato, in Giappone il diritto di licenziamento è limitato dall'intervento giurisprudenziale. Posto che le basi legali delle considerazioni in materia di « esercizio abusivo del diritto di licenziamento » posano sul principio generale contenuto nel Codice Civile (art. 1, comma 3), la sua concreta applicazione è per gran parte lasciata alla discrezionalità del giudice. Risulta perciò difficile, sia per il datore, sia per il lavoratore, poter prevedere in anticipo se un licenziamento sia efficace oppure no. Sicuramente la giurisprudenza precedente in materia è orientata nel senso di ritenere giustificati i licenziamenti ove ricorrano le seguenti ragioni: innanzitutto, dove vi sia un accordo sindacale; in secondo luogo, ove manchino le capacità necessarie per svolgere quella specifica attività; in terzo luogo, quando siano violate regole disciplinari; infine, quando ricorrano particolari esigenze aziendali. L'ultima tipologia di licenziamento è denominata « licenziamento di aggiustamento ». In relazione a questi casi, la giurisprudenza ha stabilito che, per far rientrare il licenziamento nell'ambito delle teorie sul licenziamento abusivo, devono necessariamente ricorrere le seguenti condizioni: la necessità di ridurre il numero dei dipendenti; la necessità di ricorrere al « licenziamento di aggiustamento »; la predisposizione di una selezione dei lavoratori da licenziare, oltre che di procedure appropriate che comportino, ad esempio, la consultazione con le

rappresentanze sindacali. È la c.d. «regola delle quattro condizioni per il licenziamento di aggiustamento».

Tra le citate ragioni che giustificano il licenziamento, il caso in cui manchino le capacità necessarie per svolgere quella specifica attività è stato interpretato in maniera alquanto restrittiva. Anche qualora l'incompetenza dei lavoratori sia evidente, il giudice tende a dare rilievo ad ogni genere di circostanza che sia in grado di risolversi a favore del lavoratore. È così alquanto raro che il giudice si pronunci sulla validità di un licenziamento irrogato per incapacità del lavoratore. Ad esempio, la validità del licenziamento motivato sulla base del rilievo che il lavoratore non esegue la prestazione al livello richiesto è dichiarata solo nei casi in cui ciò risulti evidente, e non vi sia alcun margine per un possibile miglioramento, nemmeno con una maggiore assistenza da parte del datore. La conseguenza di tale orientamento consiste nell'estrema difficoltà di individuare in quali casi il datore di lavoro possa licenziare i propri lavoratori incompetenti, e in generale non risulta semplice comprendere in quali casi si possa procedere al licenziamento, ove ricorra una situazione economica negativa.

Parte della dottrina teme che tale incertezza nell'ambito della disciplina legale possa in qualche modo costituire un ostacolo a scelte ragionate, sia da parte del datore, sia da parte dei lavoratori. Certo la codificazione dei precedenti giurisprudenziali potrebbe rivelarsi un'utile soluzione ai problemi appena menzionati, ma anche la semplice elaborazione giurisprudenziale presenta lati positivi, quali ad esempio il potersi adattare in maniera molto più elastica rispetto alla legge ai continui mutamenti socio-economici. Inoltre, il Governo sta predisponendo una serie di azioni finalizzate ad accrescere la mobilità delle forze di lavoro. Visto che le limitazioni previste in materia di licenziamenti sono strettamente connesse ai livelli di mobilità dei lavoratori, una politica orientata verso una maggiore mobilità dovrebbe tenerne conto.

Per quanto concerne i requisiti procedurali, nella giurisprudenza vi è un vuoto rilevante. Non può sicuramente negarsi l'importanza delle procedure di licenziamento per la difesa degli interessi dei lavoratori, anche se, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, non è richiesto alcun requisito procedimentale per la validità del recesso datoriale. A tale riguardo, un intervento del legislatore potrebbe prevedere una procedura di consultazione con i lavoratori o con i loro rappresentanti, anche se forse sarebbe maggiormente auspicabile una diversa interpretazione, da parte dei giudici, della «dottrina sull'esercizio abusivo del diritto di licenziamento». Più precisamente, la giurisprudenza attualmente ritiene che solo la mancata consultazione con i lavoratori da licenziare o con i loro rappresentanti possa comportare la nullità del licenziamento. Tale interpretazione induce i datori di lavoro a cercare di trovare un accordo con i lavoratori, ed è in grado di condurre ad una risoluzione del rapporto di lavoro soddisfacente per entrambe le parti, ad esempio attraverso la predisposizione di incentivi al pensionamento o a forme di assistenza alla ricerca di una nuova occupazione.

Un ulteriore punto di discussione riguarda i rimedi predisposti in caso di licenziamento ingiustificato. In Giappone, secondo la giurisprudenza, un licen-

ziamento ingiustificato è nullo e invalido, e il rapporto tra datore e lavoratore si considera come mai interrotto. In questi casi il giudice deve ordinare la reintegrazione del lavoratore e la corresponsione delle retribuzioni non versate dal momento del licenziamento fino alla data della sentenza che ne accerti la mancanza di giustificazione. Da ciò risulta chiaro che in Giappone il lavoratore non ha la possibilità di scegliere di ricevere un'indennità in danaro, al posto della reintegrazione. Tale procedimento risarcitorio, però, non è detto che si riveli adatto per la risoluzione delle controversie in materia di licenziamenti, dove il rapporto fiduciario tra datore e lavoratore subisce una rottura. L'ordine giudiziale di reintegra non può sicuramente ricostruire un rapporto di fiducia, anche se può ricostituire un rapporto sotto il profilo legale. Ciò considerato, parte della dottrina sostiene che dovrebbe concedersi al lavoratore la possibilità di scegliere tra reintegrazione e indennità. A parere di chi scrive, la soluzione preferibile dovrebbe essere quella di favorire la soluzione della controversia attraverso la corresponsione di una indennità, adottando un'interpretazione secondo la quale l'offerta, eventualmente avanzata da parte del datore di lavoro, di corrispondere al lavoratore una serie di emolumenti che potrebbero rendergli meno disagiata l'avvenuta perdita del posto di lavoro, dovrebbe essere considerata favorevolmente a favore dello stesso datore, nell'ambito della dichiarazione di invalidità del licenziamento.

3.4. Per quanto concerne l'orario di lavoro, è alquanto discusso, al momento, quale tipo di regolamentazione legale possa meglio attagliarsi alle nuove forme diversificate e flessibili di lavoro. Per gli impiegati, che sono pagati sempre più spesso in relazione alla qualità del loro lavoro e alla loro produttività, piuttosto che in relazione al numero di ore lavorate, l'attuale severa regolamentazione dell'orario di lavoro è assolutamente inadeguata, in particolare ove si consideri la norma che impone al datore di lavoro di pagare somme aggiuntive ai lavoratori, a titolo di premio, in relazione alla quantità di lavoro straordinario prestato. Da parte datoriale giungono richieste non solo di semplificazione e di estensione della procedura che consenta, in via facoltativa, di prestare lavoro oltre l'orario massimo previsto, ma anche di introduzione di sistemi particolari per gli impiegati, modellati sul sistema statunitense.

In relazione alla regolamentazione dell'orario, deve tenersi conto del fatto che il troppo lavoro causa veri e propri problemi di salute. In passato, il problema del superlavoro degli impiegati non era preso in grande considerazione, ma di recente è intervenuta una sentenza che ha applicato in maniera estremamente restrittiva, per un gruppo di dipendenti di banca, la regolamentazione prevista dalle legge in materia di orario di lavoro. Certamente l'attuale regolamentazione legale in materia necessita di essere rivista, ma finché ciò non avverrà, essa dovrà essere rispettata.

In materia di Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, con conseguente richiesta di danni, provocati dal mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, delle norme a tutela della salute e della sicurezza del lavoratore, si sono già presentati alcuni casi in cui il danno alla salute era causato dal superlavoro. Ora sono sempre maggiori le richieste di regolamentazione dell'orario di lavoro in

modo da poter prevenire danni alla salute, in particolare di tipo psichico, come la depressione. A tal proposito, il sistema che permette di separare il calcolo delle ore di lavoro da quelle effettivamente prestate, se da un lato dovrebbe rispondere alle esigenze di regolamentazione dell'orario per gli impiegati, dall'altro sembra invece poter agevolare ipotesi di superlavoro, con conseguenti danni alla salute.

4. Quanto al futuro della regolamentazione legale del contratto di lavoro, ci si deve porre alcuni quesiti preliminari: innanzitutto, chi sia soggetto a tale regolamentazione; in secondo luogo, quali materie vengano ad essere regolamentate; in terzo luogo, quali metodi siano utilizzati per la regolamentazione. Innanzitutto, quanto ai soggetti a cui la normativa dovrebbe rivolgersi, può prendersi quale parametro di riferimento la legge sugli Standard di Lavoro, che all'art. 9 individua la figura di « lavoratore » in colui che è impiegato in un'impresa o in un qualsiasi luogo di lavoro e riceve per questo una retribuzione, indipendentemente dal tipo di attività svolta. In generale, la Legge sugli Standard di Lavoro considera « lavoratore » colui che risulta legalmente o economicamente subordinato al proprio datore di lavoro, e di conseguenza classifica come lavoratore autonomo, escludendolo dalla protezione normativa, chiunque presti la propria attività senza vincolo di subordinazione.

È però una realtà che i lavoratori autonomi, sempre più spesso, hanno rapporti soltanto con poche imprese, dalle quali divengono quindi sostanzialmente dipendenti. È stato inoltre sottolineato come, al fine di eludere le normative protettive in materia di lavoro, alcune imprese stipulano contratti simulati con lavoratori autonomi, che in realtà svolgono la medesima attività dei lavoratori subordinati.

Tale situazione deriva anche dalle rilevanti diversità, quanto a forme di protezione del lavoratore, tuttora esistenti tra lavoro autonomo e lavoro subordinato. Per questo dovrebbe essere prospettata una sorta di piattaforma di regole comuni applicabili a tutti coloro che utilizzano lavoro altrui, di qualsiasi tipo esso sia. In tale prospettiva, il dibattito italiano su un eventuale « Statuto dei lavori » appare di notevole interesse.

Per quanto riguarda le materie oggetto di regolamentazione, una sorta di « individualizzazione » delle condizioni di lavoro sta facendo crescere in misura sempre più evidente la necessità di specificare ed illustrare il contenuto di ogni singolo contratto di lavoro al momento della sua stipulazione. Inoltre, quando le condizioni di lavoro vengono modificate, spesso si avverte la necessità di una nuova regolamentazione legale, o quantomeno di un intervento giurisprudenziale innovativo. D'altra parte, oggi alcune delle disposizioni contenute nella legge sugli Standard di Lavoro sono considerate assolutamente inutili: il divieto di prevedere forme di indennizzo il cui ammontare sia predeterminato, ad esempio, potrebbe derivare dalle norme generali sui contratti, e non costituire una forma di protezione di stampo prettamente lavoristico. In ogni caso, le disposizioni a cui sono ricondotte sanzioni penali dovrebbero essere ridotte.

Infine, quanto ai metodi utilizzati per la regolamentazione, non è necessario, a

parere di chi scrive, che sia mantenuto in vigore un « pacchetto » costituito da norme obbligatorie, ispezioni amministrative e sanzioni penali. Ciò che risulta paradossale è che la previsione di sanzioni estremamente severe ha causato sostanzialmente la disapplicazione di alcune disposizioni, a causa dell'estrema cautela adoperata dall'autorità nell'irrogare le pene. Certamente la sanzione penale ha un effetto intimidatorio che può contribuire a rendere meno necessarie le ispezioni amministrative, ma visto che il contratto di lavoro è, prima di tutto, un contratto, sarebbe auspicabile che la sua regolamentazione si rifacesse il più possibile alle norme generali sui contratti. In questo modo, la sanzione penale potrebbe essere riservata ai casi in cui è particolarmente sentita l'esigenza di prevenire comportamenti illegittimi del datore di lavoro, come ad esempio in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. Altre materie, invece, potrebbero sicuramente essere depenalizzate.

Per quanto riguarda le norme civilistiche, dovrebbero essere utilizzate disposizioni non obbligatorie, in modo da lasciare maggiore libertà ai contraenti, fino a che non si formi una sorta di contenuto tipico del contratto, rafforzando, nel contempo, la capacità di auto-determinazione dei lavoratori. Inoltre, in alcuni casi potrebbe essere portata avanti l'idea di introdurre disposizioni semi-obbligatorie, derogabili solo da un accordo individuale che sia considerato ragionevole, o anche da un accordo collettivo stipulato tra datore e rappresentanti dei lavoratori di un determinato stabilimento.

Una regolamentazione più « leggera », contenente norme non obbligatorie o comunque semi-obbligatorie, potrebbe contribuire a rendere la regolamentazione del contratto di lavoro maggiormente flessibile ed adattabile alla individualizzazione delle condizioni di lavoro.

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA ITALIANA

La sentenza INAIL: spunti di riflessione.

Vania Brino

Sommario: **1.** I motivi della ricerca. — **2.** Brevi considerazioni sulla nozione di impresa nel diritto comunitario. — **3.** Causa C-218/00: i profili ricostruttivi con una particolare attenzione alla natura dell'ente coinvolto. — **3.1.** L'intervento dell'Autorità Antitrust. — **4.** Il parere definitivo della Corte di Giustizia. — **5.** Ipotesi conclusive.

1. La sentenza in oggetto, intervenuta nel corso di un acceso dibattito in merito alle possibili interferenze del diritto comunitario della concorrenza sul diritto nazionale del lavoro, affronta nuovamente il tema della nozione di impresa al fine di individuare l'ambito soggettivo di applicazione delle norme sulla concorrenza e gli eventuali limiti che interessi economici e ragioni di mercato incontrano nel processo di comparazione con diritti di diversa natura, in particolare con i diritti sociali.

Le questioni sollevate rientrano nel più ampio filone giurisprudenziale che affronta la relazione tra principi nazionali di stampo solidaristico e regole di chiara ispirazione economica imposte dalla Comunità Europea agli Stati membri (Cause riunite C-159/61 e C-160/91, Poucet e Pistre; Causa C-244/94, Federation Française des Sociétés d'Assurances; Causa C-67/96, Albany International/Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie; Cause riunite C-115/97, C-116/97 e C-117/97; Causa C-217/97).

L'interesse suscitato dalla causa dipende in larga misura dal fatto che in essa, per la prima volta, si discute sulla legittimità di un precetto costituzionale, quale l'art. 38 della Cost., in relazione al diritto europeo della concorrenza.

Il rischio di vedere scalfito un principio di portata costituzionale perché in contrasto con la normativa sulla concorrenza, è stato in ogni modo evitato grazie all'intervento della Corte di Giustizia che ha seguito la linea intrapresa dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza n. 36 del 3 febbraio 2000¹ ed ha quindi dichiarato legittimo il monopolio assicurativo dell'Inail.

* Vania Brino è dottoranda in Diritto del lavoro presso l'Università Cà Foscari di Venezia.

¹ In particolare la Corte ha sottolineato come lo Stato sia libero di organizzare autonomamente le strutture destinate ad operare in materia di sicurezza sociale « sempre che la scelta degli stessi sia tale da costituire piena garanzia per i lavoratori, al conseguimento delle previdenze alle quali hanno diritto, senza dar vita a squilibri e sperequazioni »; in *FI*, 2000, I, 704; in *GC*, 2000, I, 1623. Per un raffronto tra l'intervento comunitario e la sentenza della Corte Costituzionale si rinvia a Bonardi, *Solidarietà versus concorrenza: la Corte di Giustizia si pronuncia a favore del monopolio Inail*, in *RIDL*, 2002, II, 462.

Tuttavia, nonostante sia stato tutelato l'interesse sociale e collettivo sotteso alla creazione di un monopolio in materia di sicurezza e previdenza sociale, è significativo rilevare come l'apparente contrasto tra i principi di ordine sociale e le regole della concorrenza possa riflettere, e il caso in discussione ne è un esempio, i principi diversi sui quali poggiano gli interventi della Corte Costituzionale Italiana e della Corte di Giustizia Europea ².

La dottrina più attenta propone quindi, accanto alla tanto discussa "costituzionalizzazione" dei diritti sociali ³ che permetterà un "gioco ad armi pari" tra precetti economici e principi di natura sociale, lo sviluppo di un più intenso dialogo tra le Corti affinché l'integrazione europea si realizzi anche e soprattutto sul piano dei valori ⁴.

Si indagheranno di seguito le ragioni che hanno spinto il giudice comunitario ad escludere dal campo di applicazione delle regole della concorrenza l'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, ed in particolare sulla natura attribuita all'attività dallo stesso svolta. Il tutto non può esimersi da una breve riflessione circa i problemi legati all'individuazione del campo di applicazione del diritto della concorrenza e quindi alle difficoltà insite nella ricerca di una definizione di impresa che di per sé ha natura aleatoria.

2. Le teorie e gli studi aventi ad oggetto la nozione di impresa ricevono oggi nuovi stimoli dal mercato, soprattutto a seguito dell'emersione di forme organizzative complesse e di difficile qualificazione.

Se il diritto della concorrenza, nel chiaro intento di realizzare gli obiettivi delineati nel Trattato di Roma, ha creato e crea tuttora i presupposti affinché sia garantito un gioco concorrenziale tra gli operatori economici, questo non lo rende chiave di lettura di tutti i fenomeni che avvengono nel mercato. Si vogliono sottolineare quindi i limiti di una disciplina che non può essere generalmente applicata, nonostante i numerosi tentativi presenti in tal senso. La questione più discussa coinvolge quindi l'ambito di applicazione del diritto della concorrenza poiché la ricerca di una definizione di impresa si scontra sia con il silenzio del trattato sul tema, sia con l'impossibilità di riscontrare definizioni convergenti in una fattispecie unitaria.

È stato osservato come sul punto "l'ordinamento comunitario si limita ad usare

² Mentre la Corte di Giustizia attribuisce un ruolo predominante alla tutela dei valori legati alla concorrenza e al mercato, la Corte costituzionale difende il principio di solidarietà sancito dagli artt. 2 e 3 c. 2 Cost. ponendo sullo stesso piano sviluppo sociale ed economico. Si veda in particolare Giubboni, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze pratiche e conflitti teorici*, in *ADL*, 2000, 710 ss.

³ Si segnala Sciarra, *Diritti sociali fondamentali*, in A. Baylos Grau, Caruso, D'Antona, Sciarra, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996, 71; Philip, *The EU and Human rights*, Oxford Press, 2000; Roccella, *La Carta dei diritti sociali fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica*, in *LD*, 2001, 329; Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *DRI*, 2001, 335.

⁴ Lo Faro, *La Corte di Giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, in *LD*, 1998, 621; Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, 42.

la locuzione impresa avendo riguardo ad una realtà pregiuridica, l'organismo economico, che consente un'elasticità di adattamento ai casi concreti e quindi polivalenza di soluzioni anche in rapporto alle posizioni dei diritti nazionali in materia" ⁵.

L'attenzione del giudice comunitario sembra invero orientarsi verso una nozione economica della fattispecie, quasi a riconoscere come la definizione dei fenomeni giuridici non può prescindere dalla realtà economico-sociale di riferimento. Nei precedenti interventi comunitari, si tende infatti a trascendere dalla qualifica giuridica formale per attribuire invece rilievo al profilo economico insito nella definizione (nella decisione 30/06/1970 — caso Kodak — l'art. 81 del Trattato Ue non si applica agli accordi, aventi ad oggetto le condizioni di vendita, stipulati tra la società madre e le società figlie del gruppo in quanto, sebbene trattasi di entità giuridicamente autonome, siamo in presenza di un'unica entità dal punto di vista economico).

Così come viene in rilievo il profilo dell'attività economica svolta, come presupposto affinché si possa configurare un'impresa (si rinvia al caso Hydroterm — Corte di Giustizia 12/07/1984 causa 170/83 — dove si afferma che "nell'ambito del diritto della concorrenza la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce ad un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo, anche se sotto il profilo giuridico quest'unità è costituita da più persone fisiche o giuridiche"). Di conseguenza l'elemento dell'organizzazione non ha rilievo di per sé, potendosi definire impresa anche una pluralità di soggetti giuridici, collegati da rapporti di controllo, in quanto integranti un'unica entità economica ⁶.

Ai fini dell'individuazione dell'impresa come soggetto del diritto della concorrenza, sembrano prevalere gli elementi esogeni su quelli endogeni ⁷, visto che il rilievo maggiore è attribuito al contesto economico in cui la fattispecie opera piuttosto che alle rigide definizioni giuridiche, all'indole economica dell'attività piuttosto che allo *status* giuridico ⁸.

In particolare si rinvia alla sentenza Hofner e Elser ⁹ laddove si riconosce che "nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento".

Un simile approccio si definisce funzionale in quanto dipende dagli obiettivi che la comunità intende realizzare; l'ordinamento comunitario mira infatti alla costituzione di un mercato comune e, di conseguenza, diviene necessario individuare con precisione i soggetti che, svolgendo un'attività nel mercato,

⁵ Verruce (a cura di), *La nozione di impresa nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano, 1977, 419.

⁶ Si veda Wils Wouter, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, in *ELR*, 2000, 100; Nihoul, *Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules*, in *ELR*, 2000, 408.

⁷ Di Via, *L'impresa*, in *Diritto privato europeo*, in Lipari (a cura di), Cedam, Padova, 1997.

⁸ Chiti, *Riflessioni giuridiche sulla compatibilità del monopolio dell'Inail con il regime della disciplina comunitaria e nazionale della concorrenza*, in *Riv. degli Inf.*, 1998, 695.

⁹ Causa C-41/90 del 23/04/1991, in *Racc.*, 1991, 1979.

possono incidere sugli equilibri concorrenziali e quindi divenire i destinatari della normativa sulla concorrenza, a prescindere dalla loro qualificazione formale.

Si palesa in questo senso il rischio di attrarre nel campo di applicazione del diritto della concorrenza anche attività di natura sociale il cui fine non economico risulta di difficile individuazione; il diritto della concorrenza tende così ad estendere il proprio raggio d'azione interferendo anche in ambiti fino ad oggi ad esso esclusi¹⁰.

L'incontro tra le due discipline, il diritto del lavoro nell'accezione di diritto sociale e il diritto della concorrenza, si manifesta infatti in forme nuove tanto da poter avere dei riflessi sul modo stesso di intendere ed individuare l'impresa. Nonostante sia una nozione profondamente influenzata dai principi propri del diritto della concorrenza e più in generale dai principi economici, recenti evoluzioni di pensiero hanno rilevato l'emergere di criteri "di ordine sociale" volti a riconoscere o escludere l'applicazione delle norme sulla concorrenza¹¹. Daremo di seguito una dimostrazione dell'assunto anche se la realtà porterebbe a formulare un'ipotesi diametralmente opposta.

Basti pensare che qualsiasi attività può essere sottoposta al giudizio valutativo della Corte al fine di rilevare gli estremi per l'applicazione delle norme di cui all'art. 81 e seguenti del Trattato, e quindi alla possibilità che chi svolge una funzione pubblica, esclusiva o prevalente, non sia escluso a priori dall'essere impresa per il diritto della concorrenza. Ne rilevano lo statuto giuridico del soggetto¹², o le modalità di finanziamento, e nemmeno lo scopo non lucrativo che è compatibile con l'esercizio di un'attività economica.

I criteri sopra delineati non permettono di creare delle sfere immuni alle regole del mercato; tuttavia, sembra diffondersi un nuovo approccio metodologico nel quale viene dato pari valore, ai fini dell'individuazione del soggetto impresa,

¹⁰ Si è detto che "è proprio l'allargamento indiscriminato della nozione di impresa ad aver coinvolto istituzioni sociali prive di collegamenti con il mercato e ad aver preparato la strada perché affiorasse... la possibile qualificazione in tal senso delle organizzazioni sindacali", Leone, *La nozione di impresa e le sue ricadute sui diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RGL*, I, 2000, 996.

¹¹ La dottrina francese è più volte intervenuta sul tema dei rapporti tra il diritto della concorrenza e il sistema di protezione sociale. Si rinvia a G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *DO*, 1992, 313; Hennion-Moreau, *La notion d'entreprise en DS communautaire*, in *DS*, 2001, 957; Mavridis, *Régimes complémentaires: droit de la concurrence ou DS communautaire?*, in *DS*, 1998, 239; Laroque, *L'impact du droit communautaire sur le concept de la protection sociale française*, *DS*, 1997, 961.

¹² Un recente intervento giurisprudenziale sull'applicazione della direttiva 77/187 del 14/02/1977 – come modificata dalla direttiva 2001/23 del 12/03/2001 – in materia di trasferimento di impresa, ha stabilito che il trasferimento dell'attività da una persona di diritto privato ad un soggetto di diritto pubblico non comporta l'esclusione dal campo di applicazione della direttiva in quanto, altrimenti, il fine di tutela della stessa verrebbe disatteso per il carattere pubblico del soggetto coinvolto. Si veda Causa *Mayeur* 175/99 del 26/11/00. Così nella sentenza *Hofner-Elser* del 23/04/1991 si stabilisce che l'attività di collocamento è attività pubblica a nulla rilevando il fatto che normalmente è stata assegnata ad uffici pubblici; si valuta esclusivamente se l'attività potrebbe essere svolta da privati nel rispetto di quei principi di tutela soddisfatti dagli organismi pubblici.

alle considerazioni di ordine economico e a principi di natura sociale così da escludere, in taluni casi, l'applicazione del diritto della concorrenza.

Se abbiamo ragionato su di un'ipotesi, cercheremo ora di dimostrare come l'idea di proteggere determinati settori dall'incidenza del diritto della concorrenza sia non solo auspicabile ma anche possibile. Ci serviremo in particolare della sentenza sull'Inail ricercando punti di contatto o, viceversa, di rottura rispetto ai precedenti interventi giurisprudenziali che hanno trattato il tema dell'impresa e più in generale delle possibili interferenze del diritto della concorrenza in un'area, quale quella dei diritti dei lavoratori e dei diritti sociali, in cui devono prevalere istanze di tutela lontane dalle logiche del mercato.

3. Senza entrare nel merito di una sentenza di cui già si è detto ¹³ si cercherà ora di definire il punto focale della controversia individuando le posizioni assunte dalle parti e le ragioni a sostegno delle contrapposte teorie dalle stesse presentate.

Secondo la ricorrente in particolare, la normativa che impone l'obbligo di assicurarsi anche presso l'ente nazionale in quanto l'iscrizione ad un regime di assicurazione privata non è ritenuta sufficiente, è contraria alle norme del diritto comunitario della concorrenza mantenendo una posizione di monopolio a favore dell'Inail che, nel caso di specie, abusa della sua posizione dominante. Affinché l'ipotesi sostenuta dalla Cisal, e quindi la violazione degli articoli 82 e 86 del TCE, possa dirsi corretta diviene necessario stabilire se, nel caso di specie, trova applicazione il diritto della concorrenza o, viceversa, possa in qualche modo riconoscersi l'immunità dalle regole del mercato in quanto l'attività svolta ha natura esclusivamente o prevalentemente sociale.

Il giudice *a quo*, rilevando una serie di aspetti tra loro contrastanti che in parte attesterebbero la natura di impresa dell'Inail e quindi l'applicazione delle norme sulla concorrenza ed in parte negherebbero invece tale ipotesi, chiede l'intervento della Corte di Giustizia a cui sottopone due questioni principali. Da un lato si chiede se l'Inail, come ente assicurativo pubblico che opera senza scopo di lucro e secondo criteri di economicità e imprenditorialità, è impresa ai sensi dell'articolo 81 e seguenti del trattato; e dall'altro, in caso di risposta positiva, se l'iscrizione obbligatoria a detto ente viola il disposto degli articoli 82 e 86 del TCE nel momento in cui obbliga un soggetto già assicurato ad un regime di assicurazione privata a pagare ulteriori contributi a favore dell'ente nazionale.

Una risposta ai summenzionati quesiti richiede un breve rinvio a quelle che sono le origini del sistema di assicurazione pubblica oggetto della controversia, da ricercarsi in particolare nel dettato dell'articolo 38 della Costituzione

¹³ Si segnala tra gli studi più recenti a commento della causa C-218/00 quello di Bonardi, *op. cit.*, 462; tra gli interventi della Corte di Giustizia sul tema dei rapporti tra sistemi previdenziali e regole della concorrenza si rinvia a Corte di Giustizia 17/02/1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, in *FI*, 1994, 114 con nota di Scudiero e a Corte di Giustizia 16/11/1995, causa C-244/94, in *Racc.*, 1995, I, 4013. Trattasi di due sentenze particolarmente significative in quanto possono collocarsi agli estremi di quella linea immaginaria che lega i diversi interventi comunitari sul tema.

laddove si riconosce il diritto dei lavoratori di disporre di “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”, attraverso “organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”.

Ne deriva che il legislatore costituzionale, pur riconoscendo un’ampia libertà di scelta circa i modi di organizzazione dei sistemi assicurativi e previdenziali, rende inderogabile la natura pubblica e solidale della previdenza sociale al fine prevalente di tutelare il settore dalle interferenze del mercato.

Lo stesso giudice costituzionale è più volte intervenuto per difendere tale principio tanto che nella già citata sentenza n. 36 del 2000 è stato espressamente dichiarato inammissibile il referendum volto all’abrogazione delle disposizioni istitutive del monopolio legale dell’Inail in quanto trattasi di un monopolio introdotto per fini di tutela degli interessi dei lavoratori.

La funzione sociale svolta dalle assicurazioni sociali risulterebbe infatti incompatibile alle logiche del mercato e della concorrenza in quanto, mentre da un lato si realizza un interesse pubblico fondamentale riconducibile all’art. 3 c. 2 della Costituzione ¹⁴, dall’altro sono gli interessi economici ad animare il mercato e i soggetti che vi operano.

L’Inail, in particolare, si configura come ente pubblico erogatore di servizi nell’ambito della sicurezza sociale, è sottoposto alla vigilanza del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale ai sensi dell’articolo 55 della legge 9 marzo 1989 n. 88 ed inoltre gestisce il sistema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e malattie professionali senza scopo di lucro e secondo criteri di economicità ed imprenditorialità.

La tutela generalizzata dei lavoratori è garantita dall’obbligo di iscrizione a cui i prestatori sono sottoposti, obbligo che si pone come condizione essenziale all’attuazione del principio di solidarietà.

Nel caso di specie la solidarietà assume rilievo prevalente nella veste dell’automaticità delle prestazioni che vengono erogate dall’ente, anche nel caso di mancato pagamento dei premi da parte del soggetto preposto ¹⁵.

Se questi sono i caratteri dell’ente, è quindi lecito supporre che l’attività svolta dall’Inail sia attività economica e che l’ente si configuri come impresa a cui devono applicarsi le norme di cui agli articoli 81 e seguenti del trattato?

Un primo dubbio interpretativo, legato alla nozione di « attività economica », può essere risolto rinviando ai precedenti interventi comunitari laddove è definita come qualsiasi attività diretta ad offrire beni o servizi su un determinato mercato ¹⁶. A fronte di una simile interpretazione diviene quindi necessario valutare se il servizio può essere gestito anche da privati seguendo le

¹⁴ Come riportato nel punto 3.2 delle motivazioni della pronuncia costituzionale in discussione.

¹⁵ Fino al 1998 valeva per i lavoratori dipendenti ed anche per gli autonomi, dal 1998 solo per i primi ma ai nostri fini non rileva la variazione in quanto la causa si riferisce ad un periodo antecedente.

¹⁶ Si rinvia a sentenza 16/07/1987, causa 118/85, Commissione/Italia, in *Racc.*, 2599, punto 7; sentenza 18/07/1998, causa C-35/96, Commissione /Italia, in *Racc.*, 3851, punto 36 e sentenza 12/09/00, causa C-35/96, Commissione/Italia, in *Racc.*, 3851, punto 36.

logiche del mercato¹⁷ e senza ledere gli interessi dei lavoratori; qualora questo si verifichi l'attività svolta ha natura economica.

Le parti propongono sul punto due diverse linee interpretative. Da un lato la ricorrente sostiene che i servizi offerti dall'Inail sono paragonabili a quelli offerti dagli assicuratori privati visto che le prestazioni sono finanziate dai contributi versati, operano i criteri di economicità e di imprenditorialità nella gestione dell'ente e a nulla rileva l'assenza di scopo di lucro e il rilievo sociale dell'attività.

Viceversa, secondo l'Inail, il Governo Italiano e la Commissione, non può definirsi impresa per una molteplicità di aspetti che, complessivamente considerati, escludono l'applicabilità delle norme sulla concorrenza sancite dal Trattato.

Si rinvia in primo luogo al dettato costituzionale che, anche se implicitamente, assegna all'Inail un compito di interesse generale analogo, per lo meno nella natura, alla funzione svolta da tutti gli enti previdenziali¹⁸.

Se l'assenza di scopo di lucro e la natura sociale dell'attività hanno un rilievo limitato, è sul principio di solidarietà¹⁹ nel tempo, "finanziaria"²⁰ e "verticale"²¹ che le parti soccombenti poggiano la loro difesa trattandosi di una solidarietà che, già nella sentenza *Poucet-Pistre*, ha permesso di escludere la natura economica dell'attività svolta dagli enti previdenziali.

Le prestazioni non sono infatti direttamente collegate ai contributi versati, in quanto vengono fissate dalla legge²² in modo da realizzare quella solidarietà

¹⁷ Ghezzi, *Commento sub art. 85 Trattato Ce*, in Marchetti, Ubertaini, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 1997, 16.

¹⁸ Si rinvia alla sentenza 17/02/1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre* dove la Corte riconosce che trattasi di "enti che concorrono alla gestione del pubblico servizio della previdenza sociale, i quali svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale ed esercitano un'attività basata sul principio della solidarietà nazionale, priva di ogni scopo di lucro". I principi costituzionali sui quali è fondata la competenza dell'Inail sono gli stessi alla base delle funzioni assegnate agli altri enti previdenziali. L'attribuzione della natura di impresa all'Inail paventerebbe il rischio di rendere di natura privata l'attività svolta da tutti gli enti che operano nel sistema di sicurezza e previdenza sociale; si veda inoltre Balandi, *Per una definizione del diritto della sicurezza sociale*, in *PD*, 1984, 555; Persiani, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1960; Chiti, *op. cit.*, 694.

¹⁹ Nonostante il ruolo attribuito al principio di solidarietà nella risoluzione di questa ed altre cause aventi ad oggetto la relazione tra il diritto della concorrenza ed i sistemi sociali, è importante ricordare come, in ambito comunitario, si discute di un principio che non trova definizioni nell'ordinamento comunitario. Di conseguenza, si tratta di una solidarietà che può esprimersi in forme diverse ed il giudice, chiamato a risolvere la controversia, è tenuto a ricercare quegli elementi che sono indice della solidarietà. Si veda in particolare Fuchs, *Monopolio dell'Inail e antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in *DLRI*, 1999, 4.

²⁰ Si è parlato di una solidarietà "basata sulla compensazione tra regimi eccedentari e regimi deficitari", in particolare il settore industriale finanzia il disavanzo del settore agricolo.

²¹ Si veda in particolare Giubboni, *Monopolio dell'Inail e Antitrust: profili di diritto interno e di diritto comunitario*, in *DLRI*, 1999, 4, 742.

²² Le prestazioni erogate dall'ente – indennità giornaliera per inabilità temporanea al lavoro, rendita mensile per inabilità permanente, rendita mensile per i superstiti – sono fissate sulla base di una determinata percentuale della retribuzione dell'anno, compresa entro un limite minimo e

tra i lavoratori di oggi e quelli di domani che non potrebbe essere garantita in un regime gestito da privati ²³.

Le prestazioni non dipendono inoltre dai risultati finanziari dell'ente e quindi dall'aleatorietà dei mercati; ecco perché si parla di un regime a ripartizione e non a capitalizzazione.

Infine, come ultimo aspetto rilevato dalle parti e volto ad escludere l'applicazione del diritto della concorrenza, si discute di un'automaticità delle prestazioni che non potrebbe essere affatto garantita da un assicuratore privato.

3.1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, arricchendo il dibattito in merito alle possibili interferenze di principi economici in ambiti di previdenza e sicurezza sociale, è intervenuta, sulla base degli articoli 21 e 22 della legge 287/1990 che le riconoscono poteri consultivi, presentando al Governo e al Parlamento, nel febbraio del 1999, una serie di osservazioni volte a sottolineare il ruolo non essenziale dello Stato nella gestione dei sistemi previdenziali ²⁴.

Se in prima battuta l'Autorità sostiene con decisione la natura economica dell'attività svolta dall'ente vista una ridotta incidenza degli elementi di solidarietà ²⁵, in un secondo passaggio afferma che l'azione dello Stato, pur

massimo. Ai sensi dell'articolo 39 c. 2 del T.U., i contributi sono fissati sulla base di un sistema a "ripartizione dei capitali di copertura" e quindi, ogni anno, devono essere calcolati in modo da coprire tutti gli oneri derivanti da infortuni, sia le prestazioni di breve durata che il valore capitale delle rendite di lunga durata. Per la fissazione dei contributi vengono inoltre presi in considerazione tutti i redditi superiori alla retribuzione minima legale ed in ogni caso devono essere approvati con decreto ministeriale sulla base di una delibera dell'Inail. Contributi e prestazioni sono calcolati sulla retribuzione ma seguendo logiche diverse; ecco perché ci può essere il rischio che chi ha un reddito alto, sul quale il datore di lavoro deve pagare elevati contributi, non ottenga una prestazione corrispondentemente elevata in quanto il suo reddito supera la retribuzione massima fissata dal decreto (si veda in particolare il punto 66 delle conclusioni dell'Avv. Jacobs nella causa in oggetto).

²³ Sulla possibilità di un regime pubblico di sicurezza affiancato da forme di assicurazione gestite da privati si veda in particolare Persiani, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *ADL*, 1998, 2, 311; Cinelli, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 1998, I, 73.

²⁴ Trattasi del provvedimento del 9 febbraio 1999, AS164, Boll. N. 4 del 15 febbraio 1999, pubblicato inoltre con il titolo *Antitrust, mercato e soluzioni assicurative per l'infortunio sul lavoro e la malattia professionale*, in *DL*, I, 1999, 329.

²⁵ Secondo l'Autorità, gli elementi di solidarietà insiti nell'attività dell'Inail non sono sufficienti ad escludere la natura economica della stessa. L'Inail riconosce che le attività ispirate dal principio di solidarietà non possono essere esercitate da privati e che si caratterizzano per "la mancanza di un nesso diretto tra contributi versati e prestazioni erogate, da cui deriva uno squilibrio finanziario, il quale viene compensato dall'intervento dello Stato attraverso la fiscalità generale". Tuttavia, nel caso di specie, questo non si verifica perché i contributi sono correlati alle prestazioni in quanto calcolati entrambi sulla retribuzione ed inoltre non è lo Stato ad intervenire per colmare il deficit dei settori in difficoltà ma sono i diversi settori che collaborano tra loro per la copertura dei disavanzi. La Corte di Giustizia riconosce comunque che « solo quella specifica forma di solidarietà assicurata dal meccanismo finanziario della ripartizione è idonea ad escludere la funzione previdenziale dal novero delle attività economiche »; si rinvia a Cinelli, Giubboni, Mastrangeli, Nicolini, *Osservatorio previdenziale*, in *RIDL*, 2002, II, 159.

essendo necessaria, non implica ne giustifica l'esistenza di un monopolio legale a favore dell'Inail in quanto trattasi di un settore che potrebbe essere gestito anche da soggetti privati.

Lo Stato dovrebbe limitarsi a svolgere una funzione di mera regolazione del mercato, fissando una serie di criteri minimi che garantiscano principalmente l'automaticità delle prestazioni e assicurino un indennizzo che permetta al lavoratore di vivere in modo dignitoso e adeguato. Si propone a questo riguardo l'istituzione di un fondo di solidarietà da impiegare nei casi in cui il datore di lavoro non ottemperi all'obbligo contributivo, oltre che la predisposizione di una serie di meccanismi correttivi volti ad impedire possibili lesioni del diritto all'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali dei lavoratori.

L'intervento dell'Autorità poggia quindi su due diversi pilastri: da un lato sull'interpretazione dell'articolo 38 Cost. come norma aperta che concede piena libertà circa i modi di organizzazione del settore previdenziale, dall'altro sull'inefficienza del sistema così come gestito dall'ente pubblico e quindi sui danni che lo stesso provoca alla concorrenza e ai consumatori (deficit del mercato agricolo, mancato aggiornamento delle tariffe).

Una simile lettura ha suscitato critiche e pareri discordanti pur rientrando in un disegno più generale che sembra portare ad una progressiva liberalizzazione dei mercati e ad una maggiore attenzione alle regole della concorrenza. L'Autorità promuove una privatizzazione dei regimi previdenziali non solo formale ma anche sostanziale, e che quindi non si limiti ad attribuire agli enti previdenziali con funzioni pubbliche la personalità giuridica privata ma incida sulla ragione d'essere stessa di tali enti e sul ruolo pubblico ad essi assegnato. In particolare si ritiene che un sistema previdenziale organizzato secondo i principi della libera concorrenza, si dimostra capace di realizzare l'efficienza produttiva e di soddisfare maggiormente l'interesse dei lavoratori.

Ma se è vero che l'attività svolta dall'Inail è attività economica esercitabile in modo più efficiente dai soggetti privati, per quale ragione la stessa Autorità riconosce la necessità di fissare dei criteri minimi a tutela dei lavoratori?

La spiegazione data può essere fuorviante; secondo l'Autorità infatti, si vuole "evitare che, per effetto della selezione del rischio tipicamente riconducibile all'attività assicurativa, le imprese di assicurazione rifiutino di assicurare ovvero impongano condizioni eccessivamente gravose a quei lavoratori addetti a mansioni particolarmente esposte al rischio". Ma in questo modo si promuove una liberalizzazione "controllata" del sistema assicurativo visti i limiti insiti in un regime lasciato alla libera concorrenza dei privati.

L'Autorità riconosce quindi le conseguenze negative, in termini di tutele concesse ai lavoratori, qualora il sistema di sicurezza sociale sia lasciato al libero gioco delle parti, dimostrandosi così incapace di sostenere la tesi dell'efficienza di un sistema privatizzato.

Non fornisce inoltre una spiegazione dettagliata circa le possibili inefficienze del sistema pubblico e dimentica di menzionare quelle attività collaterali svolte dall'ente legate alla prevenzione, cura e riabilitazione dei lavoratori colpiti da

infortunio o malattie professionali che non potrebbero essere garantite allo stesso modo dai privati assicuratori.

I fatti assunti a causa di inefficienza del sistema ²⁶ rientrano in realtà in una scelta di politica previdenziale volta ad introdurre quegli elementi di solidarietà che permettono di escludere la natura economica dell'attività svolta dall'Inail. Il parere dell'Autorità è stato comunque disatteso dalla Corte di Giustizia nonostante rispecchi una visione che può definirsi prevalente e che vede la concorrenza come il principale fattore di sviluppo ed efficienza dei mercati. Pur avendo evidenziato i limiti di un simile approccio, non possiamo non riconoscere come da più parti si sollevi la richiesta di sempre nuove forme di liberalizzazione dei mercati da qualsiasi forma di regolamentazione.

Solo riconoscendo un ruolo e un valore ai principi di ordine sociale, primi fra tutti i diritti fondamentali della persona (prima ancora che del lavoratore), sarà possibile contenere l'espansione del diritto della concorrenza e delle logiche di mercato in ambiti regolati dal diritto del lavoro e dalla norma con fine sociale.

4. La Corte di Giustizia, sentite le ragioni di entrambe le parti, e seguendo quell'orientamento presente già nella sentenza *Poucet-Pistre*, risponde al quesito sulla natura dell'Inail escludendo si possa trattare di impresa in quanto non svolge attività economica, e dichiarando quindi non applicabile l'art. 81 e seguenti del Trattato.

In prima battuta la Corte riconosce l'autonomia degli stati nazionali nell'organizzazione dei sistemi di previdenza e sicurezza sociale, così come sancito dal regolamento del Consiglio 14 giugno 1971 n. 1408 (poi modificato dal regolamento 2 dicembre 1996 n. 118/97), introducendo così un limite all'interferenza dei principi comunitari sui sistemi nazionali.

La Corte è ben consapevole che l'unificazione del settore previdenziale rappresenta una sfida di difficile realizzazione in quanto le peculiarità degli Stati membri si pongono come ostacoli all'armonizzazione dei diversi regimi assicurativi. Tuttavia, concede ampia autonomia agli Stati intervenendo, nel caso di specie, rendendo immune il settore dalle interferenze del mercato.

Nel secondo passaggio la Corte, pur riconoscendo lo scopo sociale ²⁷ assegnato all'ente, così come sottolineato dalle parti soccombenti, conferma l'ipotesi sostenuta dal ricorrente secondo cui il rilievo sociale dell'attività svolta non può porsi come tratto che esclude la natura di impresa dell'Inail.

È vero infatti che, nonostante poggia sul dettato costituzionale, il sistema di

²⁶ Mi riferisco in primo luogo al deficit del settore agricolo che chiede il perenne intervento del settore industriale, realizzandosi quindi quella solidarietà tra settori che non potrebbe attuarsi se il sistema fosse lasciato ai privati; e in secondo luogo al mancato aggiornamento dei premi pagati rispetto ai rischi, elemento che suffraga la tesi della mancata correlazione tra prestazioni erogate e contributi versati così da dimostrare il principio di solidarietà a cui si ispira l'ente previdenziale.

²⁷ Il fine sociale si manifesta in un regime diretto alla tutela di tutti i lavoratori che subiscono un infortunio sul lavoro o una malattia professionale, indipendentemente dai contributi versati. In altri termini è anche attraverso l'Inail che lo Stato mira a realizzare quel "miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro" concepito come fondamento di numerosi precetti costituzionali.

sicurezza non è immune per definizione alle regole della concorrenza, in quanto “nel diritto comunitario della concorrenza non esiste un’eccezione generale per il settore sociale”²⁸.

Così l’assenza di scopo di lucro, lo *status* di diritto pubblico, lo svolgimento di attività collaterali a quelle assicurative e il rispetto dei criteri di economicità e imprenditorialità non rilevano secondo la Corte di Giustizia ai fini di escludere l’Inail dalla normativa sulla concorrenza.

Viceversa la Corte attribuisce rilievo determinante al principio di solidarietà che non potrebbe essere garantito da un privato assicuratore e che si realizza sia attraverso “contributi la cui aliquota non è sistematicamente proporzionata al rischio assicurato”²⁹, sia nell’assenza di una relazione diretta tra contributi e prestazioni erogate.

Si manifesta infatti una sorta di solidarietà tra i lavoratori più retribuiti e quelli meno abbienti³⁰ che, oltre ad escludere la natura economica dell’attività svolta dall’ente, non potrebbe verificarsi in un sistema lasciato alla concorrenza tra operatori privati.

La Corte osserva infine come l’Inail non possa considerarsi ente dotato di piena autonomia operativa in quanto, sia le prestazioni che i contributi, sono determinati con l’intervento della legge.

In particolare le prestazioni sono fissate dalla legge, mentre i contributi devono essere approvati con decreto ministeriale e sono quindi sottoposti al controllo del governo. Si sottolinea in questo modo come l’ente manchi di quelle caratteristiche che potrebbero comportare degli effetti lesivi della concorrenza sul mercato in quanto, a monte, viene esercitato un controllo, da parte dello Stato, sull’attività svolta.

Nonostante manchi un approfondimento in tal senso nel giudizio della Corte, viene in rilievo un elemento, quale l’autonomia gestionale ed operativa del soggetto, a cui si attribuisce, soprattutto nei contesti di gruppo³¹, un peso decisivo.

²⁸ Si vedano le conclusioni dell’Avv. Jacobs sulla sentenza *Albany* (Causa C-67/96), paragrafi 123-130 e sulla sentenza *Pavlov* (Cause riunite da C-180/1998 a C-184/98), punto 101; entrambe in www.curia.eu.int.

²⁹ E quindi, essendo l’aliquota non superiore ad un dato massimale, “il saldo del finanziamento viene sopportato da tutte le imprese che rientrano nella stessa classe per quanto riguarda il rischio corso”.

³⁰ Nel punto 66 delle conclusioni dell’avvocato generale nella causa in oggetto, risulta che, essendo le retribuzioni prese a riferimento per il calcolo delle prestazioni individuate entro un limite minimo e massimo, può verificarsi il caso che, pur avendo versato contributi elevati, le prestazioni si calcolino sul limite massimo del reddito che è però inferiore rispetto a quello riscosso. Così come il pagamento di contributi relativamente bassi può dare diritto a prestazioni calcolate sulla retribuzione minima che può essere superiore a quella riscossa dal lavoratore. In questo modo si spiega la solidarietà tra i lavoratori.

³¹ Il primo riferimento in tal senso si trova nel caso *Christiani-Nielsen* del 18/06/1966 dove si è negata l’applicabilità del diritto della concorrenza ai rapporti tra società madre e figlia in quanto non è possibile “un’azione autonoma dell’affiliata rispetto alla società madre” (in *GUCE* n. I. 165/12 del 05/07/1969).

L'Inail non si configura infatti come autonomo centro di decisione³² e quindi è privo di quell'autonomia ed indipendenza che assurgono ad elemento qualificante della fattispecie impresa già nel trattato Ceca³³, così come nella stessa sentenza *Poucet-Pistre* laddove, nel sottolineare che gli organismi gestori del servizio pubblico non possono influire sull'ammontare delle singole quote assicurative, sull'utilizzo dei fondi e sui livelli delle prestazioni, viene dato rilievo alla mancanza di una piena autonomia di gestione del sistema assicurativo come possibile indice di un'attività non economica.

Se prevale la teoria che vede l'impresa nel diritto della concorrenza come "sinonimo di soggetto di diritto capace di determinare in modo sostanzialmente autonomo il proprio comportamento sul mercato"³⁴, l'Inail non può configurarsi come tale in quanto sottoposto ad un controllo statale in ragione della funzione ad esso assegnata.

Sebbene la Corte abbia dato un rilievo limitato a tale fattore, perviene comunque alla conclusione che la nozione di impresa "non comprende un ente che è incaricato dalla legge della gestione di un regime di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali" sia per ragioni legate alla solidarietà che lo stesso attua, sia perché si pone come ente privo di una piena autonomia funzionale.

Accertato quindi che l'attività svolta dall'Inail non è attività economica e che quindi l'ente non può configurarsi come impresa, viene meno l'esigenza di pronunciarsi sulla possibilità che vi sia abuso di posizione dominante, escludendosi a priori l'applicazione del diritto della concorrenza.

5. La sentenza Inail si pone come il punto di partenza di una riflessione circa i rapporti tra diritto della concorrenza e diritto sociale in ambito comunitario. Punto di contatto, o meglio causa di conflitto, è l'ambito soggettivo di applicazione del diritto della concorrenza e quindi l'utilizzo di una definizione, quale quella di impresa, che risulta vasta a tal punto da poter comprendere sia persone fisiche che giuridiche, sia soggetti pubblici che privati.

Ma esiste, secondo il diritto sociale, la fattispecie "impresa"? E soprattutto può la politica sociale arricchire la nozione di impresa così come presentata dal diritto della concorrenza?

Anche attraverso la sentenza in oggetto, che si aggiunge ai diversi interventi sul tema della previdenza sociale degli stati membri, viene in rilievo, pur con le dovute cautele, non tanto una nuova definizione di impresa quanto un nuovo modo di porre in correlazione obiettivi di mercato ed istanze sociali.

Quasi a dire che l'impresa, come soggetto del diritto della concorrenza, viene

³² Si veda in particolare Scudiero, *La nozione di impresa nella Corte di Giustizia*, in *FI*, IV, 1994, 115. Sulla sottoposizione dell'ente al controllo dello Stato si rinvia invece a Bonardi, *op. cit.*, 471.

³³ Sul punto Cause riunite C-17/61 e 20/61 del 13/07/1962.

³⁴ Frignani, Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella Cee*, Utet, Torino, 1983, 19.

individuata anche sulla base degli effetti della normativa applicabile al caso in discussione ³⁵.

In altri termini la definizione di impresa può essere influenzata, sebbene un'evoluzione in tal senso si affermi con estrema cautela, da considerazioni di ordine sociale ³⁶ qualora si discute circa l'applicazione di una norma di rilievo sociale che coinvolge i diritti dei lavoratori.

I limiti di una simile interpretazione sono in parte imputabili all'assenza della definizione di "attività esclusivamente sociale", anche se resta assodato, sulla base dei diversi interventi comunitari, come un'attività fondata sulla solidarietà non può essere definita economica e quindi il soggetto che la esercita non può essere impresa.

Sebbene una nozione "sociale" di impresa non sia ancora stata definita, i recenti casi giurisprudenziali hanno permesso di mettere in luce l'esistenza di obiettivi propri non solo del diritto della concorrenza ma anche del diritto del lavoro, ed in particolare la necessità di un'evoluzione sociale che porti al loro riconoscimento anche in ambiti prima di dominio esclusivo delle logiche economiche di mercato.

³⁵ Si veda Hennion-Moreau, *La notion d'entreprise en DS communautaire*, in *DS*, 11/11/01, 957.

³⁶ Si pensi al caso di un trasferimento di lavoratori tra due società di uno stesso gruppo, considerate dal diritto della concorrenza come parti di un'unica entità economica, il gruppo appunto. Se così fosse, la direttiva 77/187/CE che tutela i diritti dei lavoratori in caso di trasferimento andrebbe disattesa. In realtà, prevale la finalità sociale della direttiva che trova comunque applicazione a prescindere dai principi del diritto della concorrenza (Causa *Allen* 234/98 del 02/12/1999). Si veda inoltre la causa C-62/99 del 29/03/01 laddove il giudice comunitario ha escluso che la struttura di gruppo possa incidere sui diritti coloro che prestano lavoro in imprese o gruppi di dimensione comunitarie ed ha sancito l'applicabilità della direttiva 94/45/CE a prescindere dalla configurazione del gruppo proposta dal diritto della concorrenza.

