

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LXIII - 2012 - N. 2

*Trimestrale
aprile-giugno 2012*

DIRETTA DA

Piergiovanni Alleva e Bruno Veneziani

COMITATO DIRETTIVO

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Marco Barbieri,
Vincenzo Bavaro, Alessandro Bellavista, Franca Borgogelli, Giuseppe Bronzini,
Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi, Francesco Fabbri,
Fausta Guarriello, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari, Gianni Loy, Sergio Mattone,
Luigi Menghini, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli,
Stefania Scarponi, Antonino Sgroi, Valerio Speciale, Sergio Vacirca, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Alessandra Raffi, Lucia Valente*

COMITATO SCIENTIFICO

*Gianni Arrigo, Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero,
Paolo Boer, Olivia Bonardi, Piero Capurso, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci,
Bruno Caruso, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo,
Madia D'Onghia, Vincenzo Ferrante, Giuseppe Ferraro, Franco Focareta, Fabio Fonzo,
Alessandro Garilli, Enrico Gragnoli, Raffaele Guariniello, Mariorosario Lamberti,
Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari,
Mario Napoli, Angelo Pandolfo, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani,
Federico Maria Putaturo Donati, Carlo Smuraglia,
Tiziano Treu, Patrizia Tullini, Roberto Voza*

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Rossella Basile



I SAGGI CHE COMPONGONO LA PARTE I - DOTTRINA NON DEVONO SUPERARE LE 25 PAGINE NEL FORMATO DELLA RIVISTA E SONO SOTTOPOSTI ALLA VALUTAZIONE DI REFEREEES ANONIMI.

I MATERIALI PER LA PUBBLICAZIONE VANNO INVIATI PER POSTA ELETTRONICA ALLA SEGRETERIA DI REDAZIONE E DEVONO UNIFORMARSI AI CRITERI REDAZIONALI DELLA RIVISTA (CHE POSSONO ESSERE RICHIESTI ALLA STESSA SEGRETERIA).

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

www.ediesseonline.it

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Sito web della rivista

www.ediesseonline.it/riviste/rgl

Segreteria di redazione

Viale di Porta Tiburtina 36 - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl@ediesseonline.it

Ufficio abbonamenti

Tel. (06) 44870283 - Fax (06) 44870335

Dal lunedì al venerdì 10-13 / 14-16,30

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50% presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

Una copia: 33,00 euro; arretrati: 66,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

O.GRA.RO. s.r.l.

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Finito di stampare nel mese di luglio 2012

Egregio Abbonato,

ai sensi dell'art. 10 della legge n. 675/1996 La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel nostro archivio informatico e saranno utilizzati dalla nostra società, nonché da enti e società esterne ad essa collegate, solo per l'invio di materiale amministrativo, commerciale e promozionale derivante dalla ns. attività. La informiamo inoltre che, ai sensi dell'art. 13 della Legge, Lei ha il diritto di conoscere, aggiornare, cancellare, rettificare i suoi dati o opporsi all'utilizzo degli stessi, se trattati in violazione della legge.



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

TEMA

Il lavoro nero e le imprese fantasma

Alessandro Bellavista

Il lavoro nero e le imprese fantasma 249

Alessandro Santoro

Il lavoro non regolare: un quadro statistico e alcune
valutazioni di *policy* 253

Alessandro Bellavista, Alessandro Garilli

Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive 269

Claudio Treves

Il lavoro sommerso e le scelte del Sindacato 283

Vito Pinto

Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero
e di sostegno all'emersione 291

Giuseppe Fiengo

Azioni di contrasto al lavoro sommerso e vigilanza
amministrativa 313

Domenico Garofalo

Profili giurisprudenziali del lavoro nero 335

<i>Andrea Mannino, Franco Scarpelli</i> L'abuso della responsabilità limitata nel contesto del lavoro irregolare: primi spunti di riflessione	359
---	-----

SAGGI

<i>Lara Lazzaroni</i> Flessibilità e lavoro	371
--	-----

OSSERVATORIO EUROPEO

<i>Niklas Bruun, Klaus Lörcher</i> Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro	397
---	-----

OSSERVATORIO DELLA CONTRATTAZIONE
COLLETTIVA*A cura di Ginevra Galli*

<i>Flavia Schiavetti</i> Rinnovo del Ccnl gomma plastica - industrie per il triennio 2010-2012	425
--	-----

<i>Alessandro Veltri</i> Le tutele degli agenti e dei rappresentanti commerciali alla luce dei rinnovi degli Aec nel settore commercio	437
--	-----

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Il caso «ThyssenKrupp» sotto il profilo penale e civile

<i>Francesca Curi</i> Una responsabilità «ibrida» per la società ThyssenKrupp di Torino. Un <i>déjà vu</i> da superare	181
--	-----

<i>Roberto Rivero</i> Le statuizioni civili della sentenza <i>Thyssen</i>	203
OSSERVATORIO	
LA CORTE COSTITUZIONALE	
Le decisioni nel trimestre gennaio-marzo 2012	
Rapporto di lavoro	215
Sicurezza sociale	223
<i>A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini</i>	
OSSERVATORIO	
LA CORTE DI CASSAZIONE	
Sezione lavoro	
Anno 2011	
<i>A cura di Fabrizio Miani Canevari</i>	229
RAPPORTO DI LAVORO	
<i>Lucia Valente</i>	
Estinzione del diritto alle ferie non godute per causa di malattia: la Corte di Giustizia ci ripensa (<i>Corte di Giustizia Ue, 22 novembre 2011,</i> <i>causa C-214/10</i>)	273
<i>Francesca Romana Guarnieri</i>	
Coppie omosessuali e pensioni complementari di vecchiaia: il caso <i>Römer</i> (<i>Corte di Giustizia Ue, 10 maggio 2011,</i> <i>causa C-147/08</i>)	287
<i>Enrico Raimondi</i>	
Gruppi imprenditoriali e codatorialità (<i>Cassazione, 29 novembre 2011, n. 25270, Sez. lav.</i>)	294
<i>Daniela Comandè</i>	
Un accordo «fuori legge». le parti non possono negoziare <i>ex ante</i> l'iscrizione nelle liste di mobilità (<i>Cassazione, 24 novembre 2011, n. 24828, Sez. lav.</i>)	310

Milena Talarico

Il sindacato giudiziale di proporzionalità nel licenziamento disciplinare

(Cassazione, 16 settembre 2011, n. 18955, Sez. lav., ord.

Cassazione, 29 agosto 2011, n. 17739, Sez. lav., ord.) 320

Giuseppe Cannati

La ritorsione indiretta

(Cassazione, 8 agosto 2011, n. 17087, Sez. lav.)

326

Filippo Aiello

Omicidio della guardia giurata: l'istituto di vigilanza è obbligato a fornire il giubbotto antiproiettile e la banca ad adottare un sistema di videosorveglianza

(Cassazione, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ.)

334

DIRITTO SINDACALE

Filippo Basile

L'art. 28 Stat. lav. alla prova del tempo: da norma a garanzia dell'effettività dei diritti sindacali a strumento di lotta sindacale nella p.a.

(Corte d'Appello Caltanissetta, 24 giugno 2011

Corte d'Appello Catania, 27 aprile 2011, Sez. lav.)

343

CONTROVERSIE DI LAVORO

Luigi Menghini

I contrasti tra Corte Edu e Corte Costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione

(Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 15

Corte Costituzionale, 11 novembre 2011, n. 303

Corte Costituzionale, 30 settembre 2011, n. 257

Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 febbraio 2012, ricorso n. 17972/07, Sez. II

Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2011,

ricorsi nn. 43549/2008, 6107/2009, 5087/2009, Sez. II

*Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2011, ricorsi nn. 46286/2009, 52851/2008, 53727/2008, 54486/2008, 56001/2008, Sez. II
Cassazione, 15 novembre 2011, n. 23834, ord.)* 357

Alberto Mattei

Un intervento della Cassazione tra tutela effettiva del contraddittorio e celerità del rito lavoristico
(*Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24573*) 381

SICUREZZA SOCIALE

Laura Foglia

Totalizzazione dei periodi assicurativi e sistema di calcolo contributivo per le casse previdenziali privatizzate: i primi effetti della legge n. 214/2011
(*Corte Costituzionale, 20 gennaio 2012, n. 8*) 389

PARTE I
DOTTRINA

IL TEMA

IL LAVORO NERO E LE IMPRESE FANTASMA

Alessandro Bellavista (*)

IL LAVORO NERO E LE IMPRESE FANTASMA

L'importanza del tema che viene affrontato in questo volume è indiscutibile sotto vari profili. Il lavoro nero o sommerso è un fenomeno contrario ai più elementari principi della civiltà e, inoltre, cagiona danni all'intera comunità. Ciò nonostante, gli ultimi anni sono stati caratterizzati da una scarsa attenzione al riguardo da parte delle autorità pubbliche e, *in primis*, è mancata una coerente e costante strategia istituzionale. In questa *Rivista* il problema del lavoro sommerso è stato affrontato, con un ricco volume, già nel 2008, a cavallo del passaggio dall'effimero governo di centro-sinistra all'ultima devastante esperienza del centro-destra, che ha portato al «governo dei tecnici» guidato dal Presidente Mario Monti e, di fatto, quasi commissariato dalle istituzioni europee e internazionali.

Invero, l'ultima stagione del centro-sinistra era stata caratterizzata da una peculiare attenzione alle questioni del lavoro sommerso, di cui davano conto i contributi raccolti nel citato numero della *Rivista*. Da allora, purtroppo, le politiche governative sono andate nettamente nella direzione contraria; e, anzi, è noto che hanno pure perseguito l'obiettivo della riduzione delle tutele dei lavoratori del mercato del lavoro regolare. Di tale evoluzione dà conto Claudio Treves nel suo approfondito contributo.

Beninteso, la ragione di un nuovo approfondimento della *Rivista* sul tema del lavoro sommerso – programmato quando il governo Berlusconi era ancora vivo e vegeto – è stata quella di riflettere sulla situazione attuale, analizzare le molteplici sfaccettature del fenomeno, e suggerire soluzioni ermeneutiche, di politica del diritto e istituzionale, quindi misure *de iure condito* e *de iure condendo*, per cercare di risolvere definitivamente un problema incompatibile con il ruolo che dovrebbe ri-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo.

coprire l'Italia nel mondo industrializzato. Al momento, paradossalmente, l'occasione è ghiotta. L'ineludibile esigenza che il paese mantenga in ordine i suoi conti e riavvii un processo di crescita permette di individuare nell'emersione dell'economia sommersa, e quindi del lavoro nero, un formidabile strumento per raccogliere nuove risorse in modo da raggiungere questi obiettivi. Pertanto, i contributi contenuti in questo volume sono legati dal carattere comune di offrire molteplici modelli di approccio alle tematiche del lavoro sommerso a chi, al momento, guida il paese e a chi si candida a succedergli.

Alessandro Santoro analizza accuratamente i dati statistici dell'economia sommersa e del lavoro non regolare, al momento disponibili, mettendo in luce come, dall'inizio degli anni duemila, si siano manifestate alcune tendenze alla diminuzione del lavoro irregolare. Tuttavia, alcuni indicatori segnalano un recente preoccupante «rimbalzo». L'anzidetta riduzione sembra essere dovuta, in massima parte, alla sanatoria del lavoro immigrato irregolare che, da tempo, ha esaurito i suoi effetti. L'Autore segnala che tutte le altre politiche di contrasto del lavoro sommerso, messe in campo da anni, non sembrano avere avuto effetti significativi e permanenti, e sottolinea la necessità di disporre un quadro analitico più preciso che, sulla base di una metodologia condivisa e trasparente, permetta una valutazione *ex post* degli impatti di ciascuna delle diverse politiche prescelte.

Nello scritto mio e di Alessandro Garilli si mettono in luce le varie politiche che andrebbero adottate per la lotta al lavoro sommerso, ribadendo l'importanza di collocare la questione nella più ampia prospettiva delle politiche per lo sviluppo e per l'occupazione. Inoltre, si rimarca l'importanza di un mutamento delle modalità di azione della classe politica del paese che dovrebbero essere improntate al pieno rispetto del principio di legalità e al rifiuto delle pratiche clientelari. Per avere un'immediata sensazione di quanto la cultura della legalità stenti ancora ad attecchire in Italia, basti pensare alle enormi polemiche scatenate da esponenti politici di primo piano (e, a dir vero, in prevalenza dell'area di centro-destra) in occasione dei recenti *blitz*, degli organi preposti al controllo sul rispetto della normativa fiscale, in varie località turistiche alla moda. Da parte di questi controversi personaggi s'è evocata, paradossalmente, l'immagine dello Stato di polizia e del Grande Fratello (quello di George Orwell, non il programma *trash* di Mediaset!).

Ampia è la prospettiva in cui si muove anche Claudio Treves, che segnala come l'azione di contrasto al lavoro sommerso debba avere carattere strutturale, mirando a sostenere il consolidamento delle imprese

che operano legalmente e quindi la crescita di occupazione di qualità. Importante è il rilievo che le politiche di destrutturazione del mercato del lavoro regolare aprono ampi spazi all'espansione del lavoro nero e irregolare.

Vito Pinto, dal canto suo, analizza nel dettaglio le normative regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione, classificandole in base alle opzioni di politica del diritto di cui esse sono espressione e alle connesse interpretazioni del fenomeno del lavoro sommerso su cui sono costruite. L'esame conferma la maggiore pregnanza degli interventi che – acquisita la natura strutturale e distorsiva del lavoro nero – mirano a debellarlo con politiche industriali ad ampio spettro. L'Autore sottolinea, però, come l'attuazione reale delle disposizioni regionali più ambiziose incontri ostacoli sia tecnici sia politici e sconti la latitanza delle necessarie misure statali di contesto.

Nel contributo di Giuseppe Fiengo si tocca con mano l'indiscutibile ruolo, nel contrasto al lavoro sommerso, di un'efficace attività di vigilanza amministrativa e di un apparato sanzionatorio effettivo. A quest'ultimo riguardo, l'Autore sostiene che il legislatore di centro-destra ha introdotto modifiche al quadro sanzionatorio, le quali, «in modo non sempre condivisibile, ne hanno attenuato l'originario rigore». È osservazione comune che uno degli aspetti centrali delle politiche di contrasto del lavoro sommerso è l'attività di vigilanza, perché essa è una precondizione della stessa effettività dell'apparato sanzionatorio – e di conseguenza della disciplina di tutela del lavoratore nonché dello stesso ordinamento giuridico – e svolge una funzione deterrente nei confronti dei comportamenti devianti. Beninteso, Fiengo sottolinea come il governo di centro-destra abbia promosso, già da qualche anno, un modello di vigilanza un po' illogico, che – ponendo l'accento su istituti come la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per i crediti patrimoniali – ha comportato inevitabilmente un drastico ridimensionamento dell'attività di repressione del lavoro sommerso. Inoltre, i dati ufficiali sulla riduzione degli accertamenti ispettivi, a fronte di un'enorme platea di soggetti potenzialmente interessati, rendono urgente l'incremento delle risorse umane e materiali e un affinamento degli strumenti impiegabili a tale scopo, tra cui *in primis* la collaborazione con le organizzazioni sindacali.

Aspetto particolarmente importante è, poi, quello della tutela del lavoratore sommerso a livello giudiziario che viene scandagliato da Domenico Garofalo nei suoi molteplici profili. L'Autore si sofferma anche sugli strumenti volti a evitare comportamenti opportunistici dello stesso

lavoratore. Quanto al pericoloso fenomeno della diffusa disponibilità ad accettare occupazioni irregolari da parte dei percettori di trattamenti previdenziali, si suggerisce di attuare effettivamente la misura della «condizionalità», e cioè il legame tra sostegno al reddito e reale disponibilità del beneficiario ad accettare una nuova occupazione o a partecipare a percorsi di riqualificazione professionale. Com'è noto, qui emerge una delle più rilevanti debolezze delle politiche del lavoro italiane, perché manca un serio apparato istituzionale in grado di assicurare un'efficace gestione del principio della condizionalità che non sia inutilmente punitiva nei confronti dell'assistito, ma invece miri a realizzarne i diritti fondamentali al lavoro e all'integrazione sociale. Suggestiva è poi la considerazione che la politica di abbattimento del sistema di sicurezza sociale, perseguita anche dall'attuale Governo, stimoli la propensione ad accettare lavori sommersi, poiché offre immediatamente la possibilità (ovviamente non per tutti) certa di evadere il prelievo fiscale e contributivo e di accrescere i salari reali, a fronte di un'incertezza sul futuro della qualità e della quantità delle tutele della sicurezza sociale.

Andrea Mannino e Franco Scarpelli affrontano il tema dell'utilizzo del lavoro irregolare tramite l'abuso dello schermo della personalità giuridica. Centrale è qui la ricerca degli strumenti più appropriati per garantire tutela al lavoratore che formalmente dipende da una persona giuridica, sostanzialmente interposta, priva di solvibilità. Suggestiva è la riflessione volta a fare ricorso alla tecnica della disapplicazione di norme (quelle in materia di responsabilità limitata della persona giuridica) e alla teoria dell'imprenditore occulto elaborate da autorevole dottrina commercialistica. Ciò nella direzione dell'elaborazione di una sorta di principio generale che impedisca una divergenza tra realtà formale e sostanziale, proprio con riguardo all'effettiva imputazione delle responsabilità per la gestione dei rapporti di lavoro.

Giorgio Lunghini, in un suo recente bellissimo libro di critica al pensiero unico neoliberale e alla connessa teoria economica neoclassica (*Conflitto crisi incertezza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012) utilizza il seguente argomento retorico: «vuoi dirmi che strada dovrei prendere per uscire di qui? », chiede Alice al gatto acquattato sull'albero. «Dipende molto da dove vuoi andare», è la risposta. A Lunghini, l'esempio di Alice serve per dimostrare che sarebbe poco sensato continuare a percorrere la strada – quella dominata dal mito che il mercato, se lasciato a se stesso, sia fattore di equilibrio – che ha condotto alla disastrosa situazione odierna. A tutti noi, Alice e il gatto ricordano di avere sempre in mente l'obiettivo della democrazia sostanziale prefigurato dalla Costituzione.

Alessandro Santoro (*)

IL LAVORO NON REGOLARE: UN QUADRO STATISTICO E ALCUNE VALUTAZIONI DI *POLICY*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Economia sommersa e lavoro non regolare: definizioni e fonti statistiche di riferimento. — 3. Le tendenze a partire dall'inizio degli anni novanta. — 4. Alcune considerazioni di *policy*. — 5. Considerazioni conclusive.

1. — *Introduzione* — Il lavoro non regolare è una delle componenti principali del fenomeno dell'economia sommersa, che, come noto, ha nel nostro paese proporzioni superiori a quelle delle nazioni comparabili per dimensione e importanza. Sintetizzando qui una definizione che sarà ampliata e approfondita in seguito, possiamo definire l'economia sommersa come il valore della produzione derivante o da rapporti di lavoro irregolare oppure dalla mancata dichiarazione di redditi prodotti utilizzando lavoro regolare (ovvero occultando ricavi e/o sovradichiarando costi) (1). Nella teoria economica, a queste due componenti viene dedicata un'attenzione diversa. Infatti, mentre la decisione del contribuente di non dichiarare una parte o la totalità del reddito, che potremmo definire evasione fiscale in senso stretto, è studiata da un'ampia letteratura che ha ormai quarant'anni di storia, un'attenzione molto minore è tradizionalmente rivolta al fenomeno del lavoro non regolare. Le due scelte possono essere piuttosto diverse se consideriamo i soggetti coinvolti e quindi le interazioni che le determinano. In particolare la scelta del rapporto di lavoro non regolare, implicando un'interazione tra lavoratore e datore di lavoro, risulta più simile all'evasione dell'Iva, dove si realizza una convergenza di interessi tra lavoratore (che risparmia le imposte e la sua parte di contributi) e datore di lavoro (che non

(*) Professore associato di Scienza delle finanze presso l'Università di Milano-Bicocca.

(1) In effetti, come si vedrà, a queste va aggiunta una terza componente di carattere meramente statistico, che è peraltro meno importante da un punto di vista quantitativo e di difficile interpretazione.

paga i suoi contributi e segnala al fisco una dimensione minore rispetto a quella effettiva), che non alla classica evasione fiscale (ad esempio, del reddito d'impresa e/o da lavoro autonomo), frutto di una decisione unilaterale.

La mancanza di un'autonoma e sviluppata teoria della scelta di lavoro non regolare non appare, tuttavia, particolarmente grave. I (pochi) modelli che studiano tale scelta arrivano comunque a individuare come determinanti, sul piano astratto, le stesse variabili che sono studiate nell'ambito dell'evasione fiscale in senso stretto: l'entità della sanzione e la sua probabilità, il livello delle aliquote, l'attitudine al rischio dei soggetti coinvolti nonché le variabili che definiscono il contesto etico-morale in cui la scelta viene adottata. Ora, sebbene il legame tra queste variabili e la decisione di evadere il fisco (o di optare per il lavoro non regolare) sia del tutto intuitivo, la ricerca empirica non ha consentito di identificare relazioni certe e continue tra queste variabili e i livelli osservati (nella realtà o negli esperimenti condotti in laboratorio) di evasione. Ciò indica che, più che un approccio di tipo *teorico-speculativo*, basato su astratti modelli in cui l'individuo è visto come una sorta di macchina che massimizza la sua utilità attesa, per studiare l'economia sommersa nelle sue diverse componenti è necessario adottare un approccio di tipo *empirico-ragionato* che parta, cioè, dall'osservazione dei dati interpretandoli per mezzo di una riconoscibile struttura logica (che, se si vuole, può assumere le caratteristiche di un vero e proprio modello).

Questo tipo di approccio richiede quindi di partire dall'osservazione del contesto, sintetica ma anche in grado di coglierne le specificità, e poi di provare a interpretare ciò che si osserva. È esattamente questo l'approccio che si seguirà in questo breve scritto. Nel paragrafo 2 forniremo alcune definizioni e indicheremo le fonti statistiche di riferimento dell'economia sommersa e del lavoro non regolare, premessa indispensabile per poter poi descrivere gli andamenti osservati nell'ultimo periodo, cui è dedicato il paragrafo 3. Nel paragrafo 4 vengono riportati gli esiti sintetici di alcuni studi e ricerche che forniscono delle indicazioni circa gli impatti delle politiche descritte in precedenza. Il paragrafo 5 contiene alcune indicazioni conclusive.

2. — *Economia sommersa e lavoro non regolare: definizioni e fonti statistiche di riferimento* — L'indicatore più utilizzato della ricchezza di un paese è il Prodotto interno lordo o Pil, ovvero il valore complessivo del flusso dei beni e dei servizi prodotti in un anno in quel paese. Esso rappre-

sentia la somma del valore aggiunto prodotto da ciascuna unità produttiva (impresa, privata o pubblica, nel senso più ampio del termine). A sua volta, il valore aggiunto è la differenza tra il valore della produzione finale dell'unità produttiva e il costo dei beni e dei servizi consumati nel processo produttivo. Il Pil viene misurato ufficialmente per l'Italia dall'Istituto nazionale di statistica (Istat), secondo metodologie approvate, a livello europeo, dall'Ufficio statistico dell'Unione europea (Eurostat). Per comprendere come si arriva alla misura del Pil bisogna distinguere tra economia osservata attraverso le indagini sulle imprese e gli archivi fiscali e amministrativi ed economia non osservata. Quest'ultima, a sua volta, si suddivide in quattro tipologie: i) economia illegale; ii) economia informale; iii) sommerso statistico e iv) economia sommersa. Le attività illegali sono sia quelle di produzione di beni e servizi la cui vendita, distribuzione o possesso sono proibiti dalla legge, sia le attività che, pur essendo legali, sono svolte da operatori non autorizzati: ad esempio, l'aborto eseguito da medici non autorizzati. Sono legali tutte le altre attività definite produttive dai sistemi di contabilità nazionale. Si parla di attività informali se le attività produttive legali sono svolte su piccola scala, con bassi livelli di organizzazione, con poca o nulla divisione tra capitale e lavoro, con rapporti di lavoro basati su occupazione occasionale, relazioni personali o familiari in contrapposizione ai contratti formali. Le attività produttive legali non registrate esclusivamente per deficienze del sistema di raccolta dei dati statistici, quali il mancato aggiornamento degli archivi delle imprese o la mancata compilazione dei moduli amministrativi e/o dei questionari statistici rivolti alle imprese, costituiscono il sommerso statistico. Infine, quella che comunemente viene detta economia sommersa nelle definizioni internazionali coincide con il solo sommerso economico, cioè con l'insieme delle attività produttive legali svolte contravvenendo a norme fiscali e contributive al fine di ridurre i costi di produzione.

Anticipando i tempi, a partire dal 1987, l'Istat ha incluso nel Pil l'economia sommersa, o sommerso economico. Dal 1995 tale inclusione è stata stabilita per regolamento (Sec95) da tutti gli altri istituti di statistica dei paesi aderenti all'Unione europea. Allo stato attuale il Pil comprende il sommerso statistico, quello economico e l'economia informale, mentre non considera ancora l'economia illegale. Dunque, nel Pil italiano, come in quelli degli altri paesi dell'Unione europea, non rientrano gli (enormi) fatturati della criminalità organizzata, del traffico di droga e di armi, della prostituzione e di tutte le altre attività che sono intrinsecamente illegali.

Come si arriva, invece, alla stima dell'economia sommersa e che cosa include quest'ultima? In sintesi le fasi sono tre. Prima di tutto, l'Istat confronta le informazioni fornite dalle imprese sulle posizioni lavorative regolarmente a libro paga con quelle fornite dalle famiglie sul numero di persone che si dichiarano occupate, regolari o meno. L'ipotesi è che le informazioni fornite dalle famiglie siano più affidabili rispetto a quelle fornite dalle imprese. Quindi, il numero degli occupati irregolari, in ciascun settore economico e in ciascuna regione o provincia, è dato dalla differenza fra il numero degli occupati – lato famiglie – e il numero delle posizioni lavorative – lato imprese. A questa aggiunge una stima del lavoro irregolare prestato dai cittadini stranieri non residenti, e pertanto non intercettabili tramite l'indagine sulle famiglie. A questo punto, l'Istat calcola il valore aggiunto che tali occupati avrebbero prodotto se fossero stati regolarmente denunciati. Tale somma è definita *valore aggiunto sommerso da lavoro non regolare* ed è la prima componente, in senso logico e non quantitativo, dell'economia sommersa. Nel 2008 (2) essa era stimata pari a poco più di 102 miliardi di euro, cioè a circa il 6,5% del Pil. In secondo luogo, l'Istat stima il *valore aggiunto sommerso derivante da sottodichiarazione del fatturato e da sovradichiarazione dei costi*. Dopo la recente revisione metodologica del 2005, all'origine di questa stima c'è la formazione di strati di imprese, cioè gruppi di imprese sufficientemente omogenei per attività economica, per dimensione, per forma giuridica, per anni di vita e per territorio di svolgimento dell'attività. Vengono poi calcolati una versione del reddito netto dichiarato da ciascun gruppo di imprese e il numero di lavoratori indipendenti presenti nelle imprese stesse. Per indipendenti l'Istat intende l'imprenditore, i titolari e i coadiuvanti familiari. Si ottiene quindi il *reddito pro capite per indipendente*, dato dal rapporto tra reddito netto dichiarato dalle imprese del gruppo e numero degli indipendenti. Infine, per quello stesso gruppo di imprese viene calcolato il *reddito pro capite per lavoratore dipendente*. Entrambi i redditi sono divisi per le ore di lavoro prestate dagli indipendenti e dai dipendenti, in modo da tenere conto del differente orario delle due categorie professionali.

A questo punto si confrontano il reddito orario degli indipendenti con quello dei dipendenti. L'ipotesi di fondo è che il reddito netto delle

(2) Si veda la pubblicazione Istat *La misura dell'economia sommersa*, luglio 2010, disponibile all'indirizzo internet <http://www.istat.it/it/archivio/4384>. Tali stime vanno peraltro considerate come provvisorie, in quanto suscettibili di revisioni e correzioni nei futuri aggiornamenti della serie storica.

imprese debba garantire agli indipendenti una remunerazione non inferiore al reddito percepito da un lavoratore dipendente che opera nella stessa attività economica con analoghe competenze e medesimo orario di lavoro, cd. metodo Franz. Se, anche tenendo conto del fatto che gli indipendenti lavorano mediamente più dei dipendenti, il reddito *pro capite* per indipendente è inferiore a quello *pro capite* per dipendente, il valore aggiunto sommerso derivante da sottodichiarazione del fatturato e da sovradichiarazione dei costi è calcolato in modo da azzerare questa differenza.

Nel 2008 questa componente del sommerso economico ammontava a circa 153 miliardi di euro, ovvero il 9,8% del Pil. La somma del valore aggiunto sommerso da lavoro non regolare, da sottodichiarazione del fatturato e da sovradichiarazione dei costi è la stima del valore *minimo* dell'economia sommersa secondo l'Istat, pari a 255 miliardi di euro, circa il 16,3% del Pil, nel 2008. La terza e ultima fase consiste in un'operazione prettamente statistica di *quadratura tra domanda e offerta*. Nel 2006 questa componente ammontava a circa 20 miliardi di euro, cioè a circa l'1,2% del Pil. È a questo punto che l'Istat ottiene, sommando tutte e tre le componenti dell'economia sommersa, la stima del valore massimo dell'economia sommersa, pari a circa 275 miliardi di euro, il 17,5% del Pil, nel 2008.

Il fenomeno del lavoro non regolare è indagato dall'Istat non solo come componente dell'economia sommersa, ma anche nella sua consistenza numerica assoluta, prescindendo, quindi, dal valore della produzione (sommersa) a esso corrispondente (3). In questo caso la distinzione fondamentale è tra prestazioni di lavoro regolari e non regolari. Sono definite *prestazioni lavorative regolari* quelle registrate e osservabili sia dalle istituzioni fiscali-contributive sia da quelle statistiche e amministrative. Sono definite *prestazioni lavorative non regolari* quelle svolte senza il rispetto della normativa vigente in materia fiscale-contributiva, quindi non osservabili direttamente presso le imprese, le istituzioni e le fonti amministrative. Rientrano nell'ambito delle attività lavorative non dichiarate le seguenti tipologie di prestazioni lavorative: 1) continuative, svolte non rispettando la normativa vigente; 2) occasionali, svolte da persone che si dichiarano non attive in quanto studenti, casalinghe o

(3) Si veda la pubblicazione Istat *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale*, settembre 2011, disponibile all'indirizzo internet <http://www.istat.it/it/archivio/39522>. Anche in questo caso è necessario tenere presente il carattere provvisorio delle stime riferite agli anni più recenti.

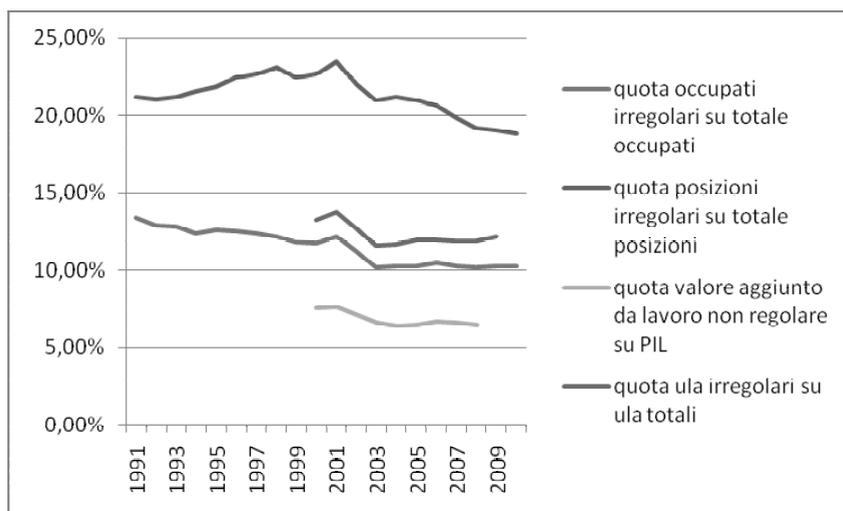
pensionati; 3) degli stranieri non residenti e non regolari; 4) plurime, ulteriori rispetto alla principale, non dichiarate alle istituzioni fiscali. Si noti che queste fattispecie possono riguardare sia la tipologia di lavoro definita dall'Istat dipendente sia quella definita indipendente, che comprende il lavoro del titolare, dei suoi coadiutori e soci nonché dei familiari.

L'analisi del lavoro non regolare è poi condotta utilizzando tre diversi concetti di riferimento: quello di occupati, quello di posizioni lavorative e quello di Unità di lavoro (Ula). Per *occupati interni* si intendono tutte le persone, dipendenti e indipendenti, che prestano la propria attività lavorativa presso unità produttive residenti sul territorio economico del paese e che concorrono alla realizzazione della produzione come definita nel Sec. Nel concetto di occupato sono incluse le persone temporaneamente non al lavoro, che mantengono un legame formale con la loro posizione lavorativa: ad esempio, la garanzia di riprendere il lavoro o l'accordo circa la data di una sua ripresa. I lavoratori in cassa integrazione guadagni rientrano in questa tipologia di occupati. La *posizione lavorativa* è definita come un contratto di lavoro, esplicito o implicito, tra una persona e un'unità istituzionale residente finalizzato allo svolgimento di una prestazione lavorativa contro corrispettivo di un compenso (che include il reddito misto dei lavoratori indipendenti) per un periodo determinato o indeterminato. Ai fini della misura dell'*input* di lavoro come fattore della produzione, il Sistema europeo dei conti (Sec95) suggerisce di stimare il numero complessivo delle ore lavorate o, come misura alternativa, il numero delle *unità di lavoro*. Le unità di lavoro (Ula) misurano il numero di posizioni lavorative ricondotte a misure standard a tempo pieno. L'insieme delle unità di lavoro è ottenuto sommando alle posizioni lavorative a tempo pieno le posizioni lavorative a tempo ridotto ricondotte a tempo pieno. Le posizioni lavorative a tempo ridotto sono trasformate in unità di lavoro a tempo pieno tramite coefficienti ottenuti dal rapporto tra le ore effettivamente lavorate in media da una posizione lavorativa a tempo ridotto (attività di secondo lavoro, *part-time*) e le ore lavorate in media da una posizione a tempo pieno nella stessa attività economica. Le posizioni lavorative dei lavoratori temporaneamente collocati in cassa integrazione guadagni sono ricondotte a tempo pieno escludendo, dalle unità di lavoro complessive, le unità equivalenti a tempo pieno corrispondenti alle ore di cassa integrazione impiegate dal sistema produttivo.

In sintesi, guardando agli occupati si misurano le *teste*, guardando alle posizioni si guarda al numero dei *rapporti* e, infine, guardando alle unità di lavoro, si ottiene una misura della *quantità di lavoro* non regolare.

3. — *Le tendenze a partire dall'inizio degli anni novanta* — Oltre alle consistenze, che potremmo definire stock di sommerso, è importante concentrare l'attenzione sugli andamenti temporali, per verificare l'esistenza di eventuali cambiamenti di tendenza dei fenomeni studiati. Nel grafico sottostante riportiamo gli andamenti percentuali di quattro indicatori: 1) il rapporto tra valore aggiunto sommerso da lavoro non regolare e Pil (per il periodo 2000-2008), 2) il rapporto tra occupati irregolari e occupati totali (per il periodo 1991-2010), 3) il rapporto tra posizioni di lavoro irregolari e posizioni totali (per il periodo 1991-2010) e infine 4) il rapporto tra le unità di lavoro non regolari e le unità di lavoro totali (per il periodo 2000-2009).

Figura 1. *Andamento di diversi indicatori di irregolarità del lavoro (1991-2010)*



Fonte: Istat.

Le due serie più lunghe forniscono già alcune interessanti informazioni. Il periodo dal 1990 al 2000 è stato caratterizzato, da un lato, da un incremento della quota percentuale delle posizioni irregolari sul totale delle posizioni (con un passaggio dal 21,2% del 1991 al 23,5% del 2001) e, dall'altro lato, dal decremento della quota degli irregolari sul totale degli occupati (dal 13,4% al 12,4% nello stesso periodo). I due dati si conciliano ipotizzando che negli anni novanta sia incrementato il fenomeno dei lavoratori *moonlighting*, ovvero che hanno una posizione lavorativa regolare e un'altra o più altre posizioni lavorative irregolari.

L'altro elemento che emerge con una certa nettezza è la tendenza comune a tutti e quattro gli indicatori a ridursi a partire dal 2001 in poi, riassunta nella Tabella 1.

Tabella 1. Andamento degli indicatori di irregolarità dal 2001 in poi

Indicatore	2001	2010	Riduzione in quota*
Valore aggiunto da lavoro non regolare	7,6%	6,5°%	14,5%
Occupati irregolari su totale occupati	12,2%	10,3%	15,6%
Posizioni irregolari su totale posizioni	23,5%	18,8%	20,0%
Ula irregolari su Ula totali	13,8%	12,2% ^{°°}	11,6%

* = $1 - \frac{\% 2002}{\% 2010}$
 ° = dato aggiornato al 2008
 °° = dato aggiornato al 2009

Fonte: nostre rielaborazioni su dati Istat

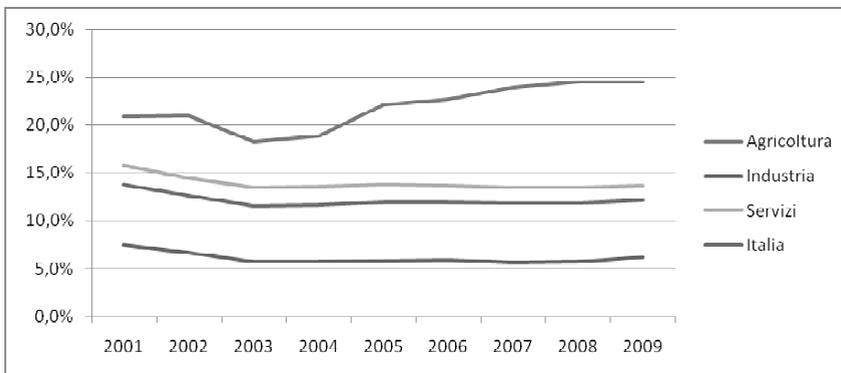
In termini relativi, la riduzione è stata del 20% per il fenomeno delle posizioni irregolari, per il 15% per il numero degli occupati e per la quota di valore aggiunto, e per poco meno del 12% in termini di unità di lavoro. Si tratta di quote sostanzialmente simili, e il minor impatto sulle unità di lavoro sembrerebbe indicare una maggior concentrazione del fenomeno della riduzione delle prestazioni di lavoro tra quelle non a tempo pieno. Come si dirà nel prossimo paragrafo, il 2002 appare essere un anno spartiacque per il sommerso a causa dell'impatto della sanatoria del lavoro irregolare dei migranti.

Tuttavia, a ben osservare, e come del resto già visibile in Figura 1, pur all'interno di una tendenza simile, l'andamento degli indicatori è stato differenziato nel corso dell'ultimo decennio. In particolare, mentre l'incidenza delle posizioni irregolari si è ridotta di 2,5 punti percentuali tra il 2002 e il 2005 e di ulteriori 2,2 punti percentuali tra il 2005 e il 2010, quella degli occupati irregolari si è ridotta pressoché esclusivamente nei primi due anni, per poi rimanere costante, anzi mostrando talvolta delle tendenze all'aumento, negli anni successivi. Qualcosa di

simile è accaduto per l'indicatore del valore aggiunto (4) e per quello delle unità di lavoro irregolari. In particolare, quest'ultimo mostra una riduzione piuttosto sensibile nei primi anni duemila (dal 13,8% del 2001 all'11,6% del 2003) e poi una tendenza all'aumento. Questo indicatore risulta effettivamente il più utilizzato nella letteratura specialistica in quanto riassume in sé sia informazioni sul numero di rapporti di lavoro irregolari sia informazioni sull'intensità del lavoro sommerso. È dunque su questo indicatore che concentreremo la nostra attenzione nel prosieguo.

Per completare il quadro è necessario disaggregare almeno parzialmente i dati. Il nostro paese è infatti notoriamente caratterizzato da differenze settoriali e geografiche nella struttura economica, nella specializzazione produttiva, nelle dimensioni medie di impresa, nelle percentuali di controlli e, aspetto affatto secondario secondo quella letteratura che propone un approccio socio-economico allo studio dell'economia sommersa, nei valori morali e nelle convinzioni sociali.

Figura 2. Incidenza delle Ula irregolari su regolari per settore (2001-2009)

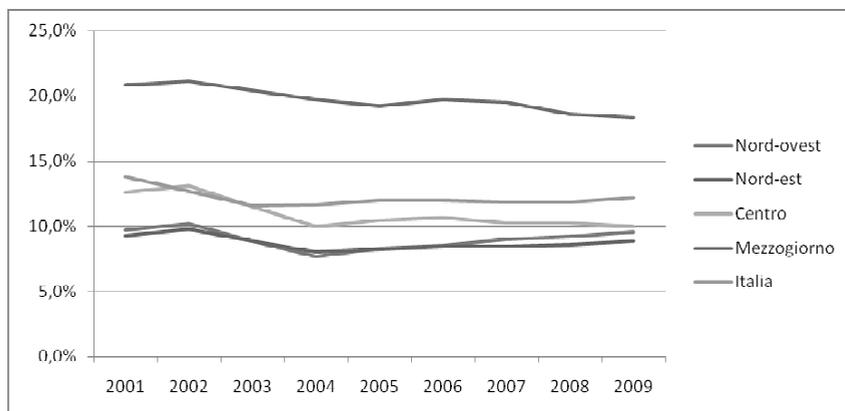


Fonte: Istat.

Per quanto concerne i settori, la Figura 2 conferma che il problema è particolarmente rilevante nel settore agricolo, dove il «rimbalzo» del tasso di irregolarità dopo la riduzione del 2001 ha portato il fenomeno a nuovi massimi (quasi 1 Ula su 4 sarebbe irregolare). L'andamento aggregato risente evidentemente dell'andamento nel settore dei servizi, anche perché si tratta, in assoluto, del comparto con il numero maggiore di Ula irregolari.

(4) Come si vedrà anche nel paragrafo successivo.

Figura 3. Incidenza delle Ula irregolari per macro-regioni (2001-2009)



Fonte: Istat.

Abbastanza sorprendentemente, l'aumento delle Ula irregolari nel settore agricolo non ha determinato un incremento dei tassi di irregolarità nel Mezzogiorno, dove risultano in calo anche dopo il 2002, e neppure nel Centro Italia. La macroregione nella quale, dopo la riduzione del 2001-2002, si verifica il maggior aumento dei tassi di irregolarità è invece il Nord-Ovest, dove influisce, evidentemente, l'incremento dei tassi di irregolarità osservato per il settore industriale in Figura 3.

Sebbene ulteriori disaggregazioni sarebbero possibili, per gli scopi di questo articolo è utile sintetizzare i fatti stilizzati constatati fino a questo punto:

1) nel corso degli anni novanta, sembra essersi intensificato il fenomeno del lavoro *moonlighting*, ovvero svolto da lavoratori con alcune posizioni formalmente in regola e altre posizioni irregolari;

2) se si confrontano i valori registrati nel biennio 2001-2002 e i corrispondenti valori registrati nel 2009-2010 si riscontra una diminuzione per tutti gli indicatori del lavoro irregolare; tuttavia

3) tale tendenza non è uguale per i diversi indicatori; in particolare, mentre l'incidenza delle posizioni di lavoro irregolari tende a scendere in modo continuo in tutto il primo decennio degli anni duemila, per gli altri indicatori l'effetto iniziale di riduzione sembra esaurirsi e, in alcuni casi, segnala un «rimbalzo» negli anni più recenti; inoltre

4) disaggregando i tassi di irregolarità delle unità lavorative (Ula) si notano sensibili differenze sia tra settori (in agricoltura i livelli di fine decennio sono ben superiori a quelli iniziali) sia tra macro-regioni (nel Nord-Ovest la tendenza al «rimbalzo» sembra più forte).

4. — *Alcune considerazioni di policy* — Nel corso degli ultimi anni le politiche di contrasto del lavoro sommerso hanno assunto un certo rilievo sia in sede europea sia in Italia. Senza pretesa di esaustività, le principali misure possono essere sintetizzate come segue (5):

1) *misure di incentivo all'emersione e alla regolarizzazione*, variamente riproposte nel corso degli anni, come, ad esempio, gli accordi provinciali per il riallineamento contributivo previsti dalla legge n. 608/1996, il credito d'imposta per le nuove assunzioni previsto dalla legge finanziaria per il 1997, le procedure per l'emersione su istanza previste dalla legge n. 383/2001 (varie volte modificata) nell'ambito del cosiddetto «Piano per l'emersione», le leggi n. 189 e n. 222 del 2002 per la legalizzazione di lavoro subordinato da parte di lavoratori extracomunitari, le procedure di emersione previste dalla legge n. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007);

2) *misure repressive e ri-organizzative dei corpi ispettivi*, come, ad esempio, l'incremento delle sanzioni previsto dalla legge finanziaria per il 2000 (legge n. 388/2000), il piano straordinario di accertamento previsto dalla legge n. 383/2001, le misure di razionalizzazione delle funzioni ispettive previste dal decreto legislativo n. 124/2004, il potenziamento dei corpi ispettivi e l'inasprimento delle sanzioni previsti nella legge n. 296/2006, la massimizzazione amministrativa prevista dal d.l. n. 226/2006 e ulteriormente ampliata nelle modalità applicative dalla legge n. 183/2010;

3) *misure di contesto* volte a promuovere l'occupazione stabile, a ridurre il cuneo fiscale, e a favorire l'occupabilità e la formazione (contenute soprattutto nella legge finanziaria per il 2007).

Mancano documenti pubblici che, sulla base di una metodologia condivisa e trasparente, abbiano condotto una valutazione *ex post* degli effetti di ciascuna di queste politiche. Ciò dipende da una pluralità di fattori tra cui, in particolare, la mancanza di una cultura della valutazione delle politiche che affligge le nostre istituzioni nonché la dispersione delle competenze tra diversi enti e organismi. Su questo secondo aspetto basti pensare al fatto che la valutazione delle politiche di emer-

(5) Cfr. *Le politiche per l'emersione del lavoro nero e irregolare. Quadro istituzionale e normativo*, Monografico n. 11/2007 dell'Osservatorio istituzionale e normativo, I-sfol, Roma, nonché il capitolo 4.1.2 «Le norme per il contrasto del lavoro sommerso/irregolare e dell'evasione/elusione contributiva» nel *Rapporto finale dell'attività del Gruppo di lavoro su «Economia non osservata e flussi finanziari»*, completato nel corso del 2011 e noto come «Rapporto Giovannini» dal nome del suo presidente.

sione, con particolare riferimento a quelle attuate in sede locale, è stata affidata in un primo momento al Comitato per l'emersione del lavoro non regolare (istituito con la legge finanziaria per il 1999), che ha operato fino al 2007 ed è stato poi sostituito dalla Cabina nazionale di regia sull'emersione del lavoro nero e irregolare (prevista dall'art. 3 del d.P.c.m. 6 dicembre 2010), ma, a tutt'oggi, non è disponibile una vera e propria serie storica che contenga un'analisi statistica affidabile dell'impatto delle diverse misure. È auspicabile che a un simile risultato si arrivi nell'ambito della redazione del Rapporto annuale sull'evasione fiscale e contributiva sollecitato nel già citato «Rapporto Giovannini» e previsto anche dal disegno di legge di riforma fiscale presentato recentemente dal governo Monti.

In attesa di un documento di vera e propria valutazione delle politiche, sono disponibili alcuni studi e ricerche che forniscono delle indicazioni circa gli impatti delle politiche descritte in precedenza. Fra essi, uno dei più recenti e documentati è stato redatto nell'ambito dell'indagine *Il lavoro che cambia* svolta dal Cnel e resa pubblica nel 2009 (6). In sintesi si evince che:

1) i risultati del «Piano per l'emersione» sono stati deludenti: mentre nella relazione tecnica allegata alla legge n. 383/2001 veniva ipotizzata un'adesione cautelativa di circa 900.000 lavoratori, l'adesione effettiva è stata di 3216 lavoratori (di cui 1300 attraverso la procedura di emersione automatica e 1900 attraverso quella di emersione progressiva, gestita dai Cles). Inoltre, il 65% di queste emersioni si è concentrata in una sola regione, la Puglia.

2) Quantitativamente ben più rilevanti sono stati gli effetti della sanatoria del lavoro dei migranti, con la quale sono state raccolte ben 702.156 domande di regolarizzazione, di cui 341.121 per colf e badanti e 356.501 per lavoratori subordinati. Lo stesso Istat, attribuisce proprio a questa misura l'effetto di riduzione della componente di valore aggiunto da lavoro sommerso osservata nel 2002: «nel 2002 il peso, sia in termini assoluti che relativi, della componente di valore aggiunto riconducibile all'utilizzo di lavoro non regolare ha registrato una progressiva riduzione per effetto, principalmente, della Sanatoria di legge a favore dei lavoratori extracomunitari occupati in modo non regolare

(6) Ci si riferisce in particolare al capitolo 7, «Indagine sul lavoro nero», a cura di E. Pugliese, disponibile all'indirizzo [http://www.portalecnel.it/portale/indlavrapporti finali.nsf/vvttuttipercodiceunivoco/7-0/\\$file/7%20-%20%20indagine%20su%20il%20lavoro%20nero.pdf](http://www.portalecnel.it/portale/indlavrapporti finali.nsf/vvttuttipercodiceunivoco/7-0/$file/7%20-%20%20indagine%20su%20il%20lavoro%20nero.pdf).

(legge n. 189 del 30 luglio 2002). Tale sanatoria ha prodotto “effetti di travaso” dal segmento di occupazione non regolare verso quello dei regolari anche nell’anno successivo» (7). Tuttavia, sempre secondo l’Istat, «a partire dal 2004 sono venuti meno gli effetti della sanatoria del 2002, ma il fenomeno dell’utilizzo di lavoratori non regolari da parte di imprese e famiglie non si è arrestato». Emerge qui l’effetto «rimbalzo» illustrato nel paragrafo precedente e che sembra aver riguardato, in realtà, tutti gli indicatori dell’incidenza del lavoro nero, con l’eccezione di quello relativo alle posizioni irregolari.

3) Alcuni provvedimenti potrebbero avere avuto effetti positivi in alcuni ambiti settoriali e geografici. In particolare, nel settore dei servizi, e con riferimento a 6 regioni (Lombardia, Emilia Romagna, Lazio, Campania, Puglia, Sicilia), l’Isfol ha rilevato un’alta efficacia percepita per gli incentivi alle assunzioni e le agevolazioni per la nuova imprenditorialità, ovvero alcuni dei provvedimenti precedentemente definiti «di contesto». Nel settore agricolo e con riferimento a tutte le regioni, invece, nella stessa ricerca l’Isfol ha rilevato un maggiore impatto percepito per le misure di controllo e di contrasto repressivo (8).

4) Maggiori riscontri sembrerebbe aver avuto la politica repressiva su cui è stata posta molta enfasi negli ultimi anni. Nello studio del Cnel citato in precedenza si rileva che «sul versante delle azioni repressivo-sanzionatorie negli ultimi anni si registrano significativi risultati dovuti al potenziamento dell’attività ispettiva e a una maggiore capacità di coordinamento degli enti proposti all’attività di vigilanza (Inps, Inail, ministeri ecc.)» (9). Su questo aspetto vale la pena, da ultimo, soffermarsi.

Secondo l’ultimo *Rapporto annuale sull’attività di vigilanza* (10), nel corso dell’anno 2011 sono stati individuati in Italia, dall’insieme degli

(7) Cfr. Istat, *La misura dell’economia sommersa secondo le statistiche ufficiali Anni 2000-2008*, 13 luglio 2010.

(8) Cfr. Isfol, Area sistemi locali e Integrazione delle politiche, *Lavoro nero e politiche per l’emersione. Principali risultati e spunti di analisi*, indagine presentata a Roma il 23 giugno 2011. Nel testo si parla di efficacia percepita perché la metodologia utilizzata in questo caso è consistita nell’intervista di un insieme selezionato di istituzioni, parti sociali, esperti, testimoni privilegiati. Va anche segnalato che questa indagine segnala un’elevata efficacia per l’introduzione del Durc, il Documento unico di regolarità contributiva.

(9) Cfr. «Indagine sul lavoro nero», *op. cit.*, p. 26.

(10) Cfr. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Direzione generale per l’attività ispettiva, *Rapporto annuale sull’attività di vigilanza in materia di lavoro e previdenziale*, anno 2011.

organi e dei corpi ispettivi preposti al contrasto del lavoro irregolare (ministero del Lavoro, Inps, Inail, Enpals, Guardia di finanza), circa 300 mila lavoratori irregolari, di cui circa 120 mila totalmente in nero. Per quanto concerne l'attività ispettiva svolta dal ministero del Lavoro, che rappresenta circa il 61% dei controlli effettuati, nel Rapporto si segnala che, a fronte di un numero solo leggermente superiore di ispezioni a livello nazionale (148.000 contro 145.000), vi è stato un notevole incremento in alcune regioni, in particolare Campania, Liguria e Toscana, con incrementi percentuali a due cifre nel numero dei controlli effettuati. Adottando un intervallo temporale più lungo per l'analisi, si noti che nello stesso *Rapporto* relativo all'anno 2007, i lavoratori irregolari riscontrati nei controlli era risultato pari a 276.000 di cui circa 140.000 totalmente in nero. L'incremento tra il 2007 e il 2011 risulterebbe quindi pari a circa 25.000 lavoratori irregolari riscontrati in più, ovvero a poco meno del 10%.

Si tratta di cifre effettivamente notevoli, ma vi è da chiedersi quale sia il loro effettivo impatto sulla galassia del sommerso. Dai dati Istat citati in precedenza, sappiamo che in Italia risultano esservi circa 2 milioni di lavoratori irregolari e circa 4 milioni di posizioni di lavoro irregolari. Ipotizzando che i controlli riescano a individuare solo singole posizioni di lavoro irregolare, i dati indicherebbero che, se a seguito del riscontro la posizione di lavoro non fosse più mantenuta né fosse sostituita, attraverso le politiche repressive dovrebbe essere possibile eliminare virtualmente il fenomeno del lavoro nero in circa 15 anni. Più semplicemente, se i controlli riuscissero a determinare l'emersione di solo 150.000 posizioni annue, il tasso di irregolarità dovrebbe, per il solo effetto dei controlli, ridursi di poco meno del 4%. Invece i dati mostrano che la riduzione delle posizioni irregolari, pur continua dall'inizio degli anni duemila in poi (si veda la Figura 1), avviene ad andamenti molto inferiori, generalmente intorno a qualche decimo di punto percentuale e comunque mai superiori al punto percentuale.

5. — *Considerazioni conclusive* — L'analisi, necessariamente breve e schematica, dei dati sul lavoro irregolare e delle *policy* adottate per contrastarlo consente di trarre due conclusioni. La prima è che, analogamente a quanto accaduto più in generale sul fronte del sommerso economico, dall'inizio degli anni duemila alcune tendenze alla riduzione del lavoro irregolare sembrano effettivamente essersi manifestate, sebbene in modo disomogeneo, sia tra settori sia tra regioni del paese. La seconda è che tale fenomeno sembra essere dovuto in massima parte

(quando non esclusivamente) alla sanatoria del lavoro immigrato irregolare del 2002. Tutti gli altri strumenti messi in campo negli ultimi 10-15 anni, contraddistinti per la verità da un notevole fervore legislativo anche sulla spinta delle indicazioni e delle raccomandazioni dell'Unione europea, non sembrano avere avuto effetti significativi e permanenti. Anzi, mentre l'incidenza delle posizioni di lavoro irregolari tende a scendere in modo continuo in tutto il primo decennio degli anni duemila, per gli altri indicatori l'effetto iniziale di riduzione (dovuto alla predetta sanatoria) sembra esaurirsi e, in alcuni casi, segnala un «rimbalzo» negli anni più recenti.

Questi andamenti sono difficilmente razionalizzabili perché continua a mancare una fonte informativa statisticamente affidabile, compiuta e regolare sull'efficacia delle diverse *policy* adottate. Le ricerche disponibili segnalano il fallimento di alcune specifiche politiche (ad esempio, i piani per l'emersione della legge n. 383/2001) e l'apparente successo di altre (ad esempio, le politiche di tipo repressivo), ma manca un quadro di sintesi che tenga conto degli effetti incrociati del sovrapporsi (a volte disordinato) dei diversi strumenti messi in campo. L'esigenza di un quadro analitico più preciso, in cui gli andamenti segnalati dall'Istat vengano posti in relazione, utilizzando le metodologie econometriche disponibili, alle variabili di controllo su cui le politiche possono incidere (normativa, incentivi, sanzioni, controlli ecc.) è ormai ineludibile, e c'è da augurarsi che venga presto attuata anche in questo senso la disposizione prevista dall'articolo 3, comma 2, del disegno di legge delega per la riforma del sistema fiscale recentemente presentato dal governo Monti.

Alessandro Bellavista (*), *Alessandro Garilli* (**)

POLITICHE PUBBLICHE E LAVORO SOMMERSO: REALTÀ E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Il problema del lavoro sommerso. — 2. Lavoro sommerso e politiche di sviluppo. — 3. Il valore della repressione. — 4. La strategia integrata di contrasto al lavoro sommerso. — 5. Il nuovo ruolo delle istituzioni pubbliche e la collaborazione con tutti gli attori del mercato del lavoro. — 6. La lotta per la legalità e la riforma dei comportamenti della politica.

1. — *Il problema del lavoro sommerso* — L'Italia continua a registrare percentuali di lavoro sommerso estremamente elevate, specie nel Mezzogiorno, sia in termini assoluti sia rispetto agli altri paesi industrializzati (1). Il dato rimane più o meno costante nonostante le molteplici politiche nazionali (e anche regionali) messe in campo, da più di un decennio, per cercare di debellare questo perverso fenomeno (2).

La pericolosità del lavoro sommerso per l'intero modello sociale europeo è stata sottolineata, da tempo, da parte degli organi comunitari,

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

(1) Cfr. C. Tealdi, *La flessibilità non ferma il sommerso*, 8 maggio 2012, in *www.lavoce.info*; M. Bovi, *Facciamo un po' di luce sul lavoro nero*, 4 gennaio 2011, *ivi*; F. Pelos, *Il sommerso dilaga ma crollano ispezioni e incassi*, 18 aprile 2012, in *www.eguaglianzaeliberata.it*; e anche i numerosi contributi in *L'economia sommersa e il lavoro nero*, Newsletter *Nuovi lavori*, n. 68 del 24 maggio 2011, in *www.nuovi-lavori.it*; L. Corazza, *Italia 2010: una Repubblica fondata sul lavoro nero*, 25 maggio 2010, in *www.nuoviitaliani.it*; C. Triglia, *Perché non si è sciolto il nodo del Mezzogiorno?*, in *Stato e mercato*, 2011, pp. 63 ss.

(2) Da ultimo, per una ricostruzione dei vari approcci politici e normativi, cfr. M. Barbieri, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 71 ss.; D. Garofalo, *Le misure contro il lavoro sommerso nel Collegato lavoro*, 2010, in *Law. giur.*, 2011, pp. 71 ss.; M. Faioli, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, Milano, 2008; *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, a cura di V. Pinto, Cacucci, Bari, 2007; M. Avola, *Lavoro irregolare e politiche pubbliche*, Bonanno, Acireale-Roma, 2007, pp. 13 ss.

insieme all'indicazione di un'ampia quantità di condivisibili terapie che si snodano mediante un'articolata miscela di misure di repressione/deterrenza nei confronti delle situazioni illegali e di sostegno/incentivazione ai processi di emersione e ai comportamenti conformi alle regole (3).

Va ricordato che per lavoro sommerso (propriamente detto), o lavoro nero, si intende il rapporto di lavoro per definizione invisibile, cioè non dichiarato alle autorità pubbliche (*in primis*, agli enti previdenziali e fiscali) a cui dovrebbe esserne denunciata l'esistenza. Di conseguenza, il lavoro sommerso è quello che si svolge in violazione di tutte le normative legali (specie previdenziali e in materia di sicurezza del lavoro) che lo regolano (4).

In altre parole, il lavoro sommerso rappresenta un «deserto normativo» o la negazione del diritto del lavoro (5). Accanto a ciò si pone il lavoro irregolare, in cui il rapporto è dichiarato e quindi non è invisibile, ma si svolge con parziale violazione della normativa in materia: classico esempio è quello del lavoratore formalmente inquadrato a *part-time*, ma che, in realtà, è impiegato a orario pieno; oppure il lavoratore intermittente che lavora per un periodo superiore a quello ufficialmente comunicato agli enti pubblici. In questo *continuum*, può anche definirsi lavoro irregolare quello rappresentato dall'abusiva utilizzazione di forme di lavoro autonomo per mascherare rapporti di lavoro subordinato (6).

Concentrando l'attenzione, al momento, sul lavoro sommerso o nero propriamente detto, dunque, vale la pena di chiedersi cosa sia mancato alle suddette politiche di contrasto e di emersione che le ha rese

(3) Cfr., in particolare, la Comunicazione della Commissione europea del 24 ottobre 2007, Com(2007) 628 def., (*Rafforzare la lotta al lavoro sommerso*), da leggere in stretta connessione con la precedente Comunicazione della stessa Commissione del 7 aprile 2008, Com(1998) 219 definitivo. A questo proposito cfr. M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., pp. 85 ss.; L. Zoppoli, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *q. Riv.*, 2008, I, pp. 81 ss.; e M. Sorcioni, *Il bastone e la carota*, in *L'economia sommersa*, cit.; C. Williams, *What is to be done about undeclared work?*, in *Policy & Politics*, vol. 34, n. I, 2006, pp. 91 ss.

(4) Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 7 aprile 1998, cit., pp. 4 ss., e la successiva Comunicazione della stessa Commissione del 24 ottobre 2007, cit., pp. 2 ss.; M. Faioli, *Il lavoro prestato irregolarmente*, cit., pp. 3 ss.; A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, II ed., Giappichelli, Torino, 2002, pp. 7 ss.

(5) Cfr. A. Viscomi, *Lavoro sommerso e immigrazione*, in *Lav. giur.*, 2008, pp. 22 ss.

(6) Cfr. M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., pp. 83 ss.

scarsamente incisive, se non del tutto inefficaci. La risposta più semplice è quella che, nei confronti degli attori del mercato del lavoro, spesso operano incentivi (qui intesi come stimoli al comportamento) più forti a restare nel sommerso rispetto a quelli che inducono al rispetto delle normative in materia di lavoro. Dopotutto – come ha osservato Sebastiano Vassalli, seppure nell’ambito di un ragionamento più ampio – «il paese sommerso ha le sue leggi, diverse da quelle del paese legale. Ha la sua politica (o le sue politiche) e ha la sua economia: un fiume di soldi che deve sfuggire alla contabilità dell’altro paese, quello alla luce del sole» (7). Il problema sorge, però, quando si tratta di individuare nuovi incentivi in grado di ribaltare tale deleteria situazione. Comunque sia, è possibile, proprio sulla base delle passate esperienze, fissare alcuni punti cardine di un approccio maturo alla questione (8).

Anzitutto, è necessario rendersi conto che quando il lavoro sommerso assume caratteristiche così strutturali e dimensioni tanto permanenti, come in Italia, esso non può più essere ignorato e tollerato dalla parte del paese che vive nella legalità, perché rappresenta un fenomeno esclusivamente regressivo che fomenta circuiti viziosi del sottosviluppo (9). Infatti, il lavoro sommerso, come qualunque altra manifestazione dell’illegalità, innesca una pericolosa spirale che si autoalimenta. Com’è noto, esso determina un’ingente sottrazione di risorse al prelievo contributivo e fiscale; ciò comporta un innalzamento delle aliquote e l’aumento delle tasse a carico dei consociati che operano nella legalità. E tutto questo, se si consolida senza subire alcuna rilevante repressione, sollecita negli attori del mercato del lavoro comportamenti opportunistici verso la fuga dalle regole e a cedere alla seduzione dei vantaggi del mondo sommerso. In eguale misura, le imprese sommerse svolgono una concorrenza sleale nei confronti di quelle regolari, le quali subiscono l’attrazione del rifugio dell’illegalità. La propensione della riduzione dell’area legale a vantaggio di quella illegale è dimostrata dal fatto che

(7) S. Vassalli, *L’Italiano*, Einaudi, Torino, 2007, p. 131.

(8) Cfr. gli scritti già citati a nota 1 e quelli in q. *Riv.*, 2008, I, proprio dedicato al tema «L’emersione del lavoro nero», con contributi di: C. Treves, *La lotta al lavoro nero tra legislazione, repressione e politiche di sostegno*, pp. 3 ss.; A. Bellavista, *Al di là del lavoro sommerso*, pp. 8 ss.; V. Pinto, *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, pp. 25 ss.; F. Scarpelli, *Il contrasto al lavoro irregolare tra sanzioni e regole di responsabilità*, pp. 59 ss.; L. Zoppoli, *Unione europea e lavoro sommerso*, cit., pp. 81 ss.; nonché cfr. M. Barbieri, *L’intervento comunitario*, cit., pp. 71 ss.

(9) Cfr. C. Trigilia, *Perché non si è sciolto il nodo*, cit., pp. 64 s.

esistono intere zone del territorio nazionale dove l'economia funziona con modalità del tutto o parzialmente irregolari (10).

2. — *Lavoro sommerso e politiche di sviluppo* — Peraltro, il lavoro sommerso è sicuramente un fenomeno multiforme, con innumerevoli sfaccettature, in cui si assiste sovente non solo allo sfruttamento della parte più debole del rapporto – come nel caso dell'impiego irregolare di immigrati o di minori – ma anche a profonde complicità tra datore e lavoratore. Tuttavia, il *trait d'union* di tutte queste manifestazioni è quello che esse sono spesso legate a forme di attività a basso livello di innovazione, per non dire di tipo parassitario. Ciò significa che lo sviluppo e la modernizzazione della produzione sono di per sé incompatibili con l'uso del fattore lavoro in forme illegali e irregolari (11).

Pertanto, il primo passo è quello di collocare le politiche di contrasto del lavoro sommerso nel più ampio contesto delle politiche di sviluppo del sistema produttivo (12). In quest'ambito un ruolo importante è svolto dal sostegno alla crescita dimensionale delle imprese. È ovvio che l'invisibilità dei rapporti di lavoro diminuisce in proporzione alla grandezza della struttura datoriale. Politiche mirate vanno poi destinate a quelle tipologie di lavoro sommerso e irregolare frequenti in settori dove il costo del lavoro gioca un ruolo di rilievo oppure laddove le relazioni di lavoro hanno una natura intensamente fiduciaria o vivono intrecciate con rapporti amicali o comunitari: come i servizi alla persona, i lavori di cura, le attività nei servizi alberghieri e della ristorazione e nelle imprese familiari. Particolare attenzione va dedicata agli ambiti tradizionalmente a maggiore rischio di lavoro sommerso, come l'agricoltura e l'edilizia. Ma proprio questi due ultimi casi mettono in luce come il ricorso al lavoro sommerso possa essere ridotto o reso del tutto impossibile, quando l'impresa si concentri su lavorazioni che richiedono professionalità elevate, sia in grado di operare con continuità, e si collochi in mercati ad alta specializzazione, dove la competitività

(10) Cfr. L. Cannari, D. Franco, *Il Mezzogiorno: ritardi, qualità dei servizi pubblici, politiche*, in *Stato e mercato*, 2011, p. 7; C. Trigilia, *Perché non si è sciolto il nodo*, cit., p. 64.

(11) Cfr. G. Forges Davanzati, *Le politiche di contrasto al lavoro non regolare*, in *Le politiche pubbliche*, cit., pp. 83 ss.; M. Avola, *Lavoro irregolare*, pp. 167 ss.

(12) Cfr. R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in *Le politiche pubbliche*, cit., pp. 57 ss.; A. Viscomi, *Lavoro sommerso*, cit., pp. 22; S. Ruvolo, *Uno sforzo notevole, consapevole, intenso*, in *L'economia sommersa*, cit.; G. Tavernese, *Nel Sud soltanto il «lavoro buono» può scacciare il «lavoro cattivo»*, *ivi*.

non dipende dal solo costo del lavoro e quindi dallo sfruttamento della forza lavoro (13).

Sicché, è evidente che solo la nascita di nuova occupazione nelle attività più moderne del settore produttivo può svolgere la funzione di offrire adeguati incentivi ai lavoratori per spostare la loro offerta in quella direzione e generare una capacità di resistenza nei confronti degli impieghi irregolari. In altri termini, solo un datore di lavoro solido e di qualità può avvalersi di forme di lavoro qualificate e quindi rifiutare l'impiego di lavoro sommerso. E quindi il contrasto del lavoro sommerso è un frammento irrinunciabile di una più ampia politica volta a favorire l'imporsi di imprese di alto livello e di lavori più che dignitosi (14). Di fronte alla necessità di riconvertire l'apparato industriale del paese e alle pressanti esigenze di garantire la competitività del medesimo (15), questa politica può essere perseguita, anche nei territori più depressi, attraverso il sostegno alla crescita di attività connesse all'economia della conoscenza, o caratterizzate da uno specifico valore identitario o in grado di valorizzare le risorse locali (16).

3. — *Il valore della repressione* — Accanto alle politiche per lo sviluppo e l'occupazione si collocano, però, altre forme di intervento. Non va trascurato, infatti, l'effetto deterrente che può svolgere un serio apparato di vigilanza e di controllo sul rispetto delle normative in materia. È evidente l'impossibilità di sottoporre a controllo tutto il mondo delle imprese italiane, anche se si volesse costruire uno Stato di polizia od orwelliano. Ma non è difficile utilizzare le risorse offerte dalla tecnologia per varare campagne di sorveglianza nei settori e nelle zone più a rischio, in modo tale da debellare i fenomeni più eclatanti e ridurre la sensazione di impunità che è frequente in molti contesti. Basti pensare che le recenti ispezioni a fini fiscali, nelle più importanti località di villeggiatura invernale, hanno avuto effetti significativi. Il profilo della visibilità mediatica e della funzione simbolica di tali accertamenti è im-

(13) Cfr. G. Viesti, *Perché le regioni crescono? Sviluppo locale e distretti industriali nel Mezzogiorno*, in *Stato e mercato*, 2000, pp. 262 ss.

(14) Cfr. le già citate comunicazioni della Commissione europea; e i contributi in *Le politiche pubbliche*, cit., in particolare T. Treu, *Conclusioni*, pp. 145 ss.

(15) Cfr. C. Trigilia, *Sviluppo locale*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 169 ss.; G. Viesti, *Mezzogiorno a tradimento*, Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 11 ss.; e gli scritti in *L'Italia che non cresce*, ed. Il Sole 24 Ore, 2011.

(16) Cfr. C. Trigilia, *I tre passi da fare per rilanciare l'economia isolana*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 dicembre 2011, *Speciale Sicilia*, p. 1 e p. 3.

portante, perché rivolge all'intero mondo del sommerso il messaggio che non è più facile nascondersi nell'illegalità (17). Poi, più concretamente, queste azioni hanno comunque permesso di accertare un incremento delle registrazioni di cassa rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente: cioè, quando non c'era stato alcun accertamento fiscale (18).

In effetti, un dato costante è quello che quando si intensifica l'attività ispettiva, in qualunque ambito (fiscale, contributivo, sicurezza del lavoro), correlativamente si assiste a un incremento della tendenza dei consociati a conformarsi ai parametri legali (19). Ciò conferma la funzione dissuasiva e di orientamento dei comportamenti verso la legalità di un efficiente apparato di vigilanza, che va rafforzato e non distratto o surrettiziamente bloccato come invece s'è verificato a seguito delle politiche perseguite dall'ultimo governo di centro-destra. E, al riguardo, si mette in evidenza «un crollo delle ispezioni, soprattutto negli ultimi due anni» (20).

A tal punto che, di fronte a tutto questo, si è sostenuto, in modo condivisibile, che «la strategia consapevolmente seguita dal governo» di centro-destra «nell'affrontare la recessione» sia stata quella di utilizzare «l'economia sommersa come ammortizzatore sociale» (21). Emblematico al riguardo è stato l'atteggiamento del precedente Presidente del Consiglio (Berlusconi) che, più volte, ha rilasciato dichiarazioni con cui ha giustificato l'evasione fiscale (22); cosa, questa, che non sarebbe mai potuta accadere in nessun altro paese moderno (23).

4. — *La strategia integrata di contrasto al lavoro sommerso* — Di conseguenza, la specifica strategia di contrasto del lavoro sommerso deve essere basata su una miscela di interventi, il cui nervo centrale è costituito

(17) Cfr. G. Lerner, *La destra che difende gli evasori*, in *la Repubblica*, 6 gennaio 2012, n. 4, p. 1 e p. 29; C. Marchese, *La vergogna di essere evasore*, 2 settembre 2011, in *www.lavoce.info*.

(18) Cfr. l'intervista a V. Visco, in *La Stampa*, 8 gennaio 2012, p. 3.

(19) Cfr. C. Treves, *La lotta al lavoro nero*, cit., pp. 5 s.

(20) F. Pelos, *Meno ispezioni, meno lavoro legale: una tendenza inquietante*, *Newsletter Nuovi lavori*, n. 85 del 27 marzo 2012, in *www.nuovi-lavori.it*. Cfr. anche G. Cela, *Come lo Stato affronta il lavoro irregolare*, in *L'economia sommersa*, cit.

(21) T. Boeri, *Il Governo e il sommerso*, in *la Repubblica*, 25 febbraio 2010, n. 47, p. 1 e p. 31.

(22) Cfr. M. Giannini, *Il premier e l'evasione fiscale*, in *la Repubblica*, 30 giugno 2010, n. 130, p. 1 e p. 6.

(23) Cfr. G. Ruffolo, *Le rivolte dei furbetti*, in *la Repubblica*, 12 gennaio 2012, p. 47.

dall'obiettivo di rendere meno conveniente il ricorso all'irregolarità e più conveniente il rispetto delle regole. E ciò, appunto, va realizzato attraverso un equilibrato dosaggio di tecniche incentivanti all'emersione e di repressione dei comportamenti devianti (24).

In questa prospettiva, vanno segnalate alcune misure che congiuntamente possono dare un contributo importante. È indispensabile alleggerire il prelievo contributivo e fiscale sul lavoro, spostandolo su altre fonti, nonché fissare salari minimi per legge, attraverso il dialogo con le parti sociali, in modo tale da segnare un netto confine tra lavoro legale e illegale e da impedire dichiarazioni di retribuzioni troppo basse, così frenando l'evasione fiscale e contributiva (25). Le tipologie di lavoro sommerso che proliferano grazie alla connivenza tra datore e lavoratore (o soprattutto a causa della soggezione di quest'ultimo) possono essere attaccate tramite interventi volti a spezzare tale legame, come la previsione di forti incentivi economici e previdenziali all'azione di denuncia del lavoratore del rapporto irregolare e l'agevolazione della prova del medesimo sul piano del contenzioso del lavoro. Particolare attenzione va dedicata allo sfruttamento dei lavoratori immigrati; e se si tratta di clandestini, con misure particolarmente mirate tra cui l'offerta concreta anche di temporanee occasioni di lavoro alternative e di procedure semplificate, se non automatiche, per la regolarizzazione della loro posizione sul territorio nazionale (26).

Fondamentale è poi una sorta di «avvelenamento dei pozzi» dei luoghi dove può attecchire o nascondersi l'impiego di manodopera irregolare, anche se non completamente sommersa. Per esempio, recenti indagini segnalano un uso eccessivo e distorto da parte delle imprese di tipologie di lavoro che, stando alle intenzioni del legislatore, avrebbero dovuto favorire l'emersione del lavoro sommerso o la totale regolariz-

(24) In questa prospettiva, per tutti, cfr. M. Sorcioni, *Il bastone e la carota*, cit.; C. Treves, *La lotta al lavoro nero*, cit., pp. 5 ss. Sul punto cfr. le proposte della XI Commissione della Camera dei deputati, nel Documento conclusivo approvato il 26 maggio 2010 al termine dell'*Indagine conoscitiva su taluni fenomeni distortivi del mercato del lavoro (lavoro nero, caporalato e sfruttamento della manodopera straniera)*, pp. 24 ss.

(25) Cfr. T. Boeri, *L'Italia riparta dalla lotta all'evasione*, in *la Repubblica*, 13 maggio 2010, p. 31.

(26) Cfr. le proposte dell'XI Commissione della Camera dei Deputati, cit., pp. 14 ss.; e dell'Osservatorio antirazzista Pigneto-Tor Pignattara, *Da Rosarno a Roma per il diritto al lavoro*, in *L'economia sommersa*, cit. Cfr., anche, T. Boeri, *Quei silenzi sul lavoro nero*, in *la Repubblica*, 14 gennaio 2010, p. 29; M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., pp. 91 ss.

zazione di posizioni parzialmente emerse. Come il lavoro intermittente e il lavoro accessorio (27). Quanto al primo, la soluzione è quella o di abrogare l'istituto oppure di renderne più controllabile l'uso genuino. Rispetto al secondo, ne va limitato l'ambito di utilizzo e fissato un preciso valore orario del buono. Va contrastato l'uso abusivo, per mascherare rapporti di lavoro subordinato, dei moduli contrattuali formalmente di lavoro autonomo, stabilendo draconiani requisiti delle relative fattispecie e imponendo oneri contributivi e tutele normative e retributive che garantiscano al lavoratore una condizione dignitosa (28). E, qui, come si vede, il contrasto al lavoro sommerso si connette con la politica più ampia volta all'eliminazione della precarietà, della segmentazione delle tutele e alla bonifica dell'intero mercato del lavoro (29).

È significativo, comunque, che l'evidenza empirica tenda a dimostrare l'incapacità delle politiche deregolative e di flessibilizzazione del mercato del lavoro di ridurre il lavoro sommerso e accrescere l'occupazione regolare (30); con ciò smentendo le pretese virtù salvifiche delle politiche economiche neoliberali (31).

Proprio la capacità di affrontare i problemi complessivi del mercato del lavoro permette di apprezzare l'opportunità di una raffinata regolazione, che miri a responsabilizzare l'impresa della necessità di assicurare il rispetto della normativa lavoristica lungo l'intera catena che riguarda la sua attività. Così, va migliorata e perfezionata l'attuale disciplina che responsabilizza l'impresa appaltante nei confronti dei crediti vantati dai dipendenti dei vari appaltatori e subappaltatori. In questo modo, si assicurerebbe il controllo dell'intera filiera produttiva e si ridurrebbe la deleteria prassi organizzativa, in base alla quale l'impresa capofila scarica i suoi costi a valle, lungo una complessa linea di appal-

(27) Cfr. F. Pelos, *Meno ispezioni*, cit.; F. Lauria, *Un voucher non si nega a nessuno*, in *L'economia sommersa*, cit.

(28) In questa direzione cfr.: il documento di Cgil-Cisl-Uil del 17 gennaio 2012; il disegno di legge («Disposizioni in materia di mercato del lavoro in una prospettiva di crescita») presentato al Senato dall'attuale governo Monti, specie gli artt. 7 e 11; nonché le osservazioni sull'intero progetto contenute nella memoria della Cgil, depositata in occasione dell'audizione al Senato.

(29) Cfr. T. Treu, *Tutti i lavori stesse tutele*, 27 settembre 2011, in *www.tizianotren.org*; M. Roccella, *Lavoratori senza diritti*, in *Micromega*, 2010, n. 5, pp. 141 ss.; L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 149 ss.

(30) Cfr. C. Tealdi, *La flessibilità non ferma il sommerso*, cit.; G. Viviani, *Il lavoro irregolare in Italia. Un'analisi longitudinale dei percorsi lavorativi*, in *Stato e mercato*, 2010, pp. 156 ss.

(31) Cfr. L. Gallino, *La lotta di classe*, cit., p. 56 e pp. 163 ss.

tatori e finanche di lavoratori a domicilio, senza curarsi delle condizioni garantite ai relativi prestatori di lavoro (32). Né va esclusa la possibilità di reintrodurre la regola della parità di trattamento, tra i dipendenti delle imprese appaltanti e appaltatrici, nei casi in cui il processo produttivo sia fortemente integrato (33).

5. — *Il nuovo ruolo delle istituzioni pubbliche e la collaborazione con tutti gli attori del mercato del lavoro* — Significativo appare il ruolo dell'intero apparato pubblico. Sulla base degli insegnamenti delle passate esperienze, i governi nazionale e regionali sono in grado di costruire strumenti tali da condizionare l'accesso ai mercati delle opere e dei servizi pubblici, nonché ai finanziamenti agevolati e ai benefici previsti da varie normative, solo alle imprese che si conformano a un modello virtuoso di comportamento, improntato al primario rispetto della legalità e all'applicazione degli standard dei contratti collettivi nazionali di categoria. Questi modelli fanno leva su tecniche di accertamento della virtuosità del comportamento dell'impresa: come il documento unico di regolarità contributiva, gli studi di settore, gli indici di congruità, la cosiddetta patente a punti, le cosiddette *white list* antimafia e il recente *rating* di legalità delle imprese, di cui all'art. 5-ter della legge 24 marzo 2012, n. 27 (34).

A questo punto, si tratta di andare avanti. Non solo di perfezionare quanto è già disponibile, ma di diffondere la logica promozionale e premiale della regolarità. E ciò partendo dal basso, direttamente dai luoghi su cui si vuole intervenire, attraverso la collaborazione di tutti gli attori pubblici e privati volta a costruire aree territoriali improntate

(32) Cfr. F. Scarpelli, *Il contrasto al lavoro irregolare*, cit., pp. 78 ss.; *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli, Utet, Torino, 2011.

(33) Da ultimo, nel comparto del mobile imbottito, si segnalano gli effetti devastanti, a danno delle imprese di qualità, determinati dalla concorrenza sleale di produttori che si avvalgono di una filiera di contoterzisti che fanno largo uso di lavoro nero o irregolare. Cfr. F. Benucci, *Un distretto lasciato alla deriva*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 maggio 2012, p. 47. Quanto alle misure da adottare, restano di straordinaria attualità alcuni dei suggerimenti contenuti nella proposta di legge n. 2324, dell'11 febbraio 1988, presentata alla Camera dei deputati da G. Ghezzi (e altri), *Norme sulla tutela dei lavoratori della piccola impresa, sulla cassa integrazione guadagni e sui licenziamenti*.

(34) Cfr. D. Pesenti, *La lotta al lavoro nero in edilizia*, in *L'economia sommersa*, cit.; D. Masciandaro, *Tre strumenti per la legalità e la crescita*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2012, p. 45; V. Bonifati, *Più coraggio sulle white list antimafia*, *ivi*, 6 febbraio 2012, n. 36, p. 14.

al rispetto del primario principio della legalità, in cui, grazie a ben congegnati provvedimenti legislativi, le imprese accedano a peculiari agevolazioni e forme di sostegno (35). Diventa così imprescindibile la necessità di adottare approcci che intensifichino nuovi assetti delle relazioni industriali, come la contrattazione territoriale (36), e che affermino il valore del metodo che è stato definito della coesione, e cioè: «il metodo del confronto, fra tutti i soggetti, interni ed esterni al territorio [...] la costruzione di coalizioni orizzontali (fra Comuni, sistemi di imprese, cittadini organizzati) e verticali (fra livelli di governo)» (37).

Peraltro, potrebbe essere sperimentata l'attribuzione di ingenti premi monetari o di sconti fiscali e contributivi direttamente ai lavoratori, alle imprese e alle organizzazioni sindacali, datoriali e della società civile dei territori dove, in un determinato periodo di osservazione, si riscontri una riduzione delle percentuali del lavoro sommerso. Certo, una soluzione estrema – ma da non escludere nei casi più eclatanti dove il mercato del lavoro è un vero e proprio *Far West* – potrebbe essere quella di istituire una sorta di «taglia», ovvero di ricompensa per categorie di soggetti, accreditati con una specifica procedura, che collaborano con gli organi istituzionali nella ricerca di fenomeni di sommersione particolarmente gravi. La combinazione tra logica premiale ed esaltazione del conflitto di interessi potrebbe produrre risultati enormi, sotto il profilo della riduzione del ricorso alle prestazioni di lavoro sommerso, se si desse all'utilizzatore di qualunque opera o servizio la possibilità di detrarre ai fini fiscali l'intero ammontare della somma pagata e non la ridicola percentuale che ora viene assicurata (per giunta in modo traballante) nel caso delle ristrutturazioni edilizie o (anche qui sempre più dominata dall'incertezza) delle spese mediche e dei contributi per il lavoro domestico. Si pensi all'impatto che avrebbe sui comportamenti individuali e collettivi l'attribuzione al soggetto d'imposta (*rectius*: il cittadino qualunque) della facoltà di dedurre le spese sostenute in materia

(35) Cfr. N. Amadore, *La zona franca rilancerà la Sicilia*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 aprile 2012, n. 100, p. 42; e gli scritti sul *rating* antimafia e la zona franca della legalità di Caltanissetta di R. Galullo, in *Il Sole 24 Ore*, 14 marzo 2012, speciale *Sicilia*, p. 3.

(36) Cfr. O. Rosati, *La contrattazione territoriale antidoto al lavoro sommerso*, in *L'economia sommersa*, cit.; C. Trigilia, *Fiat e Mezzogiorno, La difficile difesa del lavoro nella globalizzazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, pp. 116 ss.

(37) F. Barca, *Per il Sud l'ora della concretezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 24 dicembre 2011, n. 351, p. 26. Cfr. C. Trigilia, *Perché non si è sciolto il nodo*, cit., pp. 67 ss.; R. Catanzaro e G. Viesti, *Un commento*, in *Stato e mercato*, 2011, rispettz. pp. 91 ss. e pp. 87 ss.

di riparazioni auto e moto, elettriche e idrauliche, lavori di tappezzeria, imbiancatura, riscaldamenti e mobili (38).

6. — *La lotta per la legalità e la riforma dei comportamenti della politica* — *Last but not least*, altri due fattori assumono un rilievo decisivo. Il primo è di carattere culturale. L'Italia è un paese fortemente caratterizzato da un'illegalità diffusa. Le elevate percentuali di lavoro sommerso sono solo una cartina di tornasole di una caratteristica costante del paese, che è quella della propensione alla fuga dalle regole, di qualunque natura esse siano. Basti pensare che l'Italia è costantemente ai primi posti, tra i paesi industrializzati, nelle classifiche sul livello di corruzione (39) e sull'entità dell'evasione fiscale (40).

Per eliminare tutti questi circuiti viziosi del sottosviluppo è necessaria una grande battaglia volta a educare l'intera società ad apprezzare il valore primario della legalità e del rispetto delle regole. A ciò si affianca la capacità di reprimere effettivamente i comportamenti perversi, in modo tale da diffondere nella comunità l'idea che sia ormai impossibile continuare a vivere nell'impunità (41). Inoltre, è indispensabile che la strategia educativa sia condivisa dall'intero ceto politico, indipendentemente dal colore.

Le politiche di contrasto del lavoro sommerso e, più in generale, dell'illegalità nella società, non possono avere successo nello spazio di un mattino, bensì richiedono una lunga e coerente attuazione, con la capacità di modificarle e perfezionarle sulla base dell'esperienza. Per fare ciò, però, è imprescindibile che la classe politica italiana, nazionale e locale, non si faccia trascinare da quella che è stata definita la «deriva maggioritaria» (42): vale a dire l'idea che tutto quello che ha fatto il predecessore sia sbagliato e che quindi il governare si identifichi con il

(38) Cfr. A. Brambilla, *E se fosse deducibile parte degli scontrini?*, in *Il Sole 24 Ore*, 22 agosto 2011, n. 227, p. 6.

(39) Cfr. P. Ginsborg, *Salviamo l'Italia*, Einaudi, Torino, 2010, p. 17; D. Della Porta, *I peggiori d'Europa*, in *la Repubblica*, 22 marzo 2012, p. 53.

(40) Cfr. G. Rossi, *Basta cacciare farfalle sotto l'Arco di Tito*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 aprile 2012, n. 148, p. 1 e p. 12; C. Carboni, *Quando la corruzione frena il Pil*, *ivi*, 16 febbraio 2012, n. 46, p. 17; L. Zingales, *Il senso civico è uno stock di capitale*, *ivi*, 1° ottobre 2009, n. 270, p. 15; V. Visco, *I punti fermi contro l'evasione*, *ivi*, 29 novembre 2011, p. 26.

(41) Cfr. L. Guiso, *La corruzione si batte a scuola*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 febbraio 2012, n. 58, p. 18; V. Visco, *Intoccabili evasori*, 6 dicembre 2011, in *www.lavoce.info.it*.

(42) Cfr. M. Savino, *Le disfunzioni e le riforme*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, il Mulino, Bologna, 2009, pp. 443 ss.

fare riforme su riforme, cancellando ogni traccia delle precedenti esperienze.

In effetti, la trasformazione non dipende in modo automatico da qualunque modifica normativa, sebbene formalmente perfetta, bensì avviene esclusivamente a seguito di quanto fanno gli attori che hanno in mano gli strumenti per guidarla. Solo un'azione politica condivisa, che mantenga i suoi tratti essenziali indipendentemente dai mutamenti della compagine di governo e degli uomini al vertice, è in grado di affermare in concreto il valore della legalità e assicurare alle generazioni presenti e future la speranza di un mondo migliore e di una società dove si possa godere di un'esistenza libera e dignitosa, come appunto stabilisce la Costituzione.

Ciò richiede che la stessa politica si muova, nella dimensione pubblica e privata, in linea con i principi della trasparenza e dell'integrità e rifugga dalle tradizionali e deleterie pratiche clientelari (43).

In questa prospettiva, andrebbero valorizzati alcuni meccanismi istituzionali tali da condizionare la condotta della classe politica verso usi virtuosi delle risorse finanziarie e degli strumenti di governo dei territori. Acquisito che ancora in Italia i vertici politici mantengono poteri tali da influenzare tutta l'amministrazione concreta, se si vuole indurre un cambiamento positivo del funzionamento degli apparati pubblici è necessario agire sul primo polo piuttosto che sulla sola burocrazia (44).

Anzitutto, l'utilizzo di tutti i fondi pubblici e comunitari va strettamente legato a parametri di efficacia ed efficienza. In secondo luogo, il controllo su tali condotte va affidato soprattutto a organi esterni e imparziali che ne pubblicizzino i relativi risultati. La formazione di graduatorie e classifiche di virtuosità avrebbe l'effetto di esporre i responsabili politici alle valutazioni della comunità di riferimento – innalzando i cosiddetti «costi morali» dei comportamenti opportunistici e clientelari – e comunque dovrebbe condurre, nei casi più gravi, a forme di esautorazione e di commissariamento dell'intero vertice politico

(43) Cfr. P. Ginsborg, *Salviamo l'Italia*, cit., pp. 99 ss.; S. Rodotà, *Evasione*, in *la Repubblica*, 12 gennaio 2012, p. 46; M. Gotor, *Corruzione*, *ivi*, 22 marzo 2012, p. 52; M. Bovi, *Facciamo un po' di luce*, cit.

(44) Cfr. G. D'Auria, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 11 ss.; S. Battini, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, *ivi*, pp. 42 ss.; B.G. Mattarella, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2009, pp. 949 ss.

(45). Misure del genere vanno, peraltro, generalizzate a tutte le amministrazioni pubbliche – traendo spunto da previsioni già esistenti in vari ambiti – in modo tale che l’abnorme deviazione dei risultati gestionali rispetto ai relativi parametri sanzioni effettivamente la «cattiva» politica, fino al punto di prevedere l’immediato decadimento dalla carica e la futura ineleggibilità per un periodo più o meno lungo (46).

(45) Così, C. Trigilia, *Perché non si è sciolto il nodo*, cit., p. 71; M. Salvati, *Una modesta proposta per una grande questione*, in *il Mulino*, 2010, pp. 223 ss.

(46) Cfr. A. Bellavista, A. Garilli, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, pp. 9 ss.; G. Viesti, *Il federalismo difficile*, in *il Mulino*, 2010, pp. 730 ss.

Claudio Treves (*)

IL LAVORO SOMMERSO E LE SCELTE DEL SINDACATO

SOMMARIO: 1. Il cambio di governo è reale? — 2. Da dove partiamo? — 3. Dove siamo adesso. — 4. E noi? — 5. Ci sono novità?

1. — *Il cambio di governo è reale?* — Molto clamore hanno fatto le dichiarazioni del Presidente Monti sul fatto che chi evade mette le mani nelle tasche dei suoi concittadini, obbligando così i contribuenti onesti a sopportare un carico fiscale aggiuntivo. E forse ancora maggior clamore hanno sollevato le improvvise comparse della Guardia di Finanza in luoghi simbolo dell'opulenza, a cominciare da Cortina, con la contestuale moltiplicazione di scontrini fiscali e incassi conseguenti. E dato che le visite sono continuate, con esiti analoghi in diverse città, è indubbio che la cifra dell'azione del governo Monti si presenta con radicale discontinuità rispetto al governo Berlusconi, il cui segno principale fu la descrizione del sommerso, da un lato, come cifra della ricchezza degli italiani e, dall'altro, come comportamento legittimato dall'esosità dello stato. Infatti, fa certamente impressione la cifra di quasi 13 miliardi di evasione recuperati nel solo 2011.

Da questo punto di vista, come è evidente siamo in presenza di un approccio radicalmente diverso. Che ciò sia dovuto alla diversità di condizione del bilancio pubblico, con l'imperativo di mostrare ai «mercati» che si fa sul serio, o che conti di più il bagaglio culturale della nuova compagine governativa è probabilmente quesito insolubile, anche se personalmente credo siamo in presenza di un «destra pulita» al posto di un'accozzaglia populista reazionaria.

Il punto che però vorrei segnalare, e che colloca l'azione del governo Monti all'interno di un orizzonte dove il lavoro e la sua dignità non sono elementi primari, riguarda il versante su cui si combatte l'evasione: il

(*) Coordinatore del Dipartimento delle Politiche attive del lavoro della Cgil nazionale.

tema che il Governo ha presente è il recupero di fisco evaso, non, o almeno non soprattutto, la lotta per la regolarità del lavoro. Tanto è vero che la notizia che ha bucato lo schermo è che le visite della Finanza fanno recuperare gettito, non che si trovano, purtroppo regolarmente, lavoratori irregolari nelle imprese che improvvisamente emettono scontrini.

È questo un punto solo apparentemente marginale, che in realtà segnala il limite nella discontinuità con il governo precedente. Comune a entrambi è, infatti, la considerazione del lavoro, del lavoratore, come un effetto di azioni economiche, e non come persona portatrice di diritti che vanno salvaguardati o meglio riconquistati mentre si recuperano risorse sottratte alla collettività.

2. — *Da dove partiamo?* — Non so se possiamo a tale proposito parlare di eredità del governo precedente, ma certamente i danni lasciati sono pesanti. In primo luogo, come detto, la scomparsa del lavoratore quale portatore di diritti: al suo posto si è insediata l'impresa, e la sua capacità competitiva, intesa come fine da perseguire contrastando o ridimensionando i diritti del lavoro, se necessario, visto che la globalizzazione espone tutti al rischio di «nomadismo degli investimenti» (vedi vicenda Fiat), cui si deve invece contrapporre l'attrattività del paese, in primo luogo sul piano dei diritti del lavoro.

Non sembri improprio, quindi, in un articolo che tratta di sommerso, fare cenno alle eredità peggiori del governo Berlusconi segnalando la derogabilità di leggi e contratti prevista dall'articolo 8 della legge n. 148/11 a opera di «contratti di prossimità», i quali la potranno giustificare con l'obiettivo di favorire l'«emersione del lavoro irregolare». In questo modo si compie, concettualmente, un cortocircuito in cui il lavoro irregolare si giustifica con l'«eccessivo peso dei diritti» del lavoro (1), e pertanto si istituisce un nesso tra emersione dall'irregolarità e compressione parallela dei diritti. Ne consegue, ancora, che l'esistenza stessa dell'irregolarità non viene più addebitata alle caratteristiche di larga parte del sistema economico italiano, al suo dualismo distorcente, bensì alla «pretesa eccessiva» di una parte (il lavoro organizzato) che ha causato la permanenza di condizioni di sottotutela degli altri lavoratori: di questo passo, il riferimento ossessivo alle tutele in caso di licenziamento illegittimo come giustificatrici sia della precarietà del lavoro che

(1) Concetto espresso al ministro Sacconi nel corso della sua prima audizione alla Commissione lavoro della Camera dei deputati, maggio 2008.

del sommerso è semplice, e infatti è stato compiuto anche da opinionisti e intellettuali non tutti ascrivibili al centro-destra.

Emblematica, al riguardo, la vicenda apertasi con la rivolta di Rosarno (inverno 2011): a una ribellione dei lavoratori immigrati rispetto alle condizioni di quasi schiavitù nelle quali venivano tenuti (e che riguardano non solo le condizioni d'impiego, ma forse soprattutto le stesse condizioni di esistenza) il Governo vara, per bocca del ministro del Lavoro dell'epoca, un «piano straordinario di intensificazione della vigilanza nelle quattro regioni del Mezzogiorno». Di cosa è fatto questo piano? Del *trasferimento di 500 ispettori* nelle regioni meridionali, sguardando così i territori da essi presidiati, e nell'enfasi nel promuovere due cose, supposte veri strumenti contro l'illegalità, rappresentate, da una parte, dal lavoro accessorio (pagato con il voucher di 10 euro lordi senza riferimento alla durata delle prestazioni), e, dall'altra, dagli «enti bilaterali» intesi come presidio di legalità migliore rispetto alle azioni di repressione delle forze preposte dello Stato. È noto come questi provvedimenti non abbiano in nulla promosso la cultura della legalità nel Mezzogiorno, né fatto arretrare la piaga del caporalato e dell'economia criminale. Ma si sono allargate invece le maglie sul lavoro regolare, favorendo la concorrenzialità di forme di lavoro destrutturanti per l'impiego regolare, dato che è difficile mantenere, ad esempio, l'impiego alle condizioni contrattuali se nel podere a fianco si pagano i braccianti con i voucher senza vincoli d'orario... Come si vede, la legge di Gresham («da moneta cattiva scaccia quella buona») funziona meglio dei proclami, ma produce l'esatto opposto dei proclami.

Ma l'azione del Governo non si è limitata a destrutturare; ha anche voluto mandare un segnale preciso di «pace» verso il sistema economico; lo si è fatto con il decreto legge n. 70/11, poi legge n. 106/11, al cui articolo 7 si legge: «al fine di ridurre al massimo la possibile turbativa nell'esercizio delle attività delle imprese [...] nonché di evitare duplicazioni e sovrapposizioni nell'attività di controllo nei riguardi di tali imprese, assicurando altresì una maggiore semplificazione dei relativi procedimenti e la riduzione di sprechi nell'attività amministrativa, gli accessi dovuti a controlli di natura amministrativa disposti nei confronti delle predette imprese devono essere oggetto di programmazione da parte degli enti competenti e di coordinamento tra i vari soggetti interessati. Conseguentemente:

[*Omissis*]

3) gli accessi sono svolti nell'osservanza del principio della contestualità e della non ripetizione per periodi di tempo inferiori al semestre;

4) gli atti e i provvedimenti, anche sanzionatori, adottati in violazione delle disposizioni di cui ai numeri 1)-3) costituiscono, per i dipendenti pubblici che li hanno adottati, illecito disciplinare...». Com'è evidente, sotto la parola d'ordine della semplificazione, si deve invece leggere un messaggio diverso, di limitazione volontaria dell'azione regolarizzatrice della pubblica amministrazione, il che, essendo stato fatto durante il periodo più acuto della crisi, ha un chiaro significato di ritirata dello Stato dell'osservanza della regolarità come base per l'affermarsi della concorrenza tra imprese. Non sfugga la minaccia di azioni disciplinari per chi non si uniformasse ai dettami, né l'aspetto umoristico dell'intervallo almeno semestrale tra un'ispezione e l'altra, con la conseguenza paradossale secondo cui gli accertamenti dell'Agenzia delle entrate, una volta compiuti, inibirebbero alla Asl (nel caso di un cantiere) o all'Ispettorato del ministero (nel caso di qualsiasi impresa) le verifiche sulla sicurezza per almeno sei mesi. Per cui a qualcuno è venuta in mente l'idea di presentarsi tutti insieme – gli organismi vari deputati ai controlli – con quali conseguenze sull'attività dell'impresa è facile immaginare.

Ma non è solo in questa circostanza che l'azione del governo Berlusconi ha lasciato il segno: in tutta la regolazione lavoristica durante il suo mandato si è teso a rendere semplice e conveniente abbassare le tutele. Dell'articolo 8 della legge n. 148/11 si è detto. Ma fin dalle dichiarazioni programmatiche del ministro Sacconi (maggio 2008) ci si è proposti di moltiplicare le tipologie d'impiego, spiegando ciò come risposta al presunto eccesso di diritti in capo ai cosiddetti *insider*. Di qui la valorizzazione del lavoro a chiamata e del lavoro accessorio come strumenti per favorire l'emersione di lavori altrimenti condannati al nero; e invece è successo, complice certamente la crisi, che il sistema si sia riposizionato verso queste forme a danno degli impieghi stabili o con la prospettiva di stabilizzazione; così si spiegano l'esplosione, nella crisi, del lavoro a chiamata e la continua espansione del lavoro accessorio, fatto che si è verificato prevalentemente nel Centro-Nord, confermando così che la destrutturazione delle tipologie ha come effetto non l'intensificazione e la maggiore efficacia della lotta al sommerso, bensì proprio il suo contrario: l'indebolimento del lavoro regolare e strutturato. Fatto molto significativo, nell'ultima relazione di accompagnamento ai risultati dell'attività di vigilanza si trova scritto, da parte della Direzione generale per l'attività ispettiva (2): «Si può pertanto affermare che in al-

(2) L'intero documento è consultabile in http://www.lavoro.gov.it/Lavoro/md/AreaLavoro/vigilanza/risultati/20120207_Riunione_CCC_AV.htm.

cune regioni (Nord-Est e Nord-Ovest in particolare) si è, di fatto, registrato uno “spostamento” del fenomeno del lavoro irregolare dal “totalmente nero” a fattispecie elusive e simulatorie dei rapporti di lavoro subordinato a tempo pieno indeterminato, mediante l’uso delle indicate tipologie flessibili».

3. — *Dove siamo adesso* — Per questo è necessario che l’attuale Governo si smarchi più compiutamente dall’eredità di quello precedente, cogliendo la necessaria dimensione lavoristica della lotta all’evasione. Di questa consapevolezza, per essere diplomatici, faticiamo a cogliere i segni, in particolare avuto riguardo alla dinamica del tavolo sulla riforma del mercato del lavoro (3), e alla prima scrittura del cosiddetto «decreto semplificazioni» attualmente in discussione in Parlamento.

Cominciando da quest’ultimo, la versione iniziale dell’articolo 14 escludeva i controlli, riprendendo il citato articolo 7 della legge n. 106, per le imprese certificate ai sensi delle disposizioni UNI EN ISO-9001 per le attività coperte da dette certificazioni, e prevedeva un atteggiamento «amichevole» di chi fosse preposto ai controlli. Solo un’azione del sindacato, nella fattispecie dalla Cgil e dall’Inca, e di vari soggetti professionalmente qualificati, quest’ultima condotta prevalentemente via web, ha permesso di cancellare entrambe queste disposizioni, che sono tuttavia significative di un’impostazione tuttora presente nell’amministrazione.

Riguardo al secondo fronte, di gran lunga più importante, avere assunto, nell’impostazione del Governo, la scelta di non procedere alla soppressione delle tipologie maggiormente precarizzanti, ma di avere adottato l’opzione degli incentivi/disincentivi non assicura che le parole, pure importanti, del ministro del Lavoro di voler intensificare i controlli saranno seguite da comportamenti coerenti e soprattutto da risultati tangibili e duraturi.

Quello che manca, ed è su questo che vorrei concludere, è la consapevolezza che senza un’azione strutturale di contrasto al sommerso, che ritrovi le due gambe sulle quali deve poter essere condotta (segnali chiari di repressione unitamente ad agevolazioni per chi decide di passare alla competizione legale), ogni riforma del lavoro, specie se, come

(3) Al momento di scrivere queste note l’unico documento esistente è quello intitolato «La riforma del lavoro in una prospettiva di crescita» approvato dal Consiglio dei ministri del 23 marzo «salvo intese», e che com’è noto non è un articolato di legge.

è noto, essa comprende un intervento sulle protezioni del licenziamento, avrebbe un segno regressivo e non tale da rappresentare la svolta di cui c'è bisogno per far uscire l'Italia dalla sua condizione di «caso anomalo» in Europa rispetto al peso dell'economia sommersa sul totale delle attività economiche.

4. — *E noi?* — La scrittura di queste note si intreccia con le mobilitazioni in corso per contrastare le modifiche all'articolo 18. Ma la nostra azione dovrà estendere il proprio raggio d'azione, ricomprendendo un tema solo apparentemente lontano, quale appunto la lotta al sommerso. Non si tratta, infatti, di temi lontani: un'occupazione buona è fatta sia di regolarità che di protezione dal licenziamento. E forse si dovrebbe finalmente mettere sotto analisi il mercato del lavoro italiano smettendo l'ottica degli *insider/outsider* tanto cara ai commentatori e allo stesso Presidente del Consiglio, che ama presentarsi come interlocutore degli esclusi, prevalentemente i giovani, contrapponendo le loro prospettive alle tutele di cui sarebbero portatori i loro padri. Recenti studi cominciano finalmente a mostrare come il mercato del lavoro italiano sia *liquido*, non a comparti stagni, e caratterizzato da passaggi frequenti sia verso l'alto che verso il basso. Bastino alcune cifre: il 14% degli occupati *a tempo indeterminato* non possiede i requisiti d'accesso agli ammortizzatori sociali; circa il 5% degli occupati sperimenta nel corso della propria vita un peggioramento della qualità dei propri contratti di lavoro (in altre parole, la fantomatica «cittadella» del lavoro tutelato di cui parla Ichino è piuttosto incline a permettere «sortite» verso l'instabilità occupazionale). Aggiungiamo a questo il dato, citato sopra, del progressivo peggioramento della qualità dei flussi occupazionali riguardo alle tipologie d'impiego (boom del lavoro a chiamata e del lavoro accessorio), e condiamo il tutto con la quota di occupati che l'Istat valuta essere irregolari (12-14% del totale). Ne deriva un mercato del lavoro profondamente instabile, che per essere risanato ha bisogno di un'estensione generale delle tutele, vuoi contro l'irregolarità vuoi contro il rischio di facili espulsioni.

5. — *Ci sono novità?* — La lezione da trarre dai fatti dai quali abbiamo iniziato non è però solo negativa; l'efficienza della repressione dell'evasione fiscale mostra una cosa molto importante: *che le competenze e la strumentazione per imprimere una svolta contro il sommerso ci sono, e che è ora giunto il momento di applicarle a tutto campo*. Di cosa si tratta? Innanzitutto di due strumenti informatici: l'anagrafe dei redditi e le comunicazioni

obbligatorie. Far comunicare queste due fonti d'informazione comporta che l'Amministrazione sia in grado di valutare il grado di affidabilità del singolo imprenditore riguardo alla regolarità dell'impiego da esso attivato, e di conseguenza aumentare l'efficacia delle proprie azioni di contrasto. Tornando alle visite di Cortina, è evidente come dietro queste ci sia un lavoro di *intelligence* reso possibile anche dall'interoperabilità dei sistemi informatici.

Il vero buco nero, da questo punto di vista, è rappresentato dal «nero integrale»; ossia da chi è totalmente sconosciuto a ogni branca dell'Amministrazione: ma qui entra in gioco anche il clima sociale attorno ai fenomeni di evasione. Gli episodi drammatici di Barletta, per non parlare della stessa rivolta di Rosarno, hanno forse fatto cadere la benda dagli occhi anche ai tanti, troppi, che nel passato avevano visto nel sommerso addirittura una prova della vitalità imprenditoriale italiana. Per questo è importante che sia chiaro il messaggio che il vento è cambiato e che la repressione del sommerso è cosa seria. Un segnale importante l'attuale Governo lo potrebbe dare invertendo le scelte di quello precedente in materia di immigrazione, certamente riconoscendo la cittadinanza italiana a chi è nato qui, ma riconoscendo anche il diritto di vivere legalmente e di cercare lavoro in questo paese a chi fosse trovato irregolare durante le ispezioni sul lavoro. Un primo, timido segnale si rintraccia nel citato documento governativo sulla riforma del lavoro, là dove ammette il reddito acquisito con il voucher ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, ma è davvero troppo poco.

Ma la pubblica amministrazione ha anche un'altra arma potente per combattere l'irregolarità: quando agisce come datore di lavoro indiretto, ossia come committente nelle gare d'appalto. Qui i messaggi sono più ambigui; nel «decreto Salva Italia» (oggi legge n. 214/11) una parte poco esplorata è stata l'art. 44, il cui senso è così riassunto nella relazione di accompagnamento: «La disposizione abroga l'esclusione del costo del lavoro dal ribasso offerto nelle procedure di affidamento nei contratti pubblici». In effetti, dal faticosissimo rincorrersi di norme cui quel testo rinvia non sembra essere proprio così, quanto piuttosto che l'esclusione dell'offerta anomala non avviene più all'inizio della valutazione circa l'ammissibilità delle offerte, ma a seguito di apposita analisi una volta che la gara si sia conclusa con l'esame di tutte le offerte pervenute. Tuttavia, è un brutto segnale rispetto a un punto ritenuto fin qui fermo: e cioè che il costo del lavoro derivante dall'applicazione dei Ccnl sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori costituisca una barriera

contro la stessa partecipazione alle gare di imprese poco serie o che applicassero «contratti pirata». Purtroppo anche in questo caso si dovrà risalire la china.

Non sarebbe male, a tale proposito, recuperare quello che un tempo chiamammo «indice di congruità»: qualcuno ricorderà gli strilli del quotidiano di Confindustria nel 2006 a proposito della scelta dell'allora Governo di centro-sinistra di adottarli. Si gridò a «reviviscenze di cultura sovietica»; oggi, nell'ultima riunione della Commissione di coordinamento dell'attività di vigilanza (marzo 2012), il direttore generale dell'Inps ha annunciato essere allo studio un «indice di affidabilità» dell'impresa, costruito sulla base della storia delle comunicazioni obbligatorie e dell'eventuale contenzioso intercorso, che assomiglia molto, nei fatti, all'indice di congruità, in quanto misura l'affidabilità legale dell'impresa sulla base dello scostamento (registrato rispetto a una media) del rapporto tra fatturato e occupati. Naturalmente aspettiamo con ansia di avere dall'Inps, in questo come in molti altri campi, ulteriori informazioni.

Infine, le politiche di sostegno a chi compete legalmente: questo è l'aspetto su cui maggiormente si dovrà lavorare, dato che anche le esperienze migliori (si ricordi ancora una volta la legge della Regione Puglia del 2006, premiata dall'Unione europea) su questo terreno non hanno avuto riscontri positivi. Perché qui si tocca il punto critico, costituito dalla necessità di traghettare intere quote dell'economia *e della società italiane* dall'evasione alla legalità. E per solo iniziare un cimento simile servono almeno tre cose: una convinzione ferrea, anche per contrastare le reazioni dei colpiti o dei solo minacciati; risorse importanti, con cui accompagnare imprese (e lavoratori) nati per campare evadendo a competere utilizzando gli strumenti della legalità; e capacità di modificare i comportamenti di funzioni da tempo consolidate quali il sistema creditizio, la programmazione urbanistica, i sistemi di formazione, dato che senza una mobilitazione e un cambiamento di tutti gli attori di un territorio la logica dello *status quo* è troppo potente per essere sconfitta. Ma solo accompagnando alla repressione più ferma e mirata la proposta di un patto per l'emersione è possibile vincere la sfida. È chiaro come nella crisi questa combinazione di fattori sia ancora più difficile da trovare, ma tutti, compreso il sindacato, devono sapere che questo è il nodo decisivo per voltare davvero pagina.

Vito Pinto (*)

GLI INTERVENTI LEGISLATIVI REGIONALI DI CONTRASTO AL LAVORO NERO E DI SOSTEGNO ALL'EMERSIONE

Sommario: 1. La legislazione regionale in materia di contrasto al lavoro irregolare e le sue basi. — 2. I dispositivi incentrati esclusivamente sulle convenienze individuali. — 3. I dispositivi di sostegno alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro. — 4. Le politiche regionali «di sistema». — 5. Gli interventi in materia di appalti pubblici. — 6. Alcune sintetiche osservazioni finali.

1. — *La legislazione regionale in materia di contrasto al lavoro irregolare e le sue basi* — L'ultimo decennio è stato caratterizzato da una significativa produzione legislativa regionale in materia di contrasto all'impiego irregolare e di sostegno alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro. Come si avrà modo di mostrare, i campi e le azioni prefigurati dalle diverse leggi regionali sono molto diversificati ma, ciò nonostante, è possibile procedere a una comprensione e a una valutazione complessiva dei modelli di intervento a condizione di tenere ben presente il contesto istituzionale e politico in cui essi sono maturati.

Sul piano istituzionale, la dinamica regolativa in discorso è stata innescata allorché con il d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, lo Stato ha devoluto alle Regioni le funzioni amministrative relative alle politiche attive del lavoro e si è consolidata a seguito della riforma costituzionale del Titolo V e dell'attribuzione alle Regioni di una competenza legislativa concorrente in materia di «tutela e sicurezza del lavoro» (art. 117, comma 3, Cost.) (1).

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso la II Facoltà di Economia dell'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) Ragioni di economia del discorso impediscono un approfondimento delle questioni relative al riparto di competenze legislative in materia di contrasto al lavoro irregolare e di emersione. In proposito, sia sufficiente segnalare le due sentenze della Corte Costituzionale del 16 giugno 2005, n. 234, in *Giur. cost.*, 2005, II, pp. 2016 ss. e del 14 ottobre 2005, n. 384, in *Giur. cost.*, 2005, IV, pp. 3736 ss. (commentate anche da C. Di Carluccio, *Legislazioni regionali e lavoro sommerso: modelli a confronto*, in A. Viscomi (a cura di), *Questioni su lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, p. 155).

Sul piano politico, invece, la regolazione regionale ha spesso messo a frutto le acquisizioni maturate dalle medesime Regioni nel corso dei processi di concertazione sociale o di cooperazione interistituzionale previsti dalle procedure di spesa dei fondi strutturali comunitari per il ciclo di programmazione 2000-2006 (2). Ciò spiega, ad esempio, perché le politiche regionali in questa materia costituiscano spesso un capitolo specifico delle politiche dirette alla promozione e alla qualificazione della manodopera nonché alla difesa dell'occupazione (ossia delle cd. politiche attive del lavoro) o perché la regolarizzazione dei lavoratori sia spesso associata allo sviluppo locale.

Sempre sul piano politico, occorre anche considerare come in taluni casi le discipline regionali siano state significativamente influenzate dal piano della Cgil «Liberiamo i diritti» del 14 giugno 2005 e dalla piattaforma sindacale unitaria «Contro il lavoro nero» del 18 luglio 2006. In tal senso, infatti, depongono significative coincidenze temporali e tematiche.

Soprattutto la piattaforma unitaria, sottoscritta all'indomani dell'inizio della XV legislatura e chiaramente indirizzata a un Governo nazionale di orientamento moderatamente *pro-labour* (3), ha avuto il merito di proporre una «vera e propria strategia contro il lavoro nero». Preso atto dei considerevoli costi sociali ed economici derivanti dall'impiego irregolare di lavoratori, il documento sottolinea anzitutto l'insufficienza delle politiche per l'emersione del lavoro nero (in quanto tali, dirette soltanto a sanare le irregolarità pregresse) se non inserite in piani territoriali comprensivi di misure ulteriori, tali da permettere il consolidamento strutturale delle imprese emerse (4). Inoltre, evidenziando la necessità di «una più efficace capacità di controllo e repressione» in connessione con idonee politiche di sviluppo, il documento implicitamente presuppone l'esistenza di un nesso tra occupazione irregolare e modello di sviluppo economico-produttivo. In altri termini, si deve alle organizzazioni sindacali firmatarie la presa di coscienza che la violazione delle norme lavoristiche, diventata ormai fenomeno di massa ed elemento costitutivo degli assetti produttivi, avrebbe dovuto essere af-

(2) Per un rassegna di queste iniziative, v. C. Di Carluccio, *Contrasto al lavoro sommerso tra politiche regionali ed esperienze territoriali*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, n. 1, I, p. 25.

(3) Un resoconto critico dell'attività legislativa della XV legislatura in materia di contrasto al lavoro irregolare è in F. Scarpelli, *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *q. Riv.*, 2008, I, pp. 62 ss.

(4) Cfr. C. Treves, *La lotta al lavoro nero tra legislazione, repressione e politiche di sostegno*, in *q. Riv.*, 2008, I, p. 7.

frontato proprio su quest'ultimo piano. Ancora a questa iniziativa sindacale si deve, infine, l'aver focalizzato l'attenzione sulle dinamiche proprie di alcuni settori merceologici e, in particolare, l'aver posto in agenda il tema degli appalti pubblici nonché del ruolo che la domanda di beni e servizi espressa dalle amministrazioni può esercitare nell'indirizzare le dinamiche evolutive del sistema economico.

Ovviamente, non tutte le proposte regolative e operative contenute in questi documenti sono state riprese dalle legislazioni regionali (né, a ben considerare, avrebbero potuto esserlo in ragione dei limiti costituzionali propri della potestà legislativa regionale). È un fatto, però, che le leggi a essi posteriori presentino una più ampia e strutturata articolazione degli interventi e che alcune indicazioni negli stessi contenute siano alla base delle tecniche di intervento più originali che sia dato rinvenire nelle regolamentazioni regionali (5). A differenza di quelle precedenti, in altri termini, queste discipline sembrano essere sorrette da un'adeguata elaborazione e meno condizionate da vicende occasionali o da pratiche emulative.

Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, ad adottare una prospettiva teorica che, anziché esaurirsi nell'analisi delle singole normative regionali, proceda a una classificazione delle misure e delle azioni previste a livello regionale in base alle opzioni di politica del diritto di cui esse sono espressione (sebbene, talvolta, inconsapevole) e che consenta di evidenziare, in definitiva, le specifiche «interpretazioni» del fenomeno sulle quali esse sono calibrate. Dovrebbe oramai essere acquisito, infatti, che quello del lavoro irregolare è un problema che può essere efficacemente affrontato a condizione di individuare e distinguere i fattori che determinano origine e caratteristiche strutturali dello stesso (6). Esistono, ad esempio, attività economiche irregolari e sommerse perché contigue e funzionali ai traffici della criminalità, specie organizzata; ma anche attività che sono tali perché deboli e inefficienti, cioè non in grado di reggere la concorrenza delle imprese rego-

(5) Il riferimento è all'adozione di indicatori quantitativi, variamente denominati, previsti in alcune legislazioni regionali al fine di orientare la spesa pubblica per incentivi verso operatori economici in possesso di caratteristiche e requisiti altrimenti non valutabili (o valutabili con margini di discrezionalità estremamente ampi e con esiti controvertibili). V., *infra*, quanto sarà detto in merito alla legislazione delle Regioni Campania, Puglia e Lazio.

(6) Cfr. A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 21 ss.; A. Tulumello, *Introduzione*, in Idem (a cura di), *Nero come il lavoro. Sommersi nell'ultima provincia d'Italia*, XL Edizioni, Roma, 2008, p. 18.

lari. Entrambi i fenomeni, poi, devono essere tenuti distinti dai casi in cui l'impiego irregolare di lavoratori ovvero l'integrazione produttiva con operatori che impiegano irregolarmente lavoratori costituiscono un mezzo impiegato da imprese regolari per recuperare o incrementare i margini di profitto. In quest'ultimo caso, a differenza dei primi due, le attività economiche irregolari non sono in rapporto di concorrenza (sleale) con quelle regolari, bensì in una relazione di complementarità. Quando ciò accade, evidentemente, le attività irregolari assurgono a tratto strutturale del modello di specializzazione produttiva e il loro contrasto richiede un'evoluzione dello stesso.

2. — *I dispositivi incentrati esclusivamente sulle convenienze individuali* —

Una prima classe di misure è costituita da quei dispositivi strutturati in base alla considerazione che l'impiego irregolare di lavoratori costituisca un *mero comportamento individuale* che, in quanto tale, può essere stabilmente corretto modificando il quadro delle convenienze imprenditoriali e senza che sia necessario intervenire in alcun modo sul contesto economico-sociale di riferimento. Si tratta, al di là dei contenuti incentivanti o repressivi, delle misure che rispondono alla forma più tradizionale di intervento pubblico in questa materia e la cui efficacia, come si mostrerà, appare alquanto circoscritta (7).

All'interno di questa classe sono da annoverare anzitutto le azioni dirette a creare un clima sociale di riprovazione delle pratiche in discorso e, per questa via, a creare un ambiente culturale sfavorevole a un certo tipo di operazioni. È il caso, ad esempio, delle campagne di informazione e formazione che hanno quale scopo specifico l'accrescimento della «cultura della legalità» e della «qualità del lavoro» (8).

(7) Sull'insufficienza di approcci regolativi che pretendono di risolvere il problema del lavoro irregolare in chiave di mera convenienza economica della singola impresa, v. A. Bellavista, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007, p. 18; A. Viscomi, *Questioni sul lavoro sommerso: note preliminari per un incontro di studio*, in Idem (a cura di), *op. cit.*, p. 33.

(8) Art. 44, comma 1, lett. a, legge Regione Emilia Romagna 1° agosto 2005, n. 17; art. 10, comma 1, legge Regione Liguria 13 agosto 2007, n. 30; art. 26, comma 1, lett. e, legge Regione Lombardia 28 settembre 2006, n. 22; art. 46, comma 1, lett. a (ma v. anche la successiva lett. e); art. 34, comma 2, lett. e, nonché g, legge Regione Marche 25 gennaio 2005, n. 2; legge Regione Sardegna 5 dicembre 2005, n. 20; art. 55, comma 1, lett. e, legge Regione Veneto 13 marzo 2009, n. 3; art. 59, comma 1, lett. c e d, legge Regione Piemonte 22 dicembre 2008, n. 34; art. 6, comma 1, lett. b, legge Regione Umbria 23 luglio 2003, n. 11. Nello stesso senso,

In una direzione per molti aspetti analoga operano anche la certificazione della responsabilità sociale dell'impresa (9) e l'istituzione di marchi etici (10). In questi ultimi due casi, però, il discredito degli operatori economici che impiegano irregolarmente lavoratori è solo eventuale, considerato che esso dovrebbe derivare indirettamente dall'accreditamento – sul piano delle relazioni sociali e commerciali – delle imprese «virtuose». È il caso di segnalare, peraltro, come il ricorso alla responsabilità sociale dell'impresa – al di là di ogni ulteriore valutazione in merito alla praticabilità e all'efficacia della stessa (11) – assuma in queste ipotesi forme inedite e minimali, poiché non tende ad ampliare il catalogo dei comportamenti attesi dalle imprese rispetto a quelli già giuridicamente dovuti ma, conferendo visibilità ai comportamenti socialmente auspicati, tende a rafforzare proprio l'adempimento degli obblighi legislativi (12).

Più in generale, se è vero che tutti gli interventi finora indicati sono accompagnati da ulteriori misure e che in ogni caso l'efficacia delle politiche pubbliche dipende sempre dallo stigma sociale che contrassegna le condotte devianti, è difficile sfuggire all'impressione che la visione sottesa ai diversi dispositivi regionali semplifichi eccessivamente il fenomeno del lavoro nero e che, conseguentemente, i rimedi predisposti finiscano per operare solo nelle ipotesi e nei contesti territoriali in cui esso, proprio in ragione delle sue caratteristiche, è più facilmente de-bellabile.

ma in un contesto regolativo più significativo, v. anche l'art. 9, comma 6, lett. *b*, regolamento Regione Campania 2 aprile 2010, n. 8 (*infra*, par. 3).

(9) Art. 4, comma 4, lett. *c*, legge Regione Lombardia 2 febbraio 2007, n. 1; art. 47, legge Regione Sardegna n. 20/2005.

(10) V. la legge Regione Abruzzo 14 febbraio 2000, n. 12.

(11) Ampia è, anche in ambito giuslavoristico, la letteratura in materia di responsabilità sociale delle imprese e delle sue implicazioni. Tra i contributi più recenti, ai quali fare riferimento anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v.: M. Ferraresi, *Responsabilità sociale dell'impresa*, in *Lessico giuslavoristico*, a cura di M. Pedrazzoli, *Impresa*, vol. 2, Bonomia University Press, Bologna, 2010, p. 111; A. Sotz, D. Segal, *Le dimensioni della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 673.

(12) La considerazione di cui al testo, con ogni evidenza, presuppone che per «responsabilità sociale delle imprese» si intenda «l'integrazione su base volontaria dei problemi sociali e ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con le altre parti» così come suggerito dalla Commissione europea nella Comunicazione relativa alla Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile del 2 luglio 2002, Com(2002) 347 def.

Rientrano altresì in questa classe di interventi anche i dispositivi, anch'essi di natura incentivante, che prevedono a carico dei datori di lavoro interessati a ottenere alcuni benefici l'onere di applicare il contratto collettivo nazionale del settore di appartenenza (13) e che, coeentemente, sanzionano l'eventuale violazione con la revoca del beneficio medesimo (14).

Molte legislazioni regionali, poi, prevedono un rafforzamento delle politiche repressive attraverso una serie articolata di misure che possono andare dal coordinamento operativo tra le diverse amministrazioni interessate a contrastare il fenomeno (15) alla collaborazione con le amministrazioni dello Stato specificamente competenti in materia di controllo e di vigilanza sull'attività economica e sull'impiego dei lavoratori (16). Questa collaborazione si traduce, talvolta, in azioni di so-

(13) V. l'art. 34, comma 2, lett. *a*, legge Regione Marche n. 2/2005; l'art. 1, comma 2, legge Regione Puglia 26 ottobre 2006, n. 28, poi, prevede l'obbligo per l'amministrazione regionale e per gli enti strumentali di inserire, nei bandi regionali finalizzati all'erogazione da parte della Regione Puglia di risorse finanziarie rinvenienti da fondi comunitari, nazionali e regionali e nei provvedimenti di concessione di benefici accordati a qualsiasi titolo, e anche in via indiretta, una clausola avente a oggetto l'obbligo di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti – o, nel caso di cooperative, dei soci lavoratori (a prescindere dalla qualificazione giuridica del loro rapporto di lavoro) – i contratti collettivi nazionali e territoriali del settore di appartenenza del datore di lavoro che siano stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. V. anche, in senso analogo, l'art. 4, comma 1, lett. *b*, legge Regione Lazio 18 settembre 2007, n. 16; l'art. 2, del disegno di legge Regione Basilicata approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1853 del 13 dicembre 2011.

(14) Art. 12, comma 3, legge Regione Liguria n. 30/2007; art. 26, comma 1, lett. *d*, legge Regione Lombardia n. 22/2006 (contenente anche l'impegno a promuovere «le condizioni per rendere effettivo a livello territoriale» l'integrale rispetto da parte delle imprese artigiane, commerciali e del turismo degli accordi e contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: v. il rinvio all'art. 3, decreto legge 22 marzo 1993, n. 71, convertito con modificazioni in legge 20 maggio 1993, n. 151, così come sostituito dall'art. 10, comma 1, della legge 14 febbraio 2003, n. 30); art. 34, comma 2, lett. *b*, legge Regione Marche n. 2/2005; art. 58, comma 2, legge Regione Piemonte n. 34/2008.

(15) Art. 26, comma 1, lett. *a*, legge Regione Lombardia n. 22/2006. Ma v. anche le delibere della Giunta Regione Emilia Romagna 8 maggio 2001, n. 733, e della Giunta Regione Liguria 25 luglio 2006, n. 808.

(16) Art. 26, comma 1, lett. *c*, e comma 2, legge Regione Lombardia n. 22/2006.

stegno alle attività ispettive altrui (17), realizzate, ad esempio, attraverso il finanziamento di specifiche iniziative formative (18), oppure in forme di coordinamento operativo concordate in apposite convenzioni (19). È il caso della legge regionale pugliese, la quale prevede il finanziamento di «programmi» di controllo definiti congiuntamente dalla stessa Regione e dal ministero del Lavoro e aventi a oggetto le condizioni di impiego nelle imprese che (a) abbiano stipulato contratti di appalto con la Regione, con gli enti dalla stessa partecipati o con le aziende sanitarie; oppure (b) siano beneficiarie di agevolazioni concesse, in via diretta o indiretta, dalla stessa Regione (20).

Rispetto a questo genere di azioni, poi, è evidente la natura strumentale delle norme regionali dirette a incrementare il patrimonio informativo disponibile mediante l'istituzione di appositi Osservatori sul lavoro non regolare ovvero attraverso l'ampliamento delle finalità statutarie degli Osservatori sul mercato del lavoro già esistenti (21).

In questa classe di interventi, infine, possono essere inquadrati anche quelle previsioni regionali ispirate all'idea tipicamente liberista – peraltro, fortemente accreditata dalle istituzioni dell'Unione europea (22) – secondo la quale la semplificazione e la riduzione degli adempi-

(17) Art. 46, comma 1, lett. *b*, legge Regione Sardegna n. 20/2005; art. 54, legge Regione Veneto n. 3/2009.

(18) V. l'art. 44, comma 1, lett. *b*, legge Regione Emilia Romagna n. 17/2005; art. 26, comma 1, lett. *f*, legge Regione Lombardia n. 22/2006.

(19) Così, ad esempio, l'art. 6, legge Regione Calabria 19 aprile 2012, n. 13. V. altresì l'art. 3 del disegno di legge Regione Basilicata approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1853/2011. Pur in assenza di esplicite previsioni legislative, inoltre, vi sono state Regioni che hanno sottoscritto apposite convenzioni con la Guardia di finanza: così è avvenuto, ad esempio, in Puglia (v. le deliberazioni della Giunta regionale nn. 2219 del 29 dicembre 2007, 330 dell'11 marzo 2008 e 1484 del 4 agosto 2009) e in Toscana per la vigilanza sull'esecuzione dei contratti pubblici in ambito regionale (cfr. la deliberazione della Giunta regionale 3 agosto 2009, n. 677).

(20) V. l'art. 3, legge Regione Puglia n. 28/2006. Per l'attuazione di queste e altre misure, v. A. Lobosco, *L'attività amministrativa dell'assessorato al lavoro in materia di emersione*, in C. Sunna (a cura di), *op. cit.*, p. 54.

(21) Art. 18, legge Regione Veneto 17 gennaio 2002, n. 2; v. anche le previsioni di cui all'art. 10, comma 1, legge Regione Liguria n. 30/2007; all'art. 4, legge Regione Puglia 28/2006; e all'art. 4, legge Regione Toscana 13 luglio 2007, n. 38. Cfr., infine, l'art. 5, del disegno di legge Regione Basilicata approvato dalla Giunta regionale con deliberazione n. 1853/2011.

(22) V., ad esempio, la Risoluzione sulla trasformazione del lavoro non dichiarato in occupazione regolare del 29 ottobre 2003 (2003/C-260/1); e implicita-

menti e degli oneri che direttamente o indirettamente gravano sulle imprese diminuisce proporzionalmente l'appetibilità del lavoro sommerso per i datori di lavoro (23). Così è per le disposizioni, con valenza meramente programmatica, che impegnano le amministrazioni regionali a non meglio specificate operazioni di razionalizzazione e di semplificazione amministrativa (24) oppure all'assunzione di iniziative dirette ad agevolare il ricorso al credito da parte dei datori di lavoro (25).

3. — *I dispositivi di sostegno alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro* — Un secondo e distinto gruppo di interventi previsti dalle leggi regionali è quello riguardante le politiche di sostegno e di accompagnamento alla cd. emersione del lavoro irregolare. Si tratta di una tipologia di interventi estremamente varia che include sia azioni di mera incentivazione economica alla regolarizzazione delle situazioni pregresse, sia misure più complesse dirette ad agire sul contesto in cui opera l'imprenditore al fine di evitare successive operazioni di «re-immersione».

Prima di entrare nel merito dei singoli interventi, però, è opportuno osservare come per le Regioni sia difficile varare politiche di emersione del lavoro nero (o del sommerso d'impresa) autonome rispetto all'intervento statale e, nello stesso tempo, efficaci poiché l'incentivo più conveniente che possa essere concesso ai datori di lavoro in questa

mente, sul piano nazionale, le previsioni contenute nell'art. 8, commi 1 e 2, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011, n. 148. Osservazioni critiche sulle iniziative delle istituzioni dell'Unione europea in questa materia sono in L. Zoppoli, *Unione europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *q. Riv.*, 2008, pp. 81 ss. [il quale, peraltro, sostiene a p. 84 che, con la comunicazione del 24 ottobre 2007 – Com(2007) 628 definitivo, la Commissione europea abbia iniziato ad abbandonare il paradigma liberista]; nonché in M. Barbieri, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, pp. 85 ss. (e, in critica alla riferita opinione di L. Zoppoli, spec. p. 90).

(23) Per un esame critico delle diverse impostazioni teoriche riconducibili all'orientamento liberista, ivi comprese quelle che individuano un nesso diretto tra estensione dell'apparato burocratico e convenienza a operare nell'irregolarità, v. G. Forges Davanzati, *Le politiche di contrasto al lavoro non regolare: orientamenti teorici alternativi*, in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*, pp. 84 ss.

(24) Così l'art. 44, comma 1, lett. *d* ed *e*, legge Regione Emilia Romagna n. 17/2005. Ma v. anche l'art. 9, comma 6, lett. *a*, regolamento Regione Campania n. 8/2010 (sul quale v. anche *infra*, al par. successivo).

(25) V., oltre all'art. 5, comma 2, lett. *b*, legge Regione Basilicata 19 gennaio 2005, n. 3, l'art. 46, comma 1, lett. *d*, legge Regione Sardegna n. 20/2005; art. 55, comma 1, lett. *d*, legge Regione Veneto n. 3/2009.

materia – vale a dire la sanatoria tributaria, previdenziale e lavoristica delle situazioni pregresse – eccede la competenza legislativa regionale (26). È molto difficile, insomma, che la legge regionale riesca a incentivare finanziariamente l'emersione in modo così conveniente (27) o a promuovere la regolarizzazione di particolari categorie di lavoratori [e, tra questi, soprattutto dei lavoratori immigrati (28) e dei lavoratori stagionali (29)] in modo così significativo da compensare gli effetti negativi derivanti dall'applicazione delle sanzioni previste dalle leggi statali.

Di qui, appunto, il carattere *dipendente e complementare* delle leggi regionali rispetto a un eventuale intervento legislativo statale; ma anche l'assoluta ineffettività delle stesse se – come accade attualmente – non sia in vigore alcuna disciplina statale che consenta la regolarizzazione nei termini innanzi specificati. È plausibile ritenere, peraltro, che molte delle azioni previste a livello regionale siano state strutturate tenendo in considerazione gli specifici dispositivi di regolarizzazione esistenti a livello statale al momento dell'entrata in vigore.

Pur con questa precisazione, meritano attenzione anzitutto le leggi regionali che, anche per l'influenza delle iniziative sindacali di cui si è scritto precedentemente, mostrano una specifica attenzione alle dinamiche economiche territoriali e, in conseguenza di ciò, impegnano l'en-

(26) E ciò, beninteso, nella piena consapevolezza che condoni e sanatorie in questa materia hanno comunque un'efficacia limitata perché utili soltanto per le imprese che, comunque, abbiano convenienza a emergere (e a continuare a operare in modo regolare). Tali strumenti, insomma, servono soltanto «a evitare che la pregressa irregolarità costituisca essa stessa un incentivo a permanere nell'irregolarità»: così, M.G. Garofalo, *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso. Gli indici di congruità*, in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

(27) E pur sempre nel rispetto del divieto «comunitario» degli aiuti di Stato (sul quale v. M. Barbieri, *L'intervento comunitario...*, cit., p. 90, nota 57, anche per ulteriori riferimenti bibliografici). Sempre sugli incentivi all'emersione, v. gli artt. 10 ss. legge Regione Lazio n. 16/2007; l'art. 11, comma 3, legge Regione Liguria n. 30/2007; art. 59, comma 1, lett. a, legge Regione Piemonte n. 34/2008. Una forma di incentivazione all'emersione di lavoro non regolare è prevista anche dall'art. 5, legge Regione Puglia n. 28/2006.

(28) L'art. 55, comma 1, lett. f, legge Regione Veneto n. 3/2009, invece, prevede che la Regione promuova «politiche di sostegno a favore di servizi e modalità di reperimento di manodopera straniera e di incontro fra domanda e offerta che scoraggino il ricorso al lavoro irregolare». Ma v. anche art. 34, comma 2, lett. c, legge Regione Marche n. 2/2005; e l'art. 34, comma 4, lett. f, legge Regione Puglia 10 giugno 2006, n. 19.

(29) Così l'art. 44, comma 1, lett. f, legge Regione Emilia Romagna n. 17/2005; art. 26, comma 1, lett. g, legge Regione Lombardia 22/2006.

te regionale a promuovere e sostenere assetti di relazioni industriali orientati alla qualificazione del tessuto produttivo locale e, pertanto, in grado di consolidare i processi di emersione (30). Nella stessa prospettiva, altre regolamentazioni ampliano il novero dei soggetti coinvolti – e politicamente responsabilizzati – nella costruzione di «condizioni ambientali» idonee all'emersione delle imprese e alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro prevedendo la promozione di intese e di altre iniziative sperimentali con gli enti locali e con gli enti bilaterali, oltre che con le parti sociali (31).

In alcuni casi, peraltro, questo tipo di iniziative risulta essere più strutturato e, quindi, più significativo sul piano politico-giuridico. È il caso, ad esempio, della legge regionale pugliese, la quale distingue tra interventi settoriali e interventi territoriali di sostegno all'emersione. L'individuazione delle misure settoriali, infatti, è operata dalla Regione di concerto con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e con le associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano regionale *nei rispettivi settori di attività economica* ma, anche, con il coinvolgimento della Commissione regionale per l'emersione del lavoro non regolare. I piani territoriali per l'emersione, invece, si distinguono non soltanto perché diversa è l'articolazione organizzativa dei sindacati e delle associazioni datoriali invitate a concertarne i contenuti, ma anche perché la relativa negoziazione assume un carattere interistituzionale in virtù del coinvolgimento degli enti locali interessati (oltre che, opportunamente, delle Commissioni provinciali per l'emersione del lavoro non regolare). In questo caso, peraltro, il consenso delle parti deve riguardare, prima ancora che le concrete iniziative, l'individuazione stessa delle «situazioni territoriali di particolare criticità» sulle quali intervenire.

(30) Così l'art. 44, comma 1, lett. *g*, legge Regione Emilia Romagna n. 17/2005; art. 4, comma 4, lett. *d*, legge Regione Lombardia n. 1/2007; art. 34, comma 2, lett. *d e f*, legge Regione Marche n. 2/2005; art. 59, comma 1, lett. *b*, legge Regione Piemonte n. 34/2008; art. 55, comma 1, lett. *g*, legge Regione Veneto n. 3/2009.

(31) Iniziative, quindi, dirette allo «sviluppo locale», come testualmente prevedono l'art. 46, comma 1, lett. *c*, legge Regione Sardegna n. 20/2005, e l'art. 55, comma 1, lett. *b*, legge Regione Veneto n. 3/2009 (ma v. anche la lett. *c*, che impegna la Regione a sostenere finanziariamente le «iniziative di carattere settoriale e territoriale idonee a incidere sui contesti sociali, produttivi, professionali, individuali che determinano la partecipazione irregolare al lavoro e la marginalità»). Cfr. anche art. 10, comma 3, lett. *c, d*, ed *e*, legge Regione Liguria n. 30/2007; l'art. 26, comma 1, lett. *b*, legge Regione Lombardia n. 22/2006.

In due casi, quello pugliese e quello campano, le misure dirette all'emersione sono integrate da indicatori di natura quantitativa che, rendendo misurabili gli effetti organizzativi delle operazioni di regolarizzazione compiute da ciascun imprenditore, permettono all'amministrazione di distribuire selettivamente le risorse finanziarie disponibili. L'impiego di siffatti indici cd. di congruità, in altri termini, consente di premiare soltanto i datori di lavoro che abbiano raggiunto determinate «soglie» occupazionali, a loro volta fissate dalla Regione in considerazione degli standard economico-produttivi registrati nel settore merceologico o nel territorio di riferimento (32).

La legge pugliese, ad esempio, dispone che le incentivazioni possano essere riconosciute soltanto alle imprese che dimostrino come «il rapporto tra la quantità e qualità dei beni o servizi offerti e la quantità delle ore lavorate sia divenuto congruo [...] e abbiano migliorato di almeno il 25 per cento il rapporto registrato nell'anno precedente» (33).

Ancora più sofisticato e interessante è il caso campano, sebbene anche a esso siano riferibili le considerazioni prima esposte circa i condizionamenti e i limiti di efficacia delle politiche regionali di emersione (34). Nel disegnare l'architettura di governo del mercato del lavoro, infatti, la Regione Campania ha individuato una serie di strumenti a sostegno dell'occupazione «di qualità» e strutturato uno specifico «sistema di alta qualità del lavoro» (35). Quest'ultimo, in particolare, è un si-

(32) Conviene precisare, peraltro, che quello di cui al testo non è l'unico impiego possibile degli indici di congruità. In quanto indicatori di natura statistico-quantitativa, come si mostrerà nel prossimo paragrafo con riferimento al caso pugliese, essi si prestano a essere integrati in dispositivi aventi funzione e caratteristiche diverse.

(33) Cfr. Part. 5, comma 2, legge Regione Puglia n. 28/2006. Per quanto attiene alla legge regionale pugliese, v. i contributi contenuti in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*; nonché, anche per gli aspetti relativi alla sua attuazione, i saggi pubblicati in C. Sunna (a cura di), *op. cit.*

(34) La gestazione del provvedimento legislativo campano è stata accompagnata, fin dalle sue prime fasi, da un consistente processo di riflessione dagli esiti ancora attuali e interessanti, come testimoniato dagli scritti di L. Zoppoli, *La filosofia giuridico-istituzionale della riforma legislativa campana*, in Idem (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Arlav – Agenzia della Campania per il lavoro, 2007, p. 11; M. Esposito, U. Gargiulo, *Il contrasto al lavoro sommerso: potestà legislativa regionale e strumenti di intervento*, *ivi*, p. 85; R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*, p. 59; e ancora da M. Esposito, *Le iniziative legislative per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nella Regione Campania*, *ivi*, p. 123.

(35) Il riferimento è alla legge Regione Campania 18 novembre 2009, n. 14, e

stema di certificazione e qualificazione delle imprese con sedi operative ubicate nel territorio regionale la cui finalità consiste nell'attestare, a partire ancora una volta da un indicatore quantitativo (36), «la conformità del sistema organizzativo-gestionale delle imprese a parametri di stabilità e durata del lavoro, sicurezza sui luoghi di lavoro, valorizzazione professionale dei lavoratori, promozione di un modello partecipativo di relazioni sindacali» (37). Il possesso e la conservazione del certificato attestante l'Alta qualità del lavoro (Aql, d'ora innanzi) è rilevante per le imprese che vogliono beneficiare dei finanziamenti concessi dal Fondo per la qualità del Lavoro e, in particolare, degli incentivi previsti per «mantenere i livelli certificati» (38) e per «il miglioramento della qualità del lavoro [...] mediante azioni strategiche» (39).

Le imprese che, invece, non siano in possesso del certificato Aql possono accedere soltanto ai finanziamenti concessi dal medesimo Fondo – sempre secondo quanto previsto dai documenti di programmazione politica e finanziaria – al fine di sostenere i processi di regolamentazione dei rapporti di lavoro subordinato, eventualmente anche in connessione con iniziative regionali di «sostegno a intere filiere di produzione o ad aree territoriali» (40).

al successivo regolamento di attuazione n. 8/2010 approvato con decreto del presidente della Giunta regionale 2 aprile 2010, n. 90 (come successivamente modificato dal regolamento 13 maggio 2011, n. 3).

(36) La determinazione dell'indice di Alta qualità del lavoro, inteso quale «valore-soglia minimo» normalmente articolato per settori produttivi, è regolata dall'art. 5, comma 1, regolamento regionale n. 8/2010. È quest'ultima previsione, in particolare, a disporre che l'indice Aql costituirà la sintesi di altri indicatori relativi alla «stabilità del lavoro», alla «crescita dimensionale dell'impresa», alla «tutela della salute e della sicurezza del lavoro», al «titolo di studio e competenze professionali certificate», all'«inquadramento dei lavoratori», al «ricorso alla formazione professionale», alla «incidenza del lavoro giovanile», alla «incidenza dell'occupazione femminile», alla «presenza del lavoro degli extracomunitari», alla «presenza dei disabili».

(37) Così dispone l'art. 9, comma 2, legge regionale.

(38) È questo il primo asse di intervento del Fondo, così come definito dall'art. 11, legge Regione Campania 14/2009. V. anche l'art. 7, regolamento regionale n. 8/2010.

(39) Così l'art. 12, legge regionale che disciplina il secondo asse di intervento del Fondo precisando che gli obiettivi specifici di miglioramento sono fissati e incentivati dalla Giunta regionale. L'ulteriore disciplina degli incentivi in discorso è dettata dall'art. 8, regolamento regionale n. 8/2010.

(40) Le azioni del cd. terzo asse di intervento sono regolate dall'art. 13, legge regionale. Il regolamento n. 8/2010, poi, prevede che i finanziamenti a valere sul terzo asse di intervento del Fondo possano incentivare anche il consolidamento

L'intento, con ogni evidenza, è quello di accompagnare progressivamente questi datori di lavoro ad acquisire la certificazione Aql e a consolidare, anche dal punto di vista occupazionale, la propria attività. Ma, questo è il punto, la Regione non rinuncia affatto a guidare questo processo e prevede di farlo mediante la determinazione di appositi indicatori quantitativi di normalità economico-produttiva, elaborati tenendo conto della «produttività» e della «redditività» delle imprese, denominati Indicatori sintetici di congruità (Isc) (41). Si tratta di indicatori articolati per settori produttivi e per dimensione organizzativa-occupazionale delle imprese ma che, nel caso in cui il processo di emersione non sia individuale bensì rientri in un Piano locale di emersione, può essere ulteriormente ponderato in relazione ai «diversi contesti geografici nei quali l'impresa opera» (42).

4. — *Le politiche regionali «di sistema»* — Una terza classe di interventi è costituita da quei dispositivi regionali che interpretano il fenomeno del lavoro irregolare come un tratto strutturale (sebbene distorsivo) del modello di specializzazione produttiva di diversi settori economici e che, conseguentemente, inquadrano in vario modo il lavoro irregolare nel complesso delle politiche industriali.

Come già segnalato in una precedente occasione (43), il modello di riferimento per questo tipo di intervento pubblico può essere utilmente individuato nelle leggi regionali pugliese, laziale e, da ultimo, anche calabrese (44).

delle imprese non ancora in possesso del certificato Aql «specifici progetti di formazione», «investimenti per la creazione di nuovi posti di lavoro», «l'assunzione di lavoratori svantaggiati e/o disabili» o, infine, mediante la «creazione di posti di lavoro con incremento netto di occupazione rispetto alla media dei dodici mesi precedenti» (art. 18, comma 1).

(41) Così l'art. 9, comma 1, lett. a, regolamento regionale n. 8/2010. Nel medesimo indicatore sintetico, a quanto è dato capire, dovrebbe poi essere compreso anche l'indice di «Giovinezza fiscale e contributiva» il quale dovrebbe permettere «la verifica della corrispondenza tra iscrizione nel registro delle imprese presso la Camera di commercio, dichiarazione dei redditi registrata presso l'Agenzia delle entrate del ministero dell'Economia e i modelli di pagamento presentati all'Inps per il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali» e, conseguentemente, di premiare le imprese più giovani rispetto a tutte le altre (cfr. comma 1, lett. a).

(42) V. l'art. 9, comma 1, lett. b, regolamento regionale n. 8/2010.

(43) In q. *Riv.*, 2008, p. 25. V. anche M. Barbieri, *op. cit.*, pp. 78 ss.

(44) V. gli artt. 4, comma 1, lett. d, 7, comma 1, lett. d, e 9 della legge Regione Lazio n. 16/2007; l'art. 8, legge Regione Calabria n. 13/2012. A quest'ultimo

In entrambi i casi, il fine immediato perseguito dal legislatore consiste nel destinare esclusivamente ai datori di lavoro «virtuosi» qualsiasi tipo di sostegno pubblico e nel rafforzare, di conseguenza, la presenza degli stessi sui mercati di riferimento. A differenza di quegli interventi che incentivano comportamenti virtuosi (45), nelle ipotesi che saranno esaminate a breve il legislatore regionale opera una vera e propria marginalizzazione delle imprese che abbiano fondato la propria competitività sulla compressione illecita del costo del lavoro, e così facendo, per quanto indirettamente, facilita sia la correzione delle dinamiche concorrenziali, sia un'evoluzione socialmente sostenibile del sistema di specializzazione produttiva.

Sul piano delle opzioni politiche, pertanto, il tratto caratterizzante dell'intervento sta nel prendere atto delle caratteristiche e delle dimensioni raggiunte dal fenomeno del lavoro nero e nella decisione di contrastarlo per quello che oramai è in molte realtà: ossia, non un comportamento deviante di un numero ristretto di datori di lavoro che può essere efficacemente contrastato, sul piano individuale, con il tradizionale dispositivo controllo/sanzione; bensì un comportamento di massa e un fattore strutturale degli attuali assetti produttivi, specie di alcuni settori economici, che produce effetti distorsivi sulla dinamica concorrenziale e giustifica un'azione pubblica di riequilibrio proprio su quest'ultimo piano (46).

Sul piano giuridico, poi, la diseguale distribuzione delle risorse pubbliche è garantita dall'individuazione della «congruità» della manodopera impiegata presso un datore di lavoro quale presupposto necessario – e ulteriore rispetto a quelli già previsti dalle specifiche discipline – «per l'accesso a qualunque beneficio economico e normativo, per la partecipazione a bandi e/o gare d'appalto, per il godimento di erogazioni da

provvedimento legislativo possono essere tuttora riferite le osservazioni critiche formulate da U. Gargiulo, *op. cit.*, pp. 136 ss., in ordine al disegno di legge.

(45) *Supra*, par. 2.

(46) In termini, M. Barbieri, Intervento alla tavola rotonda «Premialità, controllo, repressione, la definizione di una strategia di intervento in materia di lavoro illegale», in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 159 e p. 161, lì dove afferma che l'intervento legislativo regionale persegue l'obiettivo politico di «ripristinare la funzione selettiva del mercato come elemento di allocazione efficiente dei fattori di produzione» e quando evidenzia «la resistenza di un assetto economico che si è assestato e che fonda la sua precaria competitività – cioè la redditività di un numero non ristretto di imprese – sulla compressione dei diritti delle persone che lavorano». V. anche M. Barbieri, *Ragioni politiche e caratteristiche tecniche dell'intervento della Regione Puglia contro il lavoro nero*, in C. Sunna (a cura di), *op. cit.*, p. 7.

parte della Regione Puglia, a qualunque titolo, anche in forma indiretta, di fondi comunitari, nazionali e regionali» (47). Il datore di lavoro, in altri termini, può beneficiare degli aiuti e dei benefici messi a disposizione dalla Regione a condizione che il rapporto «tra la quantità e qualità dei beni e dei servizi offerti dai datori di lavoro [...] e la quantità delle ore» necessarie a produrli sia congruo (48), ossia se la dimensione occupazionale della propria organizzazione produttiva è conforme a uno standard di normalità tecnico-produttiva precedentemente definito (il cd. indice di congruità).

La «non congruità» della manodopera impiegata rispetto alla produzione realizzata, beninteso, non determina né l'automatica applicazione di sanzioni, né l'obbligo per il datore di lavoro di assumere lavoratori in numero tale da riequilibrare quel rapporto (49). Al contrario, i datori di lavoro restano liberi di adattare o meno la propria organizzazione produttiva ai valori *quantitativi* definiti dagli indici di congruità ma, poiché la non congruità della manodopera occupata rispetto agli scopi produttivi induce a sospettare l'impiego di lavoratori «in nero», essi non potranno godere dei benefici e degli incentivi finanziati con risorse pubbliche né partecipare alle gare di appalto bandite dall'amministrazione regionale e dagli enti da questa controllati.

Più nel dettaglio, in Puglia vi è un indice di congruità cd. *di riferimento* il quale definisce, per ciascun settore produttivo e all'interno di esso per diverse classi dimensionali, il rapporto esistente tra il volume d'affari dichiarato dal datore di lavoro ai fini dell'Iva e le ore lavorate (indice di congruità). Tale rapporto/valore, in concreto, è poi derivato statisticamente dall'analisi dei valori medi del fatturato e delle ore lavorate registrati in un determinato settore produttivo per gruppi omogenei di operatori economici definiti in base alle loro dimensioni (50). Il datore

(47) V. l'art. 1, comma 8, primo periodo, legge Regione Puglia n. 28/2006.

(48) Così, testualmente, l'art. 2, comma 3, della legge Regione Puglia n. 28/2006; e l'art. 8, comma 2, legge Regione Calabria n. 13/2012. Cfr., invece, la diversa definizione di cui all'art. 9, legge Regione Lazio n. 16/2007 (su cui si tornerà a breve).

(49) Sulla distinzione tra queste misure e il cd. «imponibile di manodopera» di cui al decreto legislativo Cps 16 settembre 1947, n. 929, e sulla successiva dichiarazione di incostituzionalità, sia consentito ancora una volta il rinvio a V. Pinto, *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *q. Riv.*, 2008, I, pp. 51 ss.

(50) Sulle diverse questioni teoriche emerse nella fase di studio ed elaborazione degli indici di congruità e sulle conseguenti scelte v. P. Amenta, *Linee metodologiche-statistiche per l'attuazione della legge regionale pugliese in materia di lavoro nero*, in V. Pinto (a

di lavoro, quindi, è «congruo» se l'indice cd. *puntuale* della propria organizzazione produttiva, vale a dire il rapporto su base annuale tra il fatturato che ha realizzato e le ore di lavoro che ha impiegato nel processo produttivo, è uguale all'indice di riferimento o, comunque, compreso nell'intervallo tra questo e il valore minimo stabilito a seguito di apposita negoziazione con le parti sociali (51).

Per il settore agricolo, ad esempio, di recente si è intervenuti con un atto amministrativo a valenza generale individuando in via sperimentale gli indicatori di congruità nei valori medi di impiego di manodopera per singola coltura e per ciascun capo di bestiame (tabelle cd. ettaro-colturali), sia pure originariamente calcolate per altra e diversa finalità (52). Il datore di lavoro agricolo, in particolare, risulterà congruo se la manodopera mediamente occupata nell'anno precedente è pari al valore riportato nella tabella o vi si discosti al massimo del 20%.

Un ulteriore tratto della legge regionale pugliese, ripreso anche da quella calabrese, che merita considerazione è la previsione di uno specifico procedimento amministrativo finalizzato a consentire al datore di lavoro valutato come «incongruo» di addurre «le ragioni di fatto e di diritto per le quali la difformità dagli indici di congruità sia da ritenere inesistenze o giustificabile» (53).

Nel caso della Regione Lazio, invece, la valutazione di congruità avrebbe dovuto essere operata impiegando allo scopo gli indicatori di cui ai commi 1173 e 1174 dell'articolo unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296, «ove individuati dallo Stato» (art. 4, comma 1, lett. *d*, legge reg.).

cura di), *op. cit.*, pp. 107 ss.; N. Angiola, *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare. Rilievi economico-aziendali*, *ivi*, pp. 97 ss.; G. Forges Davanzati, *op. cit.*, pp. 90 ss.

(51) In tal senso è da interpretare l'art. 2, comma 3, secondo periodo, legge Regione Puglia n. 28/2006.

(52) Cfr. la deliberazione della Giunta regionale n. 2506 del 15 novembre 2011, la quale dispone che, al fine di verificare la congruità della manodopera impiegata, debbano essere utilizzate le tabelle di cui alla determina dirigenziale del dirigente del Settore alimentazione del 30 agosto 2007, n. 356.

(53) Così l'art. 2, comma 6, legge Regione Puglia n. 28/2006; e l'art. 8, commi 3 ss., legge Regione Calabria n. 13/2012. In riferimento al settore agricolo, poi, la deliberazione della Giunta Regionale pugliese n. 2506/2011 ha ritenuto di predeterminare le ipotesi di giustificazione al fine di «minimizzare la discrezionalità della pubblica amministrazione» e di «accrescere la trasparenza decisionale». Pertanto, i datori di lavoro agricoli potranno giustificare la propria apparente «incongruità» adducendo «condizioni non concorrenziali nel mercato di sbocco, utilizzo di personale esterno, produttività particolarmente elevata dovuta a investimenti, calamità naturale ed eventi accidentali, presenza di rimanenze adeguatamente certificate».

Senonché, proprio per effetto di questo rinvio, il dispositivo in discorso è destinato a non essere mai concretamente applicato. Come si ricorderà, infatti, proprio a seguito delle iniziative di matrice sindacale precedentemente ricordate, la legge finanziaria per il 1997 era intervenuta in materia prevedendo di condizionare «la concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento» al rispetto di indici di congruità – «articolati per settore, per categorie di imprese e per territorio» (54) – indicanti il «rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie nonché lo scostamento percentuale dall'indice da considerare tollerabile, tenuto conto delle specifiche caratteristiche produttive e tecniche nonché dei volumi di affari e dei redditi presunti» (55). Tuttavia, non solo lo Stato non ha mai proceduto alla determinazione quantitativa degli indici di congruità ma, con il mutamento della maggioranza di governo, sono state addirittura abrogate entrambe le previsioni legislative in discorso (56).

5. — *Gli interventi in materia di appalti pubblici* — Una considerazione a parte meritano, infine, le previsioni legislative regionali dirette a qualificare il ruolo della committenza pubblica negli appalti per opere, forniture e servizi. Anche in questo caso, peraltro, è necessario considerare come l'attività delle Regioni sia significativamente condizionata dai limiti costituzionali imposti alla propria potestà legislativa.

Vale qui la pena di richiamare sinteticamente la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha anzitutto escluso la possibilità di «tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell'ambito della potestà legislativa regionale» (57). Ma soprattutto, e per quello che più conta in questa sede, la Corte ha ritenuto che le procedure di evidenza pubblica (ivi compresa la disciplina dei requisiti di qualificazione e di selezione dei concorrenti, delle cause di esclusione dalle gare e dei cri-

(54) Così l'art. 1, comma 1173, legge 27 dicembre 2006, n. 296.

(55) V. l'art. 1, comma 1174, legge n. 296/2006.

(56) Dall'art. 39, comma 10, lett. n, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione.

(57) Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 4447 ss. (e spec. par. 3 delle *Considerazioni in diritto*, p. 4514), con nota di L. Cassetti.

teri di aggiudicazione), in quanto orientate a soddisfare l'«esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi», siano riconducibili alla materia della «tutela della concorrenza» e rientrino nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (58). La particolare *funzione* assolta dalle suddette previsioni, in altri termini, «vale a legittimare l'intervento del legislatore statale anche su materie [che], sotto altri profili, [sono] di competenza regionale» (59).

Tale potestà legislativa esclusiva, peraltro, risulta attualmente esercitata con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, al cui articolo 4, comma 3, occorre fare riferimento anche per la questione che ci occupa. Esso, infatti, esplicitamente esclude la competenza legislativa regionale «in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, a eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso».

Considerato questo assetto, è evidente come seri dubbi di legittimità costituzionale si pongono in relazione alle normative regionali che fissano particolari requisiti di ammissione alle gare di appalto (60) e, tra

(58) In termini, v., oltre Corte Cost. n. 401/2007, cit. (par. 6.7 delle *Considerazioni in diritto*, p. 4525), almeno Corte Cost. 14 dicembre 2007, n. 431, in *Giur. cost.*, 2007, III, pp. 4751 ss. (e spec. par. 5 delle *Considerazioni in diritto*, pp. 4758-4759), e Corte Cost. 17 dicembre 2008, n. 411, in *Giur. cost.*, 2008, III, pp. 4748 ss. (par. 3.1 delle *Considerazioni in diritto*, pp. 4772-4773).

(59) Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2004, pp. 3069 ss., con nota di M.N. Landi (par. 6.2 delle *Considerazioni in diritto*, pp. 3074-3075); e, tra le altre, Corte Cost. 14 dicembre 2007, n. 430, in *Giur. cost.* 2007, 6, pp. 4732 ss. (par. 3.2.1 delle *Considerazioni in diritto*, p. 4744).

(60) Così pare debba intendersi l'art. 9, comma 4, legge Regione Calabria n. 13/2012. Esso, infatti, stabilisce che in occasione dell'indizione delle gare di appalto debba essere richiesto ai partecipanti anche un certificato dal quale risulti la non iscrizione nei registri della Centrale di allarme emersione (Cae) e, di conseguenza, l'attestazione di non essere mai stati destinatari di sanzioni «in materia di lavoro sommerso e non regolare e in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro» (cfr. l'art. 5 della medesima legge).

queste, anche quelle che indicano nella congruità della manodopera impiegata la condizione necessaria «per la partecipazione a bandi e/o gare d'appalto» (61). Peraltro, con riferimento allo specifico settore dei lavori pubblici, l'articolo 118, comma 6-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006, proprio «al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare», dispone che il documento unico di regolarità contributiva, vale a dire il documento attestante il corretto adempimento degli obblighi contributivi per tutti i lavoratori impiegati nell'impresa, debba essere a sua volta integrato dalla «verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato». Questa verifica, in particolare, è affidata alle Casse edili, le quali sono tenute a controllare la suddetta congruità impiegando allo scopo i valori definiti con apposito «accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile e il ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali» (62).

È appena il caso di ricordare, del resto, come questa previsione generalizzi all'intero territorio nazionale l'esperienza maturata a partire dalla legislazione della Regione Umbria relativa ai lavori pubblici e privati finanziati con i fondi pubblici per la ricostruzione post terremoto (63) e consolidata allorché il nesso tra regolarità contributiva e congruità della manodopera impiegata è stato anche testualmente stabilito dal medesimo legislatore umbro allorché ha disciplinato l'attività edilizia in generale e la materia urbanistica (64).

(61) V. l'art. 1, comma 8, legge Regione Puglia n. 28/2006; art. 9, comma 2, legge Regione Calabria n. 13/2012. Più anodina, invece, è la legislazione veneta lì dove impegnava la Giunta regionale a favorire «l'attuazione delle disposizioni in materia di contrasto al lavoro sommerso e irregolare previste dalla legge n. 296/2006 (legge finanziaria 2007), in particolare per quanto riguarda il documento unico di regolarità contributiva e l'applicazione degli indici di congruità *negli appalti e subappalti*» (art. 55, comma 2, legge Regione Veneto n. 3/2009, corsivo di chi scrive). È evidente, peraltro, che l'abrogazione delle norme di cui alla legge n. 296/2006 rende inutile qualsiasi approfondimento della questione.

(62) Così, ancora, il comma 6-*bis* dell'art. 118 (inserito dall'art. 3 del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, e successivamente sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera *a*, numero 4, del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Per i valori attualmente in uso v. l'Avviso comune sottoscritto in data 28 ottobre 2010.

(63) Legge Regione Umbria 12 agosto 1998, n. 30, così come successivamente integrata e modificata. La vicenda di cui al testo è già stata ricostruita da chi scrive in q. *Riv.*, 2008, pp. 48 ss.

(64) V. l'art. 11, comma 4, legge Regione Umbria 18 febbraio 2004, n. 1. Il

Nessun dubbio di legittimità costituzionale, invece, può riguardare le previsioni che impegnano le amministrazioni regionali a sostenere e a incentivare la conclusione anche in questo settore di intese e di accordi fra parti sociali, enti locali ed enti con funzioni di vigilanza (65).

Più controversa, infine, è la valutazione da riservare alle previsioni regionali pugliesi che impongono all'amministrazione regionale, alle aziende sanitarie locali e agli Enti partecipati dalla Regione stessa l'inserimento, nei capitolati di appalto di opere o di servizi, di una clausola contenente l'obbligo di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti – o, nel caso di cooperative, dei soci lavoratori (a prescindere dalla qualificazione giuridica del loro rapporto di lavoro) – i contratti collettivi nazionali e territoriali del settore di appartenenza del datore di lavoro che siano stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (cd. clausola sociale) (66).

Premesso che la portata pratica della questione è notevolmente smiunita dal fatto che la norma regionale riproduce il disposto dell'articolo 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, integrandolo e specificandolo solo per ciò che riguarda il contratto collettivo di settore da applicare, si può concludere per la piena legittimità costituzionale della normativa regionale se si considera che l'obbligo derivante dalla sottoscrizione della clausola è destinato a operare soltanto *dopo l'aggiudicazione dell'appalto*, ossia *nella fase di esecuzione del contratto*, ragione per cui esso non integra un requisito di partecipazione alle gare d'appalto nuovo e ulteriore rispetto a quelli previsti dal codice dei contratti pubblici (67). Questo in-

modello umbro, inoltre, è stato ripreso dall'art. 17, comma 4, legge Regione Toscana 13 luglio 2007, n. 38. Ma v. quanto affermato in testo circa i limiti della potestà legislativa regionale.

(65) L'art. 44, comma 1, lett. *c*, legge Regione Emilia Romagna n. 17/2005; art. 26, comma 1, lett. *b*, legge Regione Lombardia n. 22/2006, e art. 1, comma 2, legge Regione Lombardia 2 febbraio 2007, n. 1; art. 1, comma 9, legge Regione Puglia n. 28/2006 [sul quale v. G. Roma, *Protocolli d'intesa e contrasto al lavoro non regolare*, in V. Pinto (a cura di), *op. cit.*, pp. 113 ss.]; art. 4, legge Regione Toscana n. 38/2007, e decreto del presidente della Giunta regionale Toscana 7 agosto 2008, n. 45 (che istituiscono un Osservatorio regionale sui contratti pubblici).

(66) Così l'art. 1, comma 2, legge Regione Puglia; in materia, v. anche gli artt. 3 e 4 del regolamento regionale 27 novembre 2009, n. 31.

(67) In tal senso, del resto, è anche un orientamento giurisprudenziale emerso in relazione all'art. 18, comma 7, della legge n. 55/1990 (oggi trasfuso nel citato art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006), secondo il quale l'obbligo gravante sull'appaltatore di applicare i contratti collettivi del settore e della zona di appartenenza

quadramento giuridico è presupposto anche dal regolamento regionale che predetermina le conseguenze dell'inadempimento e che prevede, oltre a un articolato sistema di penali pecuniarie, anche «la risoluzione di diritto del contratto di appalto ai sensi dell'articolo 1456 cod. civ. e con gli effetti di cui all'articolo 138 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163», per il caso in cui l'inadempimento riguardi «una percentuale di lavoratori pari o superiore al 50 per cento dei lavoratori occupati nell'esecuzione dell'appalto o del subappalto» nonché per l'ipotesi di recidiva (68). Ancora, il medesimo regolamento dispone l'esclusione dalla gara d'appalto per quelle imprese che, «in occasione di precedenti rapporti contrattuali», si siano rese responsabili di gravi e reiterati inadempimenti; essa è esplicitamente ricondotta all'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e alla facoltà in esso prevista di escludere dalla gara chi abbia «commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara».

6. — *Alcune sintetiche osservazioni finali* — In chiusura, non ci si può esimere dal formulare alcune considerazioni generali circa l'articolato quadro regolativo di livello regionale che si è provato a ricostruire.

Si è già anticipato come non sempre le discipline richiamate in questa sede siano state sorrette da un'elaborazione politica adeguata alla complessità del fenomeno da affrontare, e questo vizio di origine implica spesso che i dispositivi approntati allo scopo risultino eccessivamente generici o, quando più d'uno, perfino poco coerenti tra loro. Del resto, abbondano anche gli esempi di previsioni meramente programmatiche o, se si preferisce, vincolanti sul piano esclusivamente

e la sua responsabilità in solido per l'osservanza di tali norme da parte dei subappaltatori non assumono la valenza di requisito che il partecipante alla gara deve possedere sin dal momento dell'ammissione (indipendentemente dalla sua dimostrazione, che può intervenire anche successivamente), come, invece, accade per la regolarità e la congruità contributive (così Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 39, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 2000, pp. 671 ss.). Secondo questo orientamento insomma, «non vi è alcun elemento [normativo] che consenta di trasporre il momento di rilevanza dell'obbligo legale dalla fase di esecuzione del contratto a quella della partecipazione alla gara, trasformandolo in un requisito implicito della stessa» (così Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2000, n. 1880, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, pp. 1140 ss.; ma v. anche Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6320, in *Dir. e giust.*, 2004, 38, pp. 31 ss.).

(68) Conseguenze già previste, genericamente, dall'art. 1, comma 5, legge Regione Puglia n. 28/2006.

politico. Sono, queste, quelle disposizioni che vincolano le autorità politiche regionali ad assumere iniziative di vario tipo e che, seppure possiedano una forte valenza simbolica perché evidenziano l'attenzione al tema, hanno avuto o avranno una rilevanza pratica direttamente proporzionale alle modalità e alle forme con cui questi impegni sono o saranno adempiuti.

Se a ciò si aggiungono le considerazioni precedentemente svolte a proposito dei limiti di efficacia propri delle politiche di emersione, quando non abbinate a misure statali di sanatoria, è evidente come gli interventi legislativi più promettenti – anche sul piano delle opzioni di politica del diritto (69) – sono quelli che impegnano le rispettive amministrazioni regionali a riservare il sostegno pubblico alle attività o agli investimenti soltanto a favore dei datori di lavoro che dimostrino di occupare un numero di lavoratori congruo rispetto agli scopi produttivi. Sennonché, e questo è il punto, anche siffatte previsioni sono lungi dall'essere attuate, vuoi per le difficoltà tecniche implicite nell'individuazione di indicatori di normalità tecnico-produttiva, vuoi soprattutto per diffidenze e ostacoli di natura prettamente politica (70).

Emerge, insomma, un quadro regolativo complessivamente vario ed eterogeneo per contenuti e forme di intervento ma, seppure con qualche significativa eccezione, tuttora saltuariamente e occasionalmente applicato. Circostanza, questa, che consiglia di differire un giudizio conclusivo circa il grado di significatività e di efficacia dei singoli dispositivi e dei distinti modelli di intervento innanzi delineati.

(69) V., in proposito, il punto n. 9 del parere della commissione per i problemi economici e monetari destinato alla commissione per l'occupazione e gli affari sociali su «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo (2007/2023 Ini)» del 5 giugno 2007.

(70) Ad esempio, in Puglia, ove gli indici di congruità per il settore agricolo sono stati provvisoriamente individuati nei valori medi per tipo di coltura e capo di bestiame già stimati ad altro fine (v. la precedente nt. 52), l'ostilità di tutte le organizzazioni rappresentative degli interessi dei datori di lavoro si è manifestata in primo luogo nell'aperto dissenso registrato in sede di concertazione dei contenuti del provvedimento e, successivamente, nell'impugnazione della deliberazione della Giunta regionale innanzi al giudice amministrativo (con giudizio tuttora pendente).

Giuseppe Fiengo (*)

AZIONI DI CONTRASTO AL LAVORO SOMMERSO E VIGILANZA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Contrasto al lavoro sommerso ed effettività dell'ordinamento. — 2. Sanzioni repressive e lavoro sommerso. — 3. Lavoro sommerso e misure interdittive. — 4. Contrasto al lavoro sommerso e vigilanza. — 5. Conclusioni.

1. — *Contrasto al lavoro sommerso ed effettività dell'ordinamento* — Il carattere proteiforme del lavoro sommerso impone l'adozione di strategie di contrasto ad ampio raggio che siano adeguatamente tarate sulle cause eterogenee, sui settori produttivi e sulle peculiarità territoriali del fenomeno (1).

Nella dimensione giuridica il contrasto della realtà oggetto della presente analisi rimanda, in via diretta, al sistema sanzionatorio, che, elemento peculiare di ogni sistema normativo (2), ricomprende il complesso delle misure predisposte dall'ordinamento al fine di rafforzare l'osservanza delle proprie norme e di porre rimedio agli effetti della relativa violazione (3). Carattere unificante delle diverse figure riconducibili al *genus* sanzione è la cd. «reattività»: l'essere cioè la sanzione un *posterius* rispetto a un *prius*, una conseguenza di una determinata causa, un meccanismo al quale i sistemi normativi ricorrono per la propria conservazione (4).

(*) Magistrato presso il Tribunale ordinario di Vercelli.

(1) A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2002, pp. 1 ss.

(2) G. Gavazzi, *Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi*, in R. Orecchia (a cura di) *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx, Atti del XII congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Ferrara, 2-5 ottobre 1978, Roma, 1978, p. 102.

(3) N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, p. 530.

(4) T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli e G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, pp. 55 ss. In questo senso anche Bobbio, il quale, nel delimitare lo spazio occupato, nella dimensione giuridica, dalla sanzione fa riferimento a quei soli strumenti predisposti per soddisfare l'«esigenza che ogni si-

In questa prospettiva emerge lo strettissimo rapporto esistente tra la sanzione e il principio di effettività (5), criterio di esistenza, di legittimità dello Stato contemporaneo, idoneo a illuminare, in maniera esplicita e immediata, le relazioni tra fatto e diritto (6).

La sanzione è stata tradizionalmente concepita come sanzione negativa, come, cioè, pena, afflizione (7); con l'affermazione del *welfare state*, persa l'esclusiva funzione di strumento di controllo sociale, il diritto ha tuttavia assunto un sempre più significativo rilievo quale strumento di direzione sociale (8); è in tale mutato contesto ideologico che si affermano le sanzioni cd. «positive», cioè premi che vengono prospettati a fronte di comportamenti ritenuti meritevoli e, quindi, incentivati (9).

L'approccio funzionale che caratterizza le moderne concezioni del diritto ha indotto la dottrina, a partire dalla seconda metà dello scorso secolo, a valorizzare il ruolo della sanzione (negativa e positiva) quale fattore di regolamentazione, quale mezzo per il conseguimento di programmi tesi alla realizzazione di predeterminati obiettivi; in questa prospettiva lo studio della sanzione, formidabile strumento di controllo

stema normativo ha di non essere dissolto dalla generale inosservanza, cioè di essere effettivo» (N. Bobbio, voce *Sanzione*, cit., p. 537).

(5) Il principio di effettività è stato definito come il criterio «in base a cui si considera legittimamente costituita la comunità politica nella quale esiste un governo che, per un periodo di tempo prolungatosi senza soluzioni di continuità, esercita organicamente uno stabile, palese potere, realmente obbedito dalla maggior parte dei soggetti viventi nell'ambito della comunità medesima» (P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, p. 5).

(6) Sul principio di effettività si vedano, almeno, A. Catania, *Dimensioni dell'effettività tra teoria generale e politica del diritto*, Milano, 2005, G. Gavazzi, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, R. Meneghelli, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, 1964, P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, cit.

(7) Tanto si spiega, in buona parte, a causa dell'influenza esercitata sulla teoria generale del diritto da un'immagine prevalentemente penalistica del diritto alla quale corrisponde quella concezione dello stato custode o controllore che è propria dell'ideologia del liberalismo classico. Sul punto si veda N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, pp. 6 ss., Idem, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione...*, cit., p. 58.

(8) M.G. Losano, *Prefazione*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione...*, cit., p. VIII.

(9) Sulle sanzioni positive si veda, almeno, N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, e N. Bobbio, *Le sanzioni positive*, entrambi in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione...*, cit., pp. 3 ss., e, rispettivamente, 21 ss.

sociale, diviene anche studio in grado di disvelare i programmi perseguiti dal legislatore (10) (o, almeno, da un legislatore razionale).

Nonostante il segnalato rapporto esistente tra sanzioni negative e positive, appare opportuno in questa sede limitare l'attenzione alle sole misure di contrasto di tipo deterrente; a quelle misure che, cioè, ricollegano conseguenze sfavorevoli a comportamenti devianti. È, questa, senza dubbio, una restrizione dell'analisi che può risultare arbitraria, ma che, nelle intenzioni, è tesa a evitare il rischio di un approccio superficiale. Del resto i non esaltanti risultati conseguiti dalle misure positive succedutesi a partire dai contratti di riallineamento suggeriscono che, almeno nell'attuale contesto socio-culturale, le sanzioni positive hanno un ruolo non decisivo, ma, al più, solo ausiliario, nel contrasto al sommerso (11).

L'analisi degli obiettivi perseguiti dal legislatore attraverso il sistema sanzionatorio porterebbe a risultati poco soddisfacenti ove ci si limitasse all'esame delle astratte previsioni normative prescindendo dallo studio dell'effettiva applicazione delle sanzioni (momento centrale per la garanzia della concreta realizzazione degli obiettivi di politica legislativa). Per questo motivo sarà necessario rilevare alcune criticità esistenti nell'attuale esercizio della funzione di vigilanza che, come risulta già dal dato etimologico (12), è momento logicamente e cronologicamente anteriore all'applicazione della sanzione oltre che strumentale all'effettività dell'ordinamento.

2. — *Sanzioni repressive e lavoro sommerso* — Il crescente interesse manifestato dalla dottrina e dal legislatore per le sanzioni positive non ha, nei fatti, rotto quella circolarità tra diritto e forza, tra diritto e coercizione risultante dall'elaborazione dottrinarina avente a oggetto la sanzione.

Anche con riferimento alle misure deterrenti in materia di lavoro nero deve registrarsi la centralità delle sanzioni repressive: categoria ampia che comprende tanto le sanzioni penali quanto quelle amministrative.

Il sistema deputato alla repressione del sommerso risulta, nel complesso, caratterizzato da una equilibrata modulazione tra sanzioni penali e amministrative (13).

(10) A. De Felice, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, pp. 8 ss.

(11) M. Barbieri, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, p. 83.

(12) S. Valentini, voce *Vigilanza (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1993, p. 703.

(13) Come noto, soprattutto all'indomani della legge n. 689/81, la consacrazione del diritto punitivo quale «sistema repressivo modulato, ma sostanzialmente unitario al di sopra delle tradizionali partizioni dell'ordinamento» (C. Pedrazzi,

Nel rispetto dei principi di proporzione e sussidiarietà fatti propri dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983 (14), lo strumento penale è, infatti, dal legislatore riservato a ipotesi residuali rispetto alle quali sono ravvisabili tanto una significativa pregnanza degli interessi tutelati, quanto (almeno per la materia dell'immigrazione) l'assenza di tecniche di controllo sociale munite di analogo livello di efficacia; si tratta di ipotesi riconducibili essenzialmente alla disciplina dell'immigrazione (15) e alla violazione di obblighi contributivi (16).

Come testimonia l'evocata disciplina in tema di immigrazione, la previsione di sanzioni penali nella materia qui esaminata è sovente giustificata dall'esigenza di tutela di interessi che non hanno una consistenza esclusivamente lavoristica. Non v'è dubbio invece che, in una dimensione eminentemente lavoristica, le sanzioni amministrative abbiano, ormai da un decennio, assunto un ruolo primario nel sistema repressivo in materia di lavoro sommerso.

Tanto emerge con immediatezza ove si faccia riferimento alla sanzione introdotta dall'art. 3, comma 3, d.l. n. 12/2002 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 73/02), che, primo intervento legislativo

Presentazione, in E. Dolcini, A. Giarda, F. Mucciarelli, C.E. Paliero, E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, p. 5), ha reso particolarmente attuale la necessità di individuare i criteri in base ai quali scegliere, a fini di repressione, la sanzione penale o quella amministrativa. Sul punto si vedano, almeno, T. Padovani, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 952 ss., F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, I, pp. 359 ss.

(14) Come noto, tale circolare è stata volta a orientare la discrezionalità del legislatore con riferimento alla scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Sulla circolare si veda, almeno, F.C. Palazzo, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative (Dalle leggi di depenalizzazione alla circolare della Presidenza del Consiglio)*, in *Ind. pen.*, 1986, pp. 35 ss.

(15) Si pensi all'art. 22, comma 12, d.lgs. n. 286/98, ovvero, allo sfruttamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, d.lgs. n. 286/98. La previsione di fattispecie di reato in materia d'impiego di lavoratori clandestini si spiega anche in considerazione della sussistenza, in tale ambito, di significativi interessi di ordine pubblico. In generale, sul lavoro nero degli extracomunitari nella legislazione nazionale, si veda F. Buffa, *Il rapporto di lavoro degli extracomunitari*, Padova, 2009, pp. 879 ss.

(16) È il caso dell'omissione o falsità di registrazione, o denuncia obbligatoria (art. 37, legge n. 689/81), e dell'omesso versamento delle ritenute assistenziali e previdenziali (art. 2, d.l. n. 463/1983, convertito nella legge n. 638/1983).

teso a punire in modo diretto l'impiego di lavoratori non regolarizzati (17), è apparsa così rilevante – specie per entità – da esser stata, da subito, appellata «maxisanzione». Tralasciando il testo originario della norma – esempio perfetto della non infrequente adozione da parte del legislatore di una tecnica di tipizzazione della sanzione (e dell'illecito) assai lontana dai principi generali vigenti in materia (18) – occorre rilevare come l'art. 3, comma 3, legge n. 73/02, sostituito dall'art. 36-*bis*, comma 7, d.l. n. 223/06 (convertito nella legge n. 248/06) (19), è stato oggetto di significativa novella a opera della legge n. 183/10 (cd. Collegato lavoro) (20).

Quanto alla tecnica normativa adoperata, premessa la stretta interrelazione esistente tra norma che pone l'illecito e norma sanzionatoria

(17) L. Iero, *Lavoro sommerso: la nuova maxisanzione*, in *Dir. prat. lav.*, 2005, p. 1181.

(18) L'originaria formulazione della norma destava perplessità sia per l'incertezza derivante dal riferimento al «costo del lavoro» quale parametro per la quantificazione della sanzione, sia perché l'entità della sanzione risultava impermeabile all'effettiva durata del rapporto in nero essendo quantificata sulla base di un arco temporale generico e astratto individuato nel periodo compreso tra l'inizio dell'anno dell'accertamento e il giorno dell'accertamento. Non a caso, proprio con riferimento a tale aspetto la Corte Costituzionale, con la sentenza 9 febbraio 2005, n. 144, ha dichiarato l'illegittimità della norma per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione.

(19) L'art. 3, comma 3, legge n. 73/02, per effetto del d.l. n. 223/06, era stato così riformulato: «Ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria, è altresì punito con la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. L'importo delle sanzioni civili connesse all'omesso versamento dei contributi e premi riferiti a ciascun lavoratore di cui al periodo precedente non può essere inferiore a euro 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata».

(20) Nel testo attualmente in vigore l'art. 3, comma 3, legge n. 73/02 prevede che: «Ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, in caso di impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, si applica altresì la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. L'importo della sanzione è da euro 1.000 a euro 8.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorato di euro 30 per ciascuna giornata di lavoro irregolare nel caso in cui il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo lavorativo successivo. L'importo delle sanzioni civili connesse all'evasione dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore irregolare di cui ai periodi precedenti è aumentato del 50 per cento».

e la vicinanza – anche sotto il profilo strutturale – tra illecito penale e illecito amministrativo (21), deve rilevarsi come l'attuale tipizzazione dell'illecito in materia di lavoro sommerso sia ancorata (e difficilmente poteva essere altrimenti) a un dato meramente formale: l'impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto. L'ormai unico presupposto della maxisanzione comporta l'assoluta inidoneità della disciplina in vigore al contrasto del lavoro cd. «grigio»; inidoneità che appare tanto più grave in un ordinamento, quale quello (ancora) attuale, caratterizzato, in materia di lavoro, dalla presenza di una vera e propria «giungla» contrattuale (22).

La configurazione di un illecito formale caratterizzava la maxisanzione già nel testo introdotto dal d.l. n. 223/06, che, per quanto si dirà, è stato il momento di più intransigente repressione del lavoro sommerso. Tale intransigenza risulta – per molteplici aspetti – erosa, non sempre in modo condivisibile, per effetto della legge n. 183/2010.

Macroscopica risulta, innanzi tutto, l'innovazione introdotta dal cd. Collegato lavoro in ordine all'operatività della maxisanzione.

Unico presupposto di tale sanzione è, oggi, in seguito all'entrata in vigore della disciplina sul Libro unico del lavoro (23), l'accertamento dell'«impiego di lavoratori subordinati senza preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro privato» (24).

(21) M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, pp. 51 ss. Sulla sanzione amministrativa, in generale, si veda anche, almeno, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988.

(22) In questo senso, a mero titolo esemplificativo, emblematici sono i problemi di accertamento delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro a chiamata. Appare infatti evidente che la mera comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro è del tutto inidonea alla verifica dell'effettiva entità della prestazione lavorativa.

(23) Il Libro unico del lavoro (Lul) è stato per la prima volta disciplinato all'art. 39, d.l. n. 112/08, convertito nella legge n. 133/08. La possibilità di provvedere alle registrazioni su tale libro entro il giorno 16 del mese successivo a quello cui si riferisce il fatto da registrare determina l'irrilevanza delle risultanze del Lul ai fini del contrasto al lavoro sommerso, permanendo, quale dato di riferimento rilevante ai fini del contrasto la sola comunicazione preventiva di assunzione.

(24) La circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 38/2010, rilevato come unico presupposto per l'applicazione della maxisanzione è, ormai, l'impiego di lavoratori in assenza di preventiva comunicazione di assunzione, ritiene la sanzione di cui all'art. 19, comma 3, d.lgs. n. 276/03, assorbita nella sanzione in materia di lavoro sommerso; la sanzione per omessa comunicazione di assunzione è invece destinata a trovare ancora applicazione con riferimento ai

A fronte di una formula, quale quella impiegata dal legislatore del 2006, particolarmente ampia, che consentiva la repressione anche di ipotesi di irregolare prestazione di lavoro autonomo (25), l'attuale norma, nel ripristinare – per il profilo in esame – il regime originario introdotto dal d.l. n. 12/02, fa espresso riferimento all'impiego di (soli) lavoratori subordinati.

La scelta desta non poche perplessità ove si tenga presente che, pur essendo maggiormente diffuso nell'area della subordinazione, il sommerso presenta una consistenza apprezzabile anche tra i rapporti riconducibili al lavoro autonomo (26). A ciò deve aggiungersi che l'esclusione del lavoro autonomo dall'operatività della maxisanzione rischia di favorire comportamenti elusivi delle norme in vigore o, quanto meno, in contrasto con le dichiarate intenzioni della legge n. 183/2010, di aumentare il contenzioso relativo alla qualificazione del rapporto di lavoro (basta pensare alla precostituzione di contratti di lavoro parasubordinato aventi data anteriore all'accesso ispettivo, in assenza dell'adempimento dei vigenti obblighi documentali) (27).

rapporti di lavoro non subordinato. L'espressa clausola di salvezza con la quale si apre l'art. 3, legge n. 73/02 lascia invece salva l'applicabilità, anche in caso di lavoro subordinato, delle ulteriori sanzioni per l'irregolare costituzione del rapporto di lavoro (ad es., omesse registrazioni sul Libro unico del lavoro) confermando la natura della maxisanzione quale misura sanzionatoria aggiuntiva.

(25) Il legislatore del 2006, non ancora abrogata la disciplina in materia di Libro matricola, faceva riferimento all'«impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria».

(26) Si veda, in proposito, Istat, *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale. Anni 1980-2005*, Roma 2006, p. 4.

(27) Secondo la circolare da ultimo citata, la differente qualificazione – operata dagli organi di vigilanza – di rapporti di lavoro autonomo o parasubordinato per i quali siano stati adempiuti gli obblighi documentali prescritti non comporta l'applicazione della maxisanzione poiché, «trattandosi di errato inquadramento della fattispecie lavorativa, difetta il presupposto identificativo del lavoro sommerso». Ferma la genericità del riferimento all'adempimento degli «obblighi di natura documentale», la circolare sembra condivisibile nel caso in cui gli obblighi di natura documentale siano stati adempiuti mediante atto avente data certa, non anche nell'ipotesi di rapporto di lavoro autonomo o parasubordinato risultante da una mera scrittura privata (ad esempio, il contratto di collaborazione a progetto). In tale caso, appare ineludibile, stante la lettera della legge, l'accertamento dell'effettiva natura del rapporto. In questo senso, del resto, sembra la stessa circolare che, in altro passaggio, esclude l'applicabilità della maxisanzione «in riferimento ai rapporti di lavoro genuinamente instaurati con lavoratori autonomi e parasubordinati».

Ancora, il legislatore del 2010, al fine di porre freno alle conseguenze della già avvenuta apertura di un vero e proprio vaso di Pandora, ha espressamente escluso l'applicabilità della maxisanzione per il lavoro domestico (28).

La legge n. 183/10, condivisibilmente, al fine di reprimere solo condotte effettivamente idonee a pregiudicare il bene tutelato, ha limitato gli effetti derivanti dalla previsione di un illecito formale escludendo l'applicabilità della maxisanzione nel caso in cui «dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione» (29).

Pure dopo il Collegato lavoro rimane invece inalterata la struttura della sanzione; si tratta di una sanzione (pecuniaria) proporzionale impropria o a proporzionalità impropria che, variando, almeno in parte, in ragione della durata della prestazione irregolare accertata, risulta particolarmente efficace nel contrasto di illeciti – come quello esaminato – permanenti (30).

Ferma la struttura, deve rilevarsi come la legge n. 183/10 ha eroso la monoliticità della sanzione quale disciplinata dal d.l. n. 223/06, distinguendo due ipotesi.

Nel caso in cui al momento dell'accesso ispettivo sia accertato il persistente impiego di lavoratori subordinati senza previa comunicazione

(28) La circolare citata alla nota precedente, richiamando il Ccnl lavoro domestico 13 febbraio 2007, precisa che l'esonero dall'applicazione della maxisanzione riguarda solo i lavoratori addetti con continuità al funzionamento della vita familiare. In verità l'applicabilità – derivante dall'ampia formula normativa adoperata dal legislatore del 2006 – della rigorosa maxisanzione anche a ipotesi di lavoro sommerso alle quali sovente si ricorre – da parte di datori di lavoro non imprenditori e con redditi non elevati – per far fronte a inefficienze delle strutture deputate all'assistenza pubblica destava non poche perplessità. In questa sede non può che osservarsi come quello del lavoro domestico (anche in considerazione degli interessi a esso sottesi) sia un settore nel quale è particolarmente evidente l'esigenza di contrasto del lavoro sommerso attraverso iniziative mirate. Del resto – sotto il profilo operativo – deve anche segnalarsi, a conferma delle peculiarità del settore, come, stante la garanzia costituzionale (art. 14) di inviolabilità del domicilio, risulta in linea generale esclusa la possibilità per gli organi di vigilanza di effettuare un accesso ispettivo nel luogo di lavoro.

(29) La lettera della norma consente di escludere l'applicabilità della sanzione solo a fronte di documentazione di natura contributiva (Dm10, Emens, Uniemens) non anche – per i motivi indicati alla nota 23 – delle registrazioni sul Libro unico del lavoro.

(30) C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 98.

al Centro per l'impiego, risulta confermata l'entità della sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. Allorquando, invece, «il lavoratore risulti regolarmente occupato per un periodo lavorativo successivo» (31), l'importo della sanzione è attenuato, variando «da euro 1.000 a euro 8.000 per ciascun lavoratore irregolare, maggiorato di euro 30 per ciascuna giornata di lavoro irregolare». La ridotta entità si spiega in considerazione della percepita minore offensività della condotta e dell'applicazione del principio di proporzionalità della sanzione.

Ulteriore innovazione risultante dalla novella del 2010 concerne la mancata espressa esclusione (così come previsto invece dal legislatore del 2006) dell'applicabilità della diffida impartita ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 124/04 (32); tale circostanza, unitamente al carattere documentale e alla materiale sanabilità degli adempimenti omessi, consente di ritenere ormai operante la diffida anche con riferimento alla sanzione contemplata all'art. 3, legge n. 73/02 (33). Ne deriva una più limitata efficacia general-preventiva della maxisanzione (34) che vede tuttavia accentuata la finalità di prevenzione speciale (35).

L'art. 4, comma 1, lett. *a*, infine, modificando, anche sotto tale pro-

(31) Si pensi al caso, assai frequente, di un periodo di prova non dichiarato al quale segue la regolarizzazione del rapporto.

(32) Sulla diffida si veda, almeno, M. Bombardelli, *La diffida a regolarizzare l'inadempimento degli obblighi in materia di lavoro e legislazione sociale*, in L. Nogler, C. Zoli, *Commentario sulla razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro a norma dell'art. 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in *Nuove leggi civ.*, Padova, 2005, pp. 972 ss. In questa sede è possibile solo rilevare come la diffida assuma un rilievo significativo nella prospettiva della effettività della norma e della tutela dei beni protetti. La prospettazione di una riduzione dell'entità della sanzione a fronte del ripristino dell'ordine giuridico violato integra infatti un meccanismo di incentivazione al ripristino della legalità che va oltre gli effetti realizzabili mediante la sanzione (la quale, quasi sempre, lascia impregiudicate le conseguenze dell'illecito in relazione al bene concretamente leso).

(33) Poiché presupposto per l'adozione della diffida è che l'illecito sia «materialmente sanabile», è evidente che non si potrà ricorrere a tale provvedimento in caso di lavoro sommerso che riguardi lavoratori extracomunitari privi di idoneo permesso di soggiorno e di minori non occupabili.

(34) Come osservato (P. Rausei, *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Milano, 2009, p. 38), la mancata diffidabilità della maxisanzione era indice di una tolleranza zero per l'impiego di lavoratori irregolari.

(35) Il menzionato meccanismo incentivante della diffida favorisce l'immediata e tempestiva regolarizzazione del lavoratore.

filo, l'art. 3, comma 3, legge n. 72/03, ha ridotto l'entità delle sanzioni civili per evasione contributiva (36) prevedendo che l'importo delle sanzioni di cui all'art. 116, comma 8, lett. *b*, legge n. 388/2000 è aumentato del 50 per cento. La novella ha, apprezzabilmente, attenuato l'eccessivo rigore del testo previgente (37). La previsione di un importo (minimo) significativo svincolato dall'effettiva durata del rapporto non dichiarato appariva infatti difficilmente giustificabile tanto nella prospettiva di riparazione del danno provocato (ove alla sanzione in esame si intenda assegnare natura civile), quanto (aderendo invece alla tesi della natura amministrativa) in considerazione dell'entità della lesione arrecata al bene tutelato.

3. — *Lavoro sommerso e misure interdittive* — Le sanzioni interdittive hanno tradizionalmente assunto una collocazione ancillare rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie (38). A partire dal d.l. n. 223/06 (convertito dalla legge n. 248/06) il legislatore ha tuttavia introdotto una misura interdittiva (39) (la sospensione dell'attività imprenditoriale)

(36) La materia è stata oggetto di una profonda rivoluzione per effetto dell'art. 116, legge n. 388/00 (finanziaria 2001), che, «abolite», al comma 12, tutte le sanzioni amministrative in materia di previdenza e assistenza obbligatoria per le ipotesi di omissione totale o parziale del versamento di contributi o premi, ha previsto, al comma 8, lett. *b*, per l'ipotesi in cui «il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate», il pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, non inferiore al 30 per cento e non superiore al 60 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. La natura – civile o amministrativa – di tali sanzioni è stata, come noto, oggetto di differenti posizioni in dottrina. In questa sede è solo possibile rinviare, quanto alla tesi maggioritaria, della natura civile, a M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2009, p. 112, e M. Grandi, *Le somme aggiuntive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1992, pp. 92 ss.; nel senso della natura amministrativa, invece, M. Cinelli, *Le sanzioni civili per inadempimento contributivo agli obblighi di contribuzione previdenziale*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2752.

(37) Per effetto dell'art. 36-*bis*, comma 7, d.l. n. 223/06, l'art. 3, comma 3, legge n. 73/02, fissava l'importo delle sanzioni civili connesse all'omesso versamento dei contributi e premi in misura non inferiore a 3.000,00 euro per ciascun lavoratore «indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata».

(38) A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova 1983, p. 134, il quale definisce le sanzioni amministrative interdittive come le sanzioni che consistono nella privazione di un diritto o di una facoltà.

(39) L'estrema frammentarietà della materia ha, da sempre, comportato notevoli difficoltà nella distinzione delle sanzioni interdittive dalle misure interdittive

che, destinata a operare a fronte dell'accertato ricorso al lavoro nero in misura superiore a una soglia normativamente fissata, risulta strumento di indiscutibile rilievo ai fini del contrasto del lavoro sommerso (40).

Il provvedimento di sospensione, oggetto, a partire dal 2006, di un attivismo legislativo non infrequentemente confuso e scomposto, è attualmente disciplinato all'art. 14, d.lgs. n. 81/08; ai sensi di tale norma – limitando l'analisi al solo contrasto al lavoro sommerso (41) – gli organi di vigilanza del ministero del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali «possono adottare provvedimenti di sospensione in relazione alla parte di attività imprenditoriale interessata dalle violazioni quando riscontrano l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro» (42).

Fermo restando che la discrezionalità del provvedimento appare indice ulteriore della natura non propriamente (o, quanto meno, non esclusivamente) sanzionatoria della sospensione (43), occorre rilevare

non sanzionatorie (sul punto si veda, almeno, C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 113 ss.). Non potendo in questa sede approfondirsi la questione, si preferisce richiamare la più ampia categoria delle «misure interdittive», dovendo tuttavia rilevarsi come la mancanza di accessorietà rispetto a sanzioni pecuniarie e la mancata gradazione in funzione della gravità dell'infrazione dovrebbero indurre a ritenere preferibile l'inquadramento della sospensione dell'attività imprenditoriale tra le misure interdittive non sanzionatorie. La natura (anche) sanzionatoria pare tuttavia argomentabile ove si valutino unitariamente la sospensione e la relativa revoca (per la quale, come si dirà, è necessario, tra l'altro, il pagamento di una somma aggiuntiva rispetto alle sanzioni applicabili per le violazioni accertate).

(40) In ordine agli effetti che il provvedimento di sospensione può produrre sui rapporti di lavoro dei dipendenti impiegati dall'impresa si veda F. Scarpelli, *Il contrasto al lavoro irregolare, tra sanzioni e regole di responsabilità*, in *q. Riv.*, 2008, I, p. 66.

(41) Il provvedimento è adottabile anche in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

(42) Con il d.lgs. n. 81/08 muta il termine di riferimento per il calcolo della percentuale di lavoratori in presenza dei quali è possibile adottare il provvedimento di sospensione. Tale termine di riferimento non è più costituito – come accadeva nella vigenza delle leggi n. 248/06 e n. 123/07 – dal totale dei lavoratori regolarmente occupati, ma dal totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, con il duplice effetto che devono includersi nella base di calcolo anche i lavoratori in nero e che dalla base di calcolo vanno esclusi i lavoratori assenti.

(43) La natura discrezionale risulta dal tenore letterale della norma secondo la quale i competenti organi di vigilanza «possono adottare» il provvedimento in esame. Peraltro, apprezzabilmente, con circolare n. 33/09 – cui si rinvia – il ministero del Lavoro ha limitato la discrezionalità del personale ispettivo individuando

come, per effetto della novella introdotta in materia di maxisanzione dalla legge n. 183/10, attualmente sussiste un macroscopico difetto di coordinamento tra l'art. 14, d.lgs. n. 81/08, e l'art. 3, comma 3, legge n. 73/02. Pur essendo, infatti, la maxisanzione ormai applicabile limitatamente all'impiego di soli lavoratori subordinati, il provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale risulta ancora adottabile anche nelle ipotesi di rapporti di lavoro autonomo non dichiarati.

La discrasia è, dal ministero del Lavoro, giustificata in relazione alla natura (anche) cautelare del provvedimento di cui all'art. 14, d.lgs. n. 81/08 (44).

Tale argomento (al più condivisibile nel caso di sospensione per gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro) è, a ben vedere, poco convincente ove riferito alla sospensione disposta a fronte dell'accertamento di lavoro sommerso. E infatti, seguendo l'indirizzo ministeriale, dovrebbe concludersi che, attraverso il provvedimento «anche cautelare», il legislatore ha inteso apprestare una tutela a interessi (quelli in funzione dei quali è posta la disciplina di contrasto al sommerso, da valutarsi, correttamente, come riferiti anche alle prestazioni di lavoro autonomo) che non sono invece salvaguardati attraverso lo strumento (la maxisanzione) destinato, in via principale e definitiva, a reprimere il lavoro nero. Tale soluzione sembra però paradossale. Una volta tanto, tuttavia, è possibile gioire della dimenticanza del legislatore: atteso che, secondo quanto detto, non è condivisibile la scelta di limitare il contrasto al lavoro nero alle sole ipotesi di ricorso a prestazioni di lavoro subordinato, quanto meno attraverso la sospensione dell'attività imprenditoriale, è possibile assegnare rilievo (sia pure non in termini pieni, stante l'attuale formulazione della maxisanzione) all'irregolare impiego anche di lavoratori autonomi, con conseguente più elevato grado di tutela effettiva degli interessi pregiudicati dal lavoro sommerso.

Il d.lgs. n. 106/09, portando alle estreme conseguenze quanto previsto per le «microimprese» dalla direttiva del ministro del Lavoro 18 settembre 2008 – cd. direttiva Sacconi (45) – ha, infine, introdotto, al-

le ipotesi in presenza delle quali la sospensione non può essere disposta. Non v'è dubbio che la sospensione sia provvedimento di natura (anche) cautelare.

(44) Così la circolare del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 38/10.

(45) In totale spregio del principio di gerarchia delle fonti, la Direttiva 18 settembre 2008 – pur a fronte di un testo di legge, quale l'art. 5, legge n. 123/07, che nessun appiglio in tal senso offriva – al fine di «non punire esasperatamente le

l'art. 14, d.lgs. n. 81/08, il comma 11-*bis*, ai sensi del quale: «il provvedimento di sospensione nelle ipotesi di lavoro irregolare non si applica nel caso in cui il lavoratore irregolare risulti l'unico occupato dell'impresa».

Gli effetti della sospensione sono protratti sino all'adozione del provvedimento di revoca: strumento compulsivo di impareggiabile rilievo nella prospettiva di garanzia del ripristino della legalità e, in definitiva, di tutela effettiva dei beni protetti. Ai fini della revoca, infatti, l'art. 14, comma 4, d.lgs. n. 81/08 richiede, *in primis*, la regolarizzazione dei lavoratori non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria (46). Oltre a tale regolarizzazione, il legislatore individua, quale presupposto della revoca, anche il pagamento di una somma aggiuntiva (rispetto alle sanzioni penali, civili e amministrative da applicare per le violazioni integrate) pari, nelle ipotesi di sospensione per lavoro nero, a 1.500 euro.

La misura di tale somma aggiuntiva è stata oggetto di molteplici interventi legislativi.

L'art. 5, comma 2, lett. *c*, legge n. 123/07, aveva riguardo al «pagamento di una sanzione amministrativa aggiuntiva rispetto a quelle di cui al comma 3 pari a un quinto delle sanzioni amministrative complessivamente irrogate»; nell'originaria formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 81/08, la revoca era invece subordinata (anche) al pagamento di una somma fissata (indipendentemente dalla causa della sospensione) in euro 2.500. Tale somma è stata ridotta, nella misura attualmente in vigore, dal d.lgs. n. 106/09, che, sotto questo profilo, conferma la tendenza del legislatore degli ultimi anni ad attenuare l'entità delle sanzioni in materia di lavoro sommerso. Fermo restando che gli esiti di tale tendenza non risultano sempre condivisibili, occorre, con riferimento alla revoca del provvedimento di sospensione, rilevare come, sotto un profilo di politica criminale, la soluzione accolta dalla legge n. 123/07 fosse preferibile, atteso che la somma aggiuntiva (di indubbia natura sanzionatoria) era quantificata non – come oggi accade – in modo rigido,

micro-imprese» (delle quali, peraltro, non offre alcuna definizione), giunge sino al punto di affermare che «per quanto concerne la percentuale di lavoratori “in nero”, si ritiene che nella micro-impresa trovata con un solo dipendente irregolarmente occupato non siano di regola sussistenti i requisiti essenziali di tutela di cui al d.lgs. n. 81 del 2008 idonei a sfociare in un provvedimento di sospensione».

(46) In caso di sospensione per gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, la norma richiede invece l'accertamento del ripristino delle regolari condizioni di lavoro.

ma rapportata (nella misura di un quinto) alle sanzioni amministrative complessivamente irrogate e, quindi, in definitiva, alla offensività della condotta accertata.

Va invece apprezzata l'esplicita previsione, a opera del d.lgs. n. 81/08, della sanzione applicabile in caso di violazione del provvedimento di sospensione (47).

Tra le misure di contrasto al lavoro nero di natura interdittiva merita segnalazione anche la previsione dell'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 81/08, secondo la quale l'adozione del provvedimento di sospensione deve essere comunicata all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e al ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al fine dell'adozione, da parte di quest'ultimo, «di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni e alla partecipazione a gare pubbliche» per un periodo temporale che risulta disciplinato in modo molto più analitico di quanto non accadeva in passato.

4. — *Contrasto al lavoro sommerso e vigilanza* — Nella prospettiva di un efficace contrasto al lavoro sommerso, ruolo centrale va assegnato all'attività di vigilanza, che assume rilievo decisivo nella prospettiva delle sanzioni tanto negative (48) quanto positive (49).

In quanto strumentale all'(eventuale) applicazione di misure repressive, la vigilanza è stata tradizionalmente esercitata da enti pubblici. Peraltro la sussistenza di una pluralità di interessi pregiudicati dal sommerso ha determinato la (non sempre pacifica) concorrenza di soggetti chiamati a vigilare nel settore.

Con riferimento al principale strumento repressivo esaminato deve rilevarsi che l'applicazione della maxisanzione, rimessa, nel testo origi-

(47) L'art. 14, comma 10, prevede, a carico del datore di lavoro, la pena dell'arresto da tre a sei mesi o l'ammenda da 2.500 a 6.400 euro nelle ipotesi di violazione del provvedimento di sospensione adottato per lavoro irregolare.

(48) Correttamente in dottrina è stato osservato come l'effetto deterrente delle sanzioni negative deriva più che dall'astratta previsione della sanzione, dal «rischio concreto della loro applicazione» (V. Pinto, *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, p. 933).

(49) L'attività di vigilanza e controllo è la «precondizione che permette di accertare le irregolarità e quindi di mettere l'impresa sommersa di fronte all'alternativa di accettare il sostegno all'emersione ovvero di subire l'applicazione delle misure repressive» (A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, cit., p. 134).

nario del d.l. n. 12/02, alla competenza dell'Agenzia delle entrate, è stata, a partire dal d.l. n. 223/06, assegnata al solo personale ispettivo del ministero del Lavoro. La legge n. 183/10 ha modificato, anche per il profilo in esame, la precedente formulazione dell'art. 3, d.l. n. 73/02, che, attualmente, al comma 5 prevede come «all'irrogazione delle sanzioni amministrative di cui al comma 3 provvedono gli organi di vigilanza che effettuano accertamenti in materia di lavoro, fisco e previdenza» (50). Fermi restando alcuni dubbi in ordine alla contestabilità della maxisanzione da parte dell'Agenzia delle entrate (51), l'ampliamento dei soggetti legittimati a irrogare la sanzione amministrativa in esame è apprezzabile poiché destinato ad assicurare un più immediato esercizio del potere repressivo (52).

Nonostante tale ampliamento, la vigilanza esercitata dal personale ispettivo del ministero del Lavoro conserva – pure sotto il profilo quantitativo – un ruolo centrale (53). Anche alla luce di tale circostanza non poche perplessità desta il modello di vigilanza che l'esecutivo, sempre più spesso vero garante dell'effettività delle norme (54), promuove da qualche anno.

(50) Resta competente a ricevere il rapporto di cui all'art. 17, legge n. 689/81, la sola Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente.

(51) Sulla base della lettera della norma, il ministero del Lavoro, con la circolare 38/10, ha ritenuto sussistente anche in capo all'Agenzia delle entrate il potere di irrogare la maxisanzione. Con nota protocollo n. 49819/11, tuttavia, l'Agenzia delle entrate ha escluso la propria competenza in materia atteso che la mancata titolarità dei poteri ispettivi in materia di lavoro (in particolare, del potere di diffida ormai esercitabile, secondo quanto detto, anche in caso di maxisanzione) realizzerebbe una disparità di trattamento tra i destinatari del controllo in conseguenza dell'ente che esercita il controllo (i datori di lavoro vigilati dall'Agenzia delle entrate, in particolare, non potrebbero beneficiare dello strumento premiale della diffida). Modificando l'orientamento precedentemente espresso, il ministero del Lavoro, con la nota circolare Prot. n. 25/I/0009117, ha invitato le Direzioni provinciali del lavoro a uniformarsi a tale indirizzo «adottando gli eventuali provvedimenti sanzionatori che scaturiscono dai verbali trasmessi dalla stessa Agenzia».

(52) In passato gli enti preposti alla vigilanza fiscale e previdenziale erano infatti tenuti a trasmettere il verbale di accertamento alla competente Direzione provinciale affinché la stessa provvedesse alla contestazione della sanzione.

(53) L'attività di vigilanza svolta, per l'anno 2011, dal personale ispettivo del ministero del Lavoro è stata pari al 61% del totale dei controlli effettuati in materia di lavoro (ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Attività di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale anno 2011*, Roma, 2012, p. 2).

(54) A. Argirotti, *Teorie del diritto e principio di effettività: esempio di fictio iuris?*, in A. Catania (a cura di), *Dimensioni dell'effettività*, cit., p. 378.

Alla luce dei documenti di programmazione dell'attività di vigilanza (55) succedutisi a partire dal 2009 emerge, infatti, la tendenza a valorizzare in maniera decisa istituti quali la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per crediti patrimoniali (56). Beninteso, non v'è dubbio che tali istituti presentano notevoli potenzialità e sono espressione della tendenza ad assegnare un ruolo nuovo e moderno all'amministrazione statale, chiamata a salvaguardare (in via diretta e in tempi spesso più rapidi di quelli processuali) interessi (prevalentemente patrimoniali) dei lavoratori. Occorre tuttavia rilevare, stante l'indefettibilità di una costante attività di vigilanza «tradizionale», che l'incentivazione di tali nuovi strumenti può essere correttamente promossa solo in presenza di dotazioni organiche in grado di assicurare anche (innanzitutto) elevati livelli (qualitativi, ma, pure, quantitativi) di attività repressiva. A fronte dell'esigua consistenza del personale ispettivo del ministero del Lavoro (57), l'incentivazione degli istituti di cui agli articoli 11 e 12, d.lgs. n. 124/04, comporta, invece, in definitiva, un drastico ridimensionamento dell'attività di repressione (anche) del lavoro sommerso.

Proprio il ridotto numero delle risorse ispettive disponibili impone la valorizzazione – da perseguire anche attraverso un sempre più massiccio impiego delle nuove tecnologie – delle attività di *intelligence*, di programmazione e coordinamento della vigilanza (58). In questo senso

(55) L'importanza di tali documenti ben emerge considerato che essi assumono rilievo, tra l'altro, ai fini della valutazione della dirigenza nonché dell'erogazione della retribuzione legata alla produttività.

(56) Come risulta dalla tabella allegata al documento di programmazione dell'attività di vigilanza per l'anno 2009, nell'ambito del «Progetto qualità» (introdotto proprio a partire dal 2009 al fine di valutare l'attività delle singole Direzioni del lavoro alla luce degli indicatori di presenza, di qualità dell'azione ispettiva e di redditività), alla conciliazione monocratica riuscita è assegnato un punteggio pari a 5, a quella tentata un punteggio pari a 0,5, alla diffida accertativa per crediti patrimoniali un punteggio pari a 4, mentre sono previsti punteggi pari a 3 e a 3,5 in caso, rispettivamente, di applicazione della maxisanzione ovvero di adozione del provvedimento di sospensione *ex art.* 14, d.lgs. n. 81/08.

(57) Il numero di risorse ispettive impiegate nel 2011 è stato pari a 3300 unità (cui vanno aggiunti 423 militari dell'Arma dei Carabinieri) a fronte di oltre due milioni di aziende con dipendenti operanti sul territorio nazionale (ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Attività di vigilanza*, cit., Roma, 2011, p. 2).

(58) Sul coordinamento dell'attività di vigilanza disciplinata dal d.lgs. n. 124/04 si veda, almeno, S. Vergari, *Artt. 2, 3, 4, 5*, in L. Nogler, C. Zoli (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive*, cit., pp. 888 ss.

vanno incoraggiate iniziative quali la stipulazione di protocolli d'intesa tra i diversi enti chiamati a vigilare nel settore e la prevista istituzione del cd. «Portale della vigilanza» (59).

La segnalata necessità di adozione di una strategia ad ampio raggio al fine di fronteggiare il lavoro sommerso ha indotto ormai da tempo il legislatore a introdurre sedi istituzionali, aperte anche a soggetti estranei all'amministrazione, deputate – in una dimensione per la verità non limitata alla mera repressione – al coordinamento delle diverse azioni di contrasto. Non è qui possibile ripercorrere gli interventi normativi che hanno realizzato un'architettura istituzionale complessa e, in alcuni casi, ridondante (60); deve tuttavia rilevarsi come in tali sedi il legislatore ha, correttamente, riservato una significativa partecipazione alle parti sociali. Del resto le organizzazioni sindacali, pur prive – per ovvie ragioni – di poteri sanzionatori assimilabili a quelli riservati ai soggetti pubblici, hanno ormai da tempo assunto un ruolo importante sia nella formulazione di proposte – non infrequentemente, in passato, accolte dal legislatore (61) – di azioni di contrasto al sommerso, sia nell'elaborazione di strumenti in grado di agevolare l'attività di vigilanza.

In tale ultimo senso viene in rilievo non tanto il documento unico di regolarità contributiva (Durec), che ha valenza meramente ricognitiva dell'adempimento degli obblighi contributivi, quanto lo strumento, tecni-

(59) Tale portale è destinato a consentire la circolazione delle informazioni messe a disposizione dagli enti coinvolti nel progetto – a oggi, ministero del Lavoro, Inps e Inail – e l'utilizzo delle stesse per fini di *data mining*.

(60) Volendo brevemente indicare le tappe principali che hanno portato alla realizzazione dell'attuale architettura istituzionale è qui solo possibile segnalare come con l'art. 78, legge n. 448/98, sono stati istituiti il Comitato nazionale per l'emersione del lavoro non regolare (con funzione di analisi e coordinamento delle iniziative), le commissioni regionali e provinciali (con compiti, tra l'altro, di analisi del lavoro irregolare a livello territoriale e di assistenza alle imprese) e il tutore per l'emersione. L'art. 1, d.l. n. 210/02, ha istituito i Comitati per l'emersione del sommerso (Cles), le cui funzioni – originariamente limitate alla valutazione dei piani di emersione progressiva – sono state ampliate dal d.lgs. n. 124/04. L'art. 1, comma 1156, lett. a, legge n. 296/06, ha istituito la Cabina di regia nazionale di coordinamento della lotta al sommerso destinata – per effetto dell'art. 7, d.l. n. 248/07, convertito nella legge n. 31/08 – a esercitare le funzioni già assegnate all'ormai soppresso Comitato nazionale per l'emersione del lavoro non regolare.

(61) In questo senso deve segnalarsi soprattutto come numerose proposte risultanti dalla Piattaforma Cgil-Cisl-Uil contro il lavoro nero del 19 luglio 2006 siano state recepite dal legislatore del 2006 e del 2007.

camente innovativo, degli indici di congruità (62). Tali indici, destinati – in via meramente presuntiva – a definire il rapporto esistente tra il volume di affari dichiarato dal datore di lavoro ai fini dell'Iva e le ore lavorate (63), avrebbero potuto assumere un ruolo importante nella programmazione dell'attività di vigilanza. L'ostilità di alcune organizzazioni datoriali e le difficoltà emerse in sede di concreta elaborazione di tali strumenti (64) hanno tuttavia comportato, mutata la maggioranza parlamentare, l'abrogazione, a livello nazionale, degli indici di congruità (65).

Nonostante le alterne fortune delle iniziative delle parti sociali, occorre ribadire l'importanza del coinvolgimento delle organizzazioni sindacali – detentrici di fondamentali conoscenze in ordine alle differenti realtà produttive territoriali, nonché, sovente, primo avamposto del controllo dei comportamenti datoriali – nel contrasto al lavoro sommerso.

5. — *Conclusioni* — Si è detto come nell'ambito dell'articolata strategia di contrasto del lavoro sommerso un ruolo centrale è assunto dagli strumenti sanzionatori di tipo deterrente; si è anche osservato come l'esigenza di un contrasto effettivo del sommerso impone l'adozione di una prospettiva che non sia limitata al solo dover essere, alla norma come astrattamente formulata, ma che valorizzi anche la dimensione dell'essere, dell'effettiva applicazione, cioè, della norma.

Ne deriva che il controllo del comportamento datoriale deve essere esercitato tanto attraverso la predisposizione di un equilibrato regime sanzionatorio quanto mediante un'efficace attività di vigilanza.

Con riferimento al primo aspetto, l'*excursus* normativo sin qui condotto consente di rilevare come, per la prima volta, il legislatore del 2006 ha delineato un sistema di sanzioni amministrative che, adeguatamente modulato rispetto alla repressione penale, risulta improntato a completezza e rigore.

Senza dubbio l'entità della maxisanzione quale disciplinata all'art. 36-

(62) Recependo un proposta contenuta nella Piattaforma Cgil-Cisl-Uil contro il lavoro nero del 19 luglio 2006, il legislatore statale ha disciplinato gli indici di congruità all'art. 1, commi 1173 e 1174, legge n. 296/06.

(63) Così V. Pinto, *Sanzioni promozionali*, cit., p. 940, cui si rinvia anche per l'approfondimento della natura giuridica degli indici di congruità.

(64) M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., pp. 78 e 84.

(65) Art. 39, comma 10, lett. n, d.l. n. 112/08, convertito nella legge n. 133/08. Né migliore fortuna hanno avuto le iniziative regionali intraprese in materia di indici di congruità. Per una sintetica rassegna di tali iniziative e per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., pp. 78 ss.

bis, d.l. n. 223/06, è indice di una tolleranza zero nei confronti dell'impiego di lavoratori in nero. Apprezzabilmente, il legislatore del 2006 non si è tuttavia limitato a far proprio un approccio meramente repressivo, ma, attraverso un'importante innovazione sistematica, ha disciplinato uno strumento (la sospensione dell'attività imprenditoriale e la relativa revoca) destinato ad assumere una formidabile efficacia compulsiva nel senso del ripristino della legalità violata (66).

Il quadro sanzionatorio delineato dal legislatore del 2006 è stato, come visto, oggetto di interventi di «assestamento» che, in modo non sempre condivisibile, ne hanno attenuato l'originario rigore. Profondamente criticabile risulta soprattutto l'esclusione del lavoro autonomo dall'ambito di operatività della maxisanzione; la diffusione del sommerso anche nell'area del lavoro autonomo, l'opportunità di non incrementare il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro e la necessità, sotto il profilo sistematico, di ripristinare un omogeneo ambito di operatività tra maxisanzione e sospensione dell'attività imprenditoriale, impongono di superare il riferimento alla sola subordinazione contenuto nell'attuale testo dell'art. 3, legge n. 73/02.

De iure condendo va anche segnalato come sia auspicabile, al fine di differenziare la reazione nei confronti del contravventore abituale e di quello solo occasionale, l'introduzione di meccanismi tesi ad accentuare – già prima dell'ordinanza ingiunzione (67) – il rigore repressivo per le ipotesi di accertata recidiva (pur nella consapevolezza di come sarebbe in tal senso necessario potenziare gli strumenti informatici attraverso i quali rilevare un pregresso accertamento nei confronti del medesimo datore di lavoro). Nei confronti del contravventore occasionale potrebbe infine essere opportuno, pure in considerazione della contingente situazione economica, introdurre la possibilità della rateizzazione della sanzione in misura ridotta contestata ai sensi dell'art. 16, legge n. 689/81 (68).

(66) I dati resi noti dal ministero del Lavoro sono eloquenti. Come risulta dai rapporti annuali sull'attività di vigilanza per gli anni 2009, 2010 e 2011, infatti, nel 2009 è stato revocato il 77% dei provvedimenti di sospensione (pari a 4770), nel 2010 è stato revocato il 79% dei provvedimenti di sospensione (pari a 7651), mentre nel 2011 la percentuale di provvedimenti di revoca è stata dell'87% (a fronte di 8564 provvedimenti di sospensione).

(67) La recidiva può sicuramente essere valorizzata in sede di quantificazione della sanzione ai sensi dell'art. 11, legge n. 689/81.

(68) Attualmente, come noto, la rateizzazione è, ai sensi dell'art. 26, legge n. 689/81, ammessa solo a fronte dell'ordinanza-ingiunzione (che, tuttavia, di regola, impone il pagamento di una somma maggiore – o, almeno, uguale – rispetto a quella dovuta ai sensi dell'art. 16, legge n. 689/81).

Ferma restando la perfettibilità del vigente quadro sanzionatorio, non può nascondersi come il maggior limite dell'attuale sistema di contrasto del lavoro sommerso va rinvenuto non tanto nelle previsioni normative astrattamente intese, quanto nell'apparato amministrativo preposto a garantire l'effettiva applicazione delle norme.

La ridotta consistenza degli organici ispettivi è tale da non consentire il contrasto adeguato di un fenomeno, quale quello del lavoro sommerso, che, in Italia, presenta dimensioni particolarmente ampie (69). Purtroppo la diffusa percezione della pubblica amministrazione quale complesso organizzativo fonte solo di spesa da ridurre (70) non lascia presagire, almeno nel breve periodo, un incremento del numero degli addetti alla vigilanza in materia di lavoro; ciò nonostante il sistema della vigilanza sia ampiamente in grado di autofinanziarsi (71).

Proprio alla luce del numero delle risorse ispettive disponibili non possono non ribadirsi le perplessità già manifestate in ordine alla forte incentivazione di istituti, quali la conciliazione monocratica e la diffida accertativa per crediti patrimoniali. Incoraggiare, invariati gli organici ispettivi, tali istituti equivale infatti a ridurre in modo drastico la repressione del lavoro sommerso.

Né è possibile ritenere che il decrescente numero di ispettori possa essere (integralmente) compensato da una più efficace programmazione della vigilanza. Beninteso, il rafforzamento del *network* delle amministrazioni preposte al contrasto del sommerso e l'implementazione – anche mediante il coinvolgimento delle parti sociali – di strumenti idonei a meglio indirizzare il controllo pubblico sono iniziative meritevoli e, se adeguatamente portate avanti, idonee ad assicurare risultati importanti. Fermo restando che, anche sotto tale profilo, negli ultimi anni si è assistito a scelte non condivisibili (72), va osservato come il nume-

(69) R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, 2007, pp. 49 ss.

(70) Proprio il contenimento della spesa pubblica sembra essere alla base – anche – del recente d.P.R. n. 144/2011 («Regolamento recante la riorganizzazione del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali»).

(71) Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Attività di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale anno 2011*, Roma, 2012, p. 5.

(72) Basti pensare al declino delle iniziative – statali e regionali – in materia di indici di congruità o alla sempre più limitata valorizzazione della Cabina di regia nazionale di coordinamento della lotta al lavoro sommerso (sul punto si veda M. Barbieri, *L'intervento comunitario*, cit., p. 84).

ro dei controlli (più ancora – per certi versi – del numero delle sanzioni adottate) costituisce fondamentale fattore di deterrenza in quanto aumenta la percezione del rischio di incorrere nella contestazione di sanzioni. Di qui le preoccupazioni per la riduzione del numero delle ispezioni; preoccupazioni che sono destinate, se possibile, ad aumentare ove si tengano presenti le sempre maggiori difficoltà che le organizzazioni sindacali incontrano nell'esercizio del proprio ruolo di avamposto del controllo datoriale.

Quanto detto induce a ritenere che, stante l'attuale quadro sanzionatorio (perfettibile, ma, nel complesso, adeguato), il contrasto effettivo al lavoro sommerso mediante sanzioni deterrenti passa innanzi tutto per l'incremento delle risorse da destinare alla vigilanza; solo tale incremento appare destinato ad assicurare la traduzione della norma in fatto. In questo senso decisiva sarà, nel prossimo futuro, l'azione dell'esecutivo che, come osservato, sempre più spesso è primo, vero garante del principio, politico, di effettività.

Domenico Garofalo (*)

PROFILI GIURISPRUDENZIALI DEL LAVORO NERO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La prova della sussistenza del rapporto di lavoro in nero. — 3. Lavoro nero, prova e flessibilità. — 4. Il regime prescrizione dei crediti del lavoratore irregolare in aziende a tutela reale. — 5. Il regime prescrizione dei contributi. — 6. L'opponibilità del maggior trattamento economico erogato come «corrispettivo» dell'omissione contributiva alle pretese retributive e risarcitorie del lavoratore. — 7. Extracomunitari e lavoro nero. — 8. Il lavoro irregolare come fonte di responsabilità per il lavoratore. — 9. Dal lavoro nero «imposto» al lavoro nero «preteso»: quale tutela?

1. — *Premessa* — Il lavoro irregolare costituisce un fenomeno sociale e giuridico che si sostanzia nell'inosservanza, totale o parziale, delle norme inderogabili da parte del datore di lavoro (1), talvolta in accordo con il lavoratore (2).

Tale fenomeno, e più in generale quello dell'economia sommersa, ha raggiunto dimensioni preoccupanti (3), tanto da indurre il legislatore ad adottare misure progressivamente più aspre per tentare di contrastarlo, unitamente ad alcune procedure funzionali a farlo emergere (4) e all'azio-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari «Aldo Moro».

(1) A. Federici, *Lavoro irregolare e omissione contributiva*, Halley, Matelica, 2006, p. 33.

(2) A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 2.

(3) Per alcune sintetiche riflessioni sulla differenza tra economia sommersa, sommerso d'azienda e sommerso di lavoro v. M. Thione, M. Silvani, *Il contrasto al «sommerso di lavoro»*, in *Il Fisco*, fasc. n. 1, 2007, pp. 1545 ss.; M. Thione, *Il «lavoro sommerso»*, *ivi*, pp. 4900 ss. Su lavoro sommerso ed emersione, nonché sulle tutele dei lavoratori e i poteri degli enti previdenziali, v. F. Buffa, *Lavoro nero*, Giappichelli, Torino, 2008. Sui criteri per la misurazione del lavoro nero si segnala una recente ricerca su iniziativa della Direzione generale Occupazione, affari sociali e pari opportunità dell'Ue, che propone di utilizzare, a fini statistici, il cd. metodo di *labour input*, integrato attraverso un utilizzo dei dati amministrativi ufficiali relativi alla previdenza.

(4) Sulle politiche finalizzate alla lotta al lavoro sommerso, con una particolare attenzione al «caso Calabria», si rinvia ad A. Viscomi (a cura di), *Questioni su lavoro*

ne sinergica dei soggetti istituzionalmente preposti a ostacolarne il radicamento (5). Sicuramente si tratta di un fenomeno meritevole di attenzione per gli effetti che produce a livello sociale ed economico (fiscale e contributivo) (6), contraddistinto da una certa disomogeneità per settori (7), territori e specializzazioni delle attività produttive coinvolte (8).

Non desta, pertanto, meraviglia che al contrasto a tale fenomeno il legislatore abbia riservato una frequente attenzione, come dimostra da ultimo la revisione della cd. maxisanzione e di altri istituti connessi (9),

sommerso e politiche di sviluppo locale, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008. Guarda con scetticismo a queste misure M. Seri, *Nuova sanzione contro il lavoro sommerso*, in *Il Fisco*, 2003, p. 15137. Peraltro, la finalità punitiva potrebbe produrre effetti paradossali su quel diritto al lavoro, ex art. 4 Cost., che intenderebbe indirettamente tutelare, nonché sulla libertà di impresa, ex art. 41 Cost., nella misura in cui l'entità della sanzione potrebbe compromettere la liquidità del datore di lavoro al punto tale da indurlo alla cessazione dell'attività, se non addirittura determinarne il fallimento (L. Bellini, *Le sanzioni per l'impiego di lavoratori dipendenti non registrati sui documenti obbligatori, previste dall'art. 3, comma 3, della legge n. 73/2002*, in *Il Fisco*, fasc. 1, 2004, pp. 2358 ss., spec. p. 2360). Il favor alla regolarizzazione del lavoro sommerso, testimoniato anche dalla procedura disciplinata dalla legge n. 296/2006, non si spinge, però, fino al riconoscimento dei lavoratori emersi come neo-assunti, escludendosi pertanto il diritto ai benefici contributivi ex art. 8, comma 9, legge n. 407/1990 (in tal senso v. nota del ministero del Lavoro 9 giugno 2010, Prot. n. 25/I/0010262, risposta a interpello n. 18/2010). Sulla facoltatività dell'emersione dei lavoratori irregolari non identificati in sede di accesso ispettivo v. nota del ministero del Lavoro 6 luglio 2010, Prot. n. 25/I/0011629, risposta a interpello n. 29/2010).

(5) In tale solco si colloca la convenzione per la cooperazione fra comandi provinciali della Guardia di finanza e Direzioni provinciali del lavoro per il contrasto ai fenomeni di criminalità connessi allo sfruttamento del lavoro e all'occupazione illegale dei lavoratori, di cui alla nota del ministero del Lavoro del 26 ottobre 2010, Prot. 25/SEGR/0018228/MA008.A001.

(6) Sul punto v. B. Aiudi, *Lavoro nero. Ammessa la prova del rapporto*, in *Il Fisco*, fasc. n. 1, 2005, pp. 3903 ss.; C. Alzetta, D. Placido, *Le sanzioni per il «lavoro sommerso»*, *ivi*, 2006, pp. 6539 ss.

(7) Per un approfondimento sul lavoro irregolare in agricoltura e sulla sua emersione v. B. Ascari, *Lavoro «nero» nei campi*, in *Il Fisco*, 2003, pp. 1159 ss.

(8) A riguardo v. R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in Aa.Vv., *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 49 ss.

(9) Nello specifico, vengono riformulate le disposizioni contenute nell'art. 3, d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, conv. in legge 23 aprile 2002, n. 73, sulla cd. maxisanzione contro il lavoro irregolare, anche al fine di rendere coerente la disposizione rispetto alla semplificazione *medio tempore* intervenuta con le comunicazioni telematiche e l'introduzione del Libro unico, nonché rispetto alle novità introdotte dallo stesso Collegato lavoro in materia di attività ispettiva, attraverso l'integrale

a opera dell'art. 4, legge 4 novembre 2010, n. 183, cd. Collegato lavoro 2010 (10).

Ma se ricca e sistematica è la riflessione sul contrasto al fenomeno sul piano legislativo e amministrativo, altrettanto non può dirsi per quanto riguarda la tutela del lavoratore irregolare a livello giudiziario, pur se la stessa presenta una sua peculiarità per i vari problemi connessi al lavoro nero.

Il primo attiene alla prova della sussistenza del rapporto di lavoro, che in taluni casi può essere supportata dagli accertamenti effettuati dal personale di vigilanza competente a constatare le violazioni in materia fiscale, lavoristica e previdenziale.

In qualche modo connesso a tale problema è quello del ricorso a fattispecie che dissimulano un reale rapporto di lavoro dipendente; si pensi al lavoro autonomo, ovvero ai tirocini entrambi fraudolentemente utilizzati per mascherare prestazioni di lavoro subordinato (11).

Ulteriore problematica degna di nota, poi, attiene al regime prescrizione dei crediti del lavoratore irregolare, specie ove questi sia impiegato in aziende rientranti nell'ambito di applicazione della cd. tutela reale. Sul versante della tutela previdenziale vanno considerate le ricadute della mancata costituzione del rapporto di lavoro rispetto a prestazioni a sostegno del reddito del lavoratore, ovvero a quelle pensionistiche.

Una riflessione a parte va svolta con riferimento all'area del lavoro

riformulazione dell'art. 13, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124. In sintesi, le novità più significative, rispetto al precedente impianto, riguardano l'ambito di applicazione, nonché l'entità delle sanzioni e la possibilità di evitarle, provando la volontà di non voler occultare il rapporto. Il Collegato lavoro incide altresì sulla competenza a irrogare le sanzioni e sulle procedure di assunzione nel settore turistico, sovente caratterizzato da esigenze del tutto peculiari sotto il profilo temporale.

(10) Con riferimento alle misure sanzionatorie del lavoro nero si è parlato di «accanimento esagerato» (M. Seri, *op. cit.*, p. 15137) e di eccessivo «rigore» (R. Dominici, *Il Commento*, nota a Comm. trib. prov. Bologna 14 aprile 2004, n. 49, ord., in *Corr. trib.*, 2004, pp. 2366 ss., spec. p. 2368), sostenendosi che il fenomeno è stato sovente combattuto in modo anacronistico, pensando «alla lotta all'irregolarità in termini di assalti all'arma bianca degli ispettori», secondo l'incisiva metafora utilizzata da M. Parisi, *Sommerso, solo due mesi per sanare*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 luglio 2007, p. 31. Tali voci critiche hanno formulato l'invito a puntare l'attenzione su altri fenomeni parimenti deplorabili dal punto di vista contabile e ad attingere a strumenti non necessariamente sanzionatori (v. ancora M. Seri, *op. cit.*, spec. p. 15137).

(11) In funzione di contenimento del ricorso ai tirocini v. l'art. 11, legge n. 148/2011.

degli extracomunitari, vista la diffusione del lavoro nero nell'impiego degli stessi, specie in agricoltura.

Infine, merita di essere esaminato un aspetto sovente in ombra nelle analisi in materia di lavoro sommerso, e cioè l'irregolarità della posizione lavorativa del dipendente per scelta di quest'ultimo, specie ove ciò sia funzionale alla contemporanea fruizione di prestazioni di sostegno al reddito, come l'indennità di mobilità o di disoccupazione, ovvero al livellamento verso il basso del cd. Isee, parametro elettivo per l'ammissione a un'ampia serie di prestazioni socio-assistenziali, ovvero ancora per la percezione di assegni di mantenimento a seguito di separazione o di divorzio.

All'analisi di tali problematiche ci si avvicina con l'obiettivo di verificare se le soluzioni per ognuna adottate tengano conto della peculiarità del fenomeno oppure se ne prescindano, pervenendo quindi a risultati insoddisfacenti, se non proprio abnormi.

Al lavoratore in nero, sovente il giudice del lavoro, con un'esasperata e formalistica applicazione dell'art. 2697, comma 1, cod. civ., sull'onere della prova, risponde che non ha provato l'esistenza del rapporto (perché magari lavorava solo tra quattro mura), o, peggio ancora, che non ne ha provato la natura subordinata, in tal modo premiando chi sfrutta il lavoro nero e mortificando anche l'interesse pubblico a che ciò non avvenga.

2. — *La prova della sussistenza del rapporto di lavoro in nero* — L'impiego di manodopera in nero, come testé detto, pone il problema della prova della sussistenza del rapporto di lavoro, da non confondere con quello diverso della qualificazione giuridica di un rapporto sostanzialmente subordinato, ma formalmente qualificato come autonomo. Infatti, in tale ultima ipotesi si è al di fuori dell'area del lavoro sommerso o irregolare (12), sebbene non vadano trascurati taluni effetti previdenziali e fiscali non dissimili da quelli prodotti dal lavoro sommerso, e quindi fonte di evasione contributiva e fiscale.

Il lavoratore sommerso dal punto di vista processuale è tenuto prima di tutto a chiedere in giudizio l'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro; il *petitum* consiste nella dichiarazione della effettiva esistenza del rapporto.

(12) Sembra essere di diversa opinione A. Federici, *op. cit.*, p. 37, che riconduce anche l'ipotesi della diversa qualificazione giuridica del rapporto all'area del lavoro sommerso.

Una volta che il giudice abbia accertato la presenza del lavoratore in azienda e il suo impiego in attività lavorativa onerosa, con materiali e attrezzature proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte, si realizza una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro contrastare, mediante prova contraria, come evidenziato dalla giurisprudenza (13).

Invero, il ricorso alla presunzione di subordinazione non è una soluzione riconducibile esclusivamente all'elaborazione giurisprudenziale, atteso che tracce di essa sono rinvenibili anche a livello normativo, come si può evincere dall'art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, che considera i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, come rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto; ovvero analizzando la disciplina della cd. maxisanzione, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro intenda giustificare la presenza in azienda di un lavoratore, invocando la fattispecie del lavoro autonomo *ex art. 2222 cod. civ.*, per il quale, come è noto, non vi sono adempimenti coevi alla instaurazione del rapporto. A tale ultimo riguardo, si è sostenuto da parte del ministero che il datore di lavoro debba comprovare l'autonomia del rapporto attraverso idonea documentazione, quale l'iscrizione alla camera di commercio; il possesso di partita Iva (14); valida documentazione fiscale (versamento della ritenuta d'acconto) precedente all'accertamento ispettivo; registrazione del contratto presso l'Agenzia delle entrate; iscrizione presso la gestione separata Inps, ove superato il reddito annuo di 5.000 euro; presentazione del mod. 770 (15); in relazione, poi, a

(13) Corte d'App. Firenze 15 gennaio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, II, pp. 476; Cass., Sez. lav., 6 settembre 2007, n. 18692, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 377, con nota di Avondola, *La figura social-tipica di lavoratore subordinato: un «ritorno al futuro»*.

(14) Cfr. V. Lippolis, *Lavoro, maxisanzione a dieta*, in *ItaliaOggi*7, 22 novembre 2010, p. 14, ritiene che in modo approssimativo il ministero citi fra la documentazione probatoria l'iscrizione alla Camera di commercio o il possesso di partita Iva, con riferimento ai lavoratori autonomi occasionali, atteso che quegli adempimenti servono esclusivamente a chi svolga in modo professionale e in via continuativa un'attività di lavoro autonomo. Adesivamente, M. Pagano, *Misure contro il lavoro sommerso. La nuova maxisanzione del collegato lavoro*, in *www.dplmodena.it*, 6-7. Ascrive a refusi i riferimenti ai documenti poc'anzi citati A. Millo, *Il ministero fornisce le prime indicazioni sulle nuove misure di contrasto al «lavoro nero»*, in *Il mondo paghe*, 2010, n. 12, pp. 43 ss., pp. 44-45.

(15) V. Lippolis, *ibidem*.

specifiche categorie, si richiede il certificato di agibilità all'Enpals per il lavoratore autonomo esercente attività musicale; i corsi di formazione ai quali sono avviati i soggetti adibiti ad attività di *steward*; e infine, l'iscrizione in apposito albo prefettizio dei *bodyguard* (16).

In mancanza di tali adempimenti, e/o documenti, il rapporto va ricondotto nell'area del lavoro subordinato irregolare con applicazione della maxisanzione (17).

3. — *Lavoro nero, prova e flessibilità* — Al lavoro nero si accompagna sovente il fenomeno della prova, nel senso che il primo viene utilizzato in alternativa alla seconda, la cui durata la contrattazione collettiva continua a determinare in misura decisamente esigua, quasi mai attingendo al limite fissato dalla legge in mesi sei (art. 10, legge n. 604/1966). Volendo saggiare l'attitudine professionale, ma anche comportamentale del neo-assunto in un periodo che non agevoli «finzioni», il datore di lavoro ricorre al lavoro nero. L'*escamotage*, ove approdi nelle aule giudiziarie, è destinato ovviamente a franare al cospetto degli obblighi di denuncia e di assicurazione posti a carico del datore di lavoro, oltre che del vincolo formale previsto dall'art. 2096 cod. civ., sicché un lavoratore in prova a nero, ove dimostri l'esistenza del rapporto, sarà considerato a tempo indeterminato *ab initio*; soluzione a cui nulla può obiettarsi se non auspicare un allungamento della durata del periodo di prova a opera della contrattazione collettiva, bilanciato da un aggravamento dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro circa le cause che hanno determinato il mancato superamento della prova. In tal modo sparirebbe una fetta (invero non consistente) di lavoro nero.

Altrettanto ricorrente è il fenomeno del lavoro nero che evolve in una tipologia di lavoro flessibile, riconducendo, ai fini della nostra analisi, in questa area tutto ciò che non è lavoro subordinato a tempo indeterminato e pieno. A livello sanzionatorio, il legislatore ha avuto un occhio di riguardo verso tale ipotesi, prevedendo l'applicazione della cd. mini-sanzione (18). Non altrettanto avviene sul piano del rapporto di lavoro, immolandosi la scelta negoziale, pur se astrattamente legitti-

(16) Per una disamina degli adempimenti e/o dei documenti, la cui esistenza esclude la non genuinità delle collaborazioni occasionali, v. U. Ranucci, *Il rapporto di lavoro occasionale autonomo non genuino: poteri accertativi e sanzionatori dell'ispettore del lavoro*, in *Boll. Adapt*, n. 27/2010.

(17) Vedi circ. ministero del Lavoro 12 novembre 2010, n. 38.

(18) V. l'art. 3, comma 3, d.l. 22 febbraio 2002, conv. in legge 23 aprile 2002, n. 73, come sostituito dall'art. 4, comma 1, lett. a, legge n. 183/2010.

ma perché ne ricorrevano i presupposti, sull'altare del vincolo formale che caratterizza la flessibilità, e che deve precedere l'instaurazione del rapporto di lavoro, la cui violazione discende automaticamente dal pregresso rapporto a nero. Soluzioni alternative a quest'ultima non se ne intravedono, non fosse altro che per la considerazione che sovente le scelte datoriali sono fatte all'insegna dell'illogicità, sol che si consideri che spesso costa di più un lavoratore in nero rispetto a uno regolare e flessibile per gli incentivi fruibili (si pensi all'apprendistato).

4. — *Il regime prescrizione dei crediti del lavoratore irregolare in aziende a tutela reale* — Alla giurisprudenza della Corte Costituzionale (19) si deve la realizzazione di «una originale operazione di politica del diritto» (20), con l'affermazione del principio della limitata disponibilità dei diritti dei lavoratori, colmando una lacuna della disciplina codicistica (21), ove i diritti dei lavoratori non erano affatto salvaguardati sotto questo profilo (22).

L'introduzione di forme di garanzia di stabilità del rapporto ha indotto la Corte Costituzionale a rivedere la propria posizione (23), ritenendo legittima la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto ogni volta che lo stesso sia caratterizzato dalla stabilità e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione (24).

(19) Vd. Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, in *www.giurcost.org*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, cod. civ., «limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro».

(20) E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2010, p. 241.

(21) La dottrina ha più volte sollecitato interventi normativi in grado di mettere ordine in modo organico in tema di prescrizione dei crediti di lavoro, e in tal senso cfr. S. Centofanti, *Linee di riforma in materia di prescrizione di crediti di lavoro*, in *q. Riv.*, 1987, I, pp. 67; C. Zoli, *Eccezioni alla regola della decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro: i nodi vengono al pettine*, nota a Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, pp. 429 ss; B. Iacono, *Stabilità e prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, pp. 63 ss.

(22) E. Ghera, *op. cit.*, p. 241.

(23) Cfr. G. Pera, voce *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Digesto sez. comm.*, vol. XI, Utet, Torino, 1995, pp. 216 ss.; A. Maresca, voce *Prescrizione, II) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, 1991; S. Centofanti, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Esi, Napoli, 1987.

(24) Cfr. Corte Cost. 13 novembre 1969, n. 143, in *www.giurcost.org*, con riferimento al pubblico impiego, anche se, secondo E. Ghera, *op. cit.*, p. 243, nota 42, dopo la cd. privatizzazione del pubblico impiego il principio in questione andreb-

Si deve, invece, alla giurisprudenza di legittimità l'applicazione del principio enunciato nel 1966 dal giudice delle leggi non solo ai lavoratori con una serie di contratti a termine stipulati in modo fraudolento (25), ma anche ai lavoratori in nero, sul presupposto che la stabilità reale, che consente il decorso della prescrizione quinquennale dei crediti del lavoratore in corso di rapporto, va verificato avendo riguardo al suo concreto atteggiarsi e alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo svolgimento, dipendendo da ciò l'esistenza o meno di un'effettiva situazione psicologica di *metus* del lavoratore, e non già alla diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente *ex post*, riconosce applicabili con effetto retroattivo per il lavoratore (26).

Tale principio è stato applicato a maggior ragione ai lavoratori irregolari, i quali, anche se dovessero dipendere da datori di lavoro assoggettati alla tutela reale, comunque vedrebbero iniziare a decorrere il termine di prescrizione dei propri crediti retributivi solo dalla fine del rapporto. Infatti, la loro debolezza è riconducibile all'assenza di tutela assicurativa e previdenziale e di qualsiasi formale riconoscimento della loro condizione di lavoro, aggravata da oneri probatori sovente complicati, che determinano il timore di non poter esercitare in modo pieno i propri diritti, per il rischio di una cessazione del rapporto.

Sostanzialmente, l'assenza di certezze sulla possibilità che il lavoratore irregolare possa attingere a un regime di tutela «forte» contro il li-

be probabilmente rivisto; Corte Cost. 28 aprile 1971, n. 86, e Corte Cost. 21 maggio 1975, n. 115, entrambe in www.giurcost.org, quanto agli enti pubblici economici; Corte Cost. 12 dicembre 1972, n. 174, *ivi*, quanto ai dipendenti da aziende in tutela reale.

(25) Cfr. Cass. 19 aprile 1991, n. 4220, in *Foro it.*, 1991, I, cc. 2404; conforme Cass. 16 giugno 1987, n. 5303, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 287, con nota di R. Altavilla, *Successione di contratti a termine e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi derivanti dall'esistenza di un unico ed unitario rapporto a tempo indeterminato*; *contra*, Cass., 14 maggio 1991, n. 5344, in *Mass. giur. lav.*, 1991, pp. 442.

(26) Cass., Sez. lav., 6 luglio 2002, n. 9839, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Prescrizione e decadenza* [5110], n. 70; Cass., Sez. lav., 6 luglio 2002, n. 9839, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1148; Cass., Sez. lav., 23 aprile 2002, n. 5934, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 678; Cass., Sez. lav., 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1027; Cass., Sez. lav., 14 ottobre 2000, n. 13722, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)* [3890], n. 2040; Cass., Sez. lav., 10 aprile 2000, n. 4520, in *Lav. giur.*, 2000, p. 61; per una posizione sostanzialmente difforme, cfr., però, Cass., Sez. lav., 2 luglio 1999, n. 6852, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Prescrizione e decadenza* [5110], n. 29.

cenziamento determina la decorrenza della prescrizione a partire dalla cessazione del rapporto.

Ovviamente, su tale ormai pacifica e consolidata conclusione non potranno non incidere le modifiche in arrivo sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, orientate a restringere l'area di operatività della tutela reale e ad allargare quella della tutela obbligatoria (cioè meramente risarcitoria), pur se con un assetto del regime prescrizioneale, non definito *ex ante* (in base al numero dei lavoratori impiegati), ma definibile *ex post* (in base alla tutela accordata, differenziata per fattispecie estintiva). Probabilmente tale nuovo assetto normativo potrebbe determinare il venir meno del doppio regime di decorrenza della prescrizione, facendo rivivere il regime unico introdotto dalla Corte Costituzionale nel 1966 (27).

5. — *Il regime prescrizioneale dei contributi* — La condivisione del medesimo momento genetico e lo sviluppo sostanzialmente parallelo tra il rapporto giuridico previdenziale e quello lavorativo, a prescindere dalla ufficiale denuncia della loro esistenza agli organi previdenziali o amministrativi competenti (28), non incide sull'autonomia del primo rispetto al secondo, tanto da lasciare impregiudicate le pretese degli istituti previdenziali sui propri crediti contributivi, ove il datore di lavoro e il lavoratore intendano risolvere la controversia inerente al rapporto di lavoro in nero mediante transazione novativa (29).

Il credito dell'ente previdenziale soggiace, com'è noto, a un regime di prescrizione parzialmente difforme da quello civilistico, atteso che la prescrizione già maturata è sottratta alla disponibilità delle parti, ai sensi del comma 9 dell'art. 3, legge n. 335/1995, operante per ogni forma di assicurazione obbligatoria, e che, in forza del successivo comma 10 dello stesso articolo, si applica anche per i contributi maturati prima dell'entrata in vigore della suddetta legge; la prescrizione, inoltre, operando di diritto, può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, cosicché la relativa eccezione non rientra fra quelle la cui proposizione per la prima volta in appello è vietata dal comma 2 dell'art. 437 cod. proc. civ.

Il legislatore ha adottato una disciplina *ad hoc* della prescrizione dei contributi successivi alla data di entrata in vigore della legge n. 335/1995

(27) Vd. Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, cit.

(28) Cfr. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 252 ss., secondo cui il rapporto giuridico previdenziale trova soltanto l'occasione in quello di lavoro.

(29) M. Cinelli, *op. cit.*, pp. 252 ss.

(17 agosto 1995) (30), che ha unificato a cinque anni i termini di prescrizione di tutte le contribuzioni previdenziali e assistenziali, «fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate (31) nel rispetto della normativa preesistente» (32), nel qual caso il termine di prescrizione per la contribuzione Ivs resta quello decennale (33).

A tal proposito giova segnalare che la giurisprudenza è stata chiamata a individuare sia gli «atti interruttivi già compiuti», quindi idonei a mantenere il regime di prescrizione antecedente la riforma del 1995, sia il termine entro il quale l'atto in questione consente di realizzare tale vantaggioso effetto.

Con riferimento al primo aspetto, sono stati ritenuti idonei anche gli atti interruttivi compiuti dal debitore a norma dell'art. 2944 cod. civ. (riconoscimento del debito) (34), non sussistendo valide ragioni per di-

(30) Vd. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 257. In giurisprudenza, v. Cass., Sez. lav., 24 ottobre 2008, n. 25759, in *Guida dir.*, 2008, n. 45, p. 60, nonché Cass., Sez. lav., 16 aprile 2010, n. 9169, in *Dir. e giust.*, 2010, secondo cui l'atto interruttivo, se avanzato dopo l'entrata in vigore della legge n. 335/1995 (il 17 agosto 1995) ma prima del 31 dicembre 1995, consente di mantenere il termine di prescrizione decennale e non quinquennale.

(31) Ai sensi dell'art. 3, legge n. 335/1995, per «procedure iniziate» si intendono anche quelle che, pur non richiedendo l'instaurazione del contraddittorio con il debitore, si concretano comunque in una serie di atti finalizzati inequivocamente al conseguimento della pretesa creditoria. Ne consegue che per procedure «iniziate nel rispetto della normativa previgente» si intendono anche quelle i cui atti di accertamento non recano né una precisa identificazione, né la quantificazione del credito (Cass., Sez. lav., 8 settembre 2006, n. 19282, in *Orient. giur. lav.*, 2006, p. 691); inoltre, tra le «procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente» rientra il verbale di accertamento per il recupero dell'evasione contributiva, sicché, in relazione a tale iniziativa dell'Inps, i crediti azionati restano assoggettati al termine decennale di prescrizione, rimanendo così esclusa l'estinzione del debito relativo ai premi dovuti afferenti al decennio antecedente alla data del verbale (Cass., Sez. lav., 7 gennaio 2009, n. 46, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 1, p. 13). Per contro, non riveste i requisiti della «proceduta iniziata» una richiesta di informazioni diretta a diversa amministrazione, risolvendosi essa in un atto interno con effetti neutri (Cass., Sez. lav., 12 dicembre 2008, n. 29261, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 12, p. 1771).

(32) Vd. art. 3, comma 10, legge n. 335/1995.

(33) Vd. art. 41, legge n. 153/1969.

(34) Si fa riferimento alla presentazione tardiva del modello DM/10 da parte del datore di lavoro, come precisato da Cass., Sez. lav., 16 aprile 2010, n. 9169, cit., e ancor prima da Cass., Sez. lav., 16 maggio 2007, n. 11273, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 5. Giova a ogni modo segnalare, invece, che l'atto indirizzato al lavoratore, con il quale il datore di lavoro riconosce il debito contributivo, non ha efficacia

stinguere tale ipotesi da quelle previste dall'art. 2943 cod. civ., anche perché la norma dell'art. 3, comma 10, legge n. 335/95, fa riferimento generico ad «atti interruttivi già compiuti», senza ulteriori specificazioni. Analoga idoneità a interrompere la prescrizione del credito contributivo dell'Istituto di previdenza è stata attribuita all'atto stragiudiziale (semplice dichiarazione) che, esplicitamente o per implicito, manifesti l'intenzione di esercitare il diritto spettante, purché nell'atto stesso il credito sia individuato in conformità alla disciplina generale di cui agli artt. 2943-2945 cod. civ. (35).

Al contrario, la giurisprudenza ha dichiarato l'inidoneità degli atti di iniziativa presi da soggetti diversi dall'ente previdenziale, quali la lettera di diffida dell'Ispettorato del lavoro per la regolarizzazione del lavoratore (36), ovvero, l'ordinanza ingiunzione relativa a sanzioni amministrative e il verbale ispettivo dell'Ispettorato del lavoro (37). La notifica di quest'ultimo non è idonea a interrompere i termini di prescrizione, peraltro, neanche nell'ipotesi in cui gli ispettori verbalizzanti abbiano quantificato un ipotetico debito contributivo derivante dalle violazioni o irregolarità accertate, in quanto in tal caso comunque prevale il principio della inefficacia dell'atto interruttivo proveniente da un Ente diverso (Ispettorato del lavoro) rispetto a quello effettivamente titolare del credito contributivo (Inps) (38). Infine, la giurisprudenza ha dichiarato l'inidoneità, a interrompere i suddetti termini prescrizionali, anche della richiesta di informazioni in ordine alla posizione dei dipendenti,

interruttiva della prescrizione del debito nei confronti dell'Inps, non essendo allo stesso indirizzato, e non rileva neppure ai fini dell'applicazione del previgente regime prescrizionale dei contributi, di cui alla disciplina transitoria dell'art. 3, comma 10, della legge n. 335/1995 (Cass., Sez. lav., 24 ottobre 2008, n. 25759, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 10, p. 1518).

(35) Cfr. Cass., Sez. lav., 1° luglio 2009, n. 15398, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 432.

(36) Cass., Sez. lav., 17 dicembre 2008, n. 29479, cit.

(37) Infatti, la prima, attesa la diversità della pretesa, non è qualificabile come procedura finalizzata al recupero dell'evasione contributiva, né configura un atto prodromico diretto al conseguimento dei contributi omessi; il secondo costituisce un atto posto in essere da un soggetto, l'Ispettorato del lavoro, diverso dall'ente impositore. Ne consegue che i predetti atti, non integrando i presupposti di cui all'art. 3, comma 10, della legge n. 335/1995, non determinano la perdurante applicabilità del termine decennale di prescrizione, né della sospensione triennale della prescrizione medesima già prevista dall'art. 2, comma 19, d.l. n. 463/1983, convertito nella legge n. 638/1983 (Cass., Sez. lav., 31 luglio 2009, n. 17849, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 9, p. 1247; Cass., Sez. lav., 17 dicembre 2008, n. 29479, cit.).

(38) Cfr. Cass., Sez. lav., 9 febbraio 2005, n. 2589.

senza quantificazione del credito, limitandosi a preannunciare successive azioni di recupero (39).

Deve inoltre ritenersi che l'orientamento giurisprudenziale sopra menzionato sia tuttora valido, anche a seguito della approvazione delle norme sulla razionalizzazione e il coordinamento dell'attività ispettiva di cui all'art. 10, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124.

In particolare il comma 5 della norma stabilisce che i verbali di accertamento redatti dal personale ispettivo sono fonti di prova ai sensi della normativa vigente relativamente agli elementi di fatto acquisiti e documentati, e possono essere utilizzati per l'adozione di eventuali provvedimenti sanzionatori, amministrativi e civili, da parte di altre amministrazioni interessate. L'utilizzabilità del verbale in questione come fonte di prova da parte di amministrazioni diverse da quella che lo ha redatto, tuttavia, non comporta l'immediata efficacia del verbale medesimo quale atto interruttivo della prescrizione in favore della diversa amministrazione che lo voglia «utilizzare» per l'adozione di altri provvedimenti.

A tal proposito deve sottolinearsi che, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, assolutamente risalente e non mutato nel corso degli anni, «gli effetti interruttivi della prescrizione si verificano esclusivamente a favore del soggetto che ha compiuto l'atto di interruzione, onde essi sono riferibili a un soggetto diverso soltanto se il primo abbia agito nell'interesse di quest'ultimo, nella dichiarata qualità di suo legittimo rappresentante o mandatario» (40). La norma in esame, tuttavia, pur prevedendo ai commi da 1 a 4 l'instaurazione di forme di coordinamento dell'azione ispettiva tra i vari Enti a ciò deputati, non consente di riconoscere le amministrazioni diverse dall'Inps, che procedono a una ispezione in materia di lavoro o legislazione sociale, quali «legittime rappresentanti o mandatarie» di quest'ultimo. In base al comma 5 dell'art. 10, dunque, l'Istituto previdenziale potrà utilizzare le risultanze di verbali ispettivi redatti, ad esempio, dall'Ispettorato del lavoro, per notificare a sua volta accertamenti specifici in materia contributiva, realizzando l'effetto interruttivo della prescrizione dei propri crediti contributivi solo con l'invio di quest'ultimo.

Quanto al secondo aspetto, lo spartiacque rappresentato dall'entrata in vigore della legge n. 335/95, avvenuta il 17 agosto 1995, è stato confermato dalla giurisprudenza, che, avallando l'intento del legislatore di

(39) Cfr. Cass., Sez. lav., 1° luglio 2009, n. 15398, cit.

(40) Così Cass. civ., Sez. III, 12 gennaio 1999, n. 260, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 61.

realizzare un «effetto annuncio» idoneo a evitare la prescrizione dei vecchi crediti (41), ha riconosciuto l'idoneità dell'atto interruttivo funzionale al mantenimento del termine di prescrizione decennale e non quinquennale, ove intervenuto prima della fine dell'anno 1995 (42), con decorrenza 1° gennaio 1996 (43), potendo il termine essere inferiore se tale è il residuo del più lungo termine determinato secondo il regime precedente (44).

L'interesse del lavoratore alla contribuzione, sacrificato dalla prescrizione e più difficilmente soddisfatto attraverso i rimedi dell'azione risarcitoria *ex art.* 2116, comma 2, cod. civ., e della rendita *ex art.* 13, legge 12 agosto 1962, n. 1338, non necessita, poi, che la denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti sia resa nota al datore di lavoro debitore della contribuzione, in quanto il legislatore ha ritenuto che l'interesse del lavoratore prevalga sull'affidamento del datore di lavoro debitore nel termine di prescrizione e, in particolare, sul suo interesse alla conoscenza delle cause che prolunghino l'assoggettamento al vincolo obbligatorio (45). Di conseguenza, la denuncia del lavoratore, o dei suoi superstiti, idonea a interrompere la prescrizione, conservando il termine decennale, è solamente quella presentata all'ente previdenziale (46).

6. — *L'opponibilità del maggior trattamento economico erogato come «corrispettivo» dell'omissione contributiva alle pretese retributive e risarcitorie del lavoratore* — Può accadere che all'omissione contributiva che connota il lavoro nero si accompagni quale «corrispettivo» di quest'ultima un maggior salario, rispetto a quello fissato dalla contrattazione collettiva; un settore nel quale questa ipotesi è molto diffusa, assurgendo quasi a regola, è quello della collaborazione domestica. Le aule giudiziarie pullulano di controversie nelle quali la collaboratrice domestica «strapagata», con una retribuzione oraria netta esentasse anche doppia di quella sindacale chiami in giudizio gli eredi dell'anziano/a accudito per anni, per rivendicare tredicesima mensilità, indennità per ferie non godute, Tfr e risarcimento del danno da omissione contributiva.

E allora, è opponibile il maggior trattamento erogato alle rivendica-

(41) Così Cass., Ss.Uu., 4 marzo 2008, n. 5784, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 3, p. 351.

(42) Cfr. Cass., Sez. lav., 16 aprile 2010, n. 9169, cit.

(43) Cfr. Cass., Sez. lav., 10 marzo 2010, n. 5811, in *Mass. giust. civ.*, 2010, p. 487.

(44) Cass., Ss.Uu., 7 marzo 2008, n. 6173, in *Guida dir.*, 2008, n. 19, p. 56.

(45) Cass., Sez. lav., 5 marzo 2009, n. 5320, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1252.

(46) Cass. Sez. lav., 17 dicembre 2008, n. 29479, cit.

zioni postume della badante «pentita» per aver lavorato tanti anni a nero? Quale interesse, in tale situazione, è davvero meritevole di tutela: quello della badante «pentita», o quello del datore di lavoro obbligato dalle leggi di mercato a sottostare alla pretesa, ovvero ancora quello pubblico a riceversi quanto dovuto a titolo di contributi e Irpef, mensilmente confluito nelle tasche della badante «pentita».

La giurisprudenza, quanto meno quella circolante sulle riviste in materia, ha fornito una risposta «tradizionale», direi quasi scontata al quesito, e cioè che il maggior salario non è opponibile in compensazione alle pretese creditizie del lavoratore in nero, anzi, costituisce, come salario di fatto, la base di computo di tali pretese oltre che dei contributi omessi e non prescritti. Quanto, poi, ai contributi prescritti, si è giunti ad affermare in giurisprudenza che in assenza di un'azione risarcitoria *ex art. 2116 cod. civ.*, la quota contributiva a carico del lavoratore non possa essere dedotta da quanto a questi dovuto a titolo di differenze retributive ma debba «transitare nelle mani del lavoratore, che è il destinatario-beneficiario finale dei vantaggi derivanti dalla regolare contribuzione» (47).

Si tratta, come si vede, di una impostazione che partendo dall'illecito commesso dal datore di lavoro esclude che quest'ultimo possa da tale illecito dedurre ragioni a proprio vantaggio, ovviamente dando per scontato che il lavoro nero sia frutto di una scelta unilaterale che avvantaggia solo il datore di lavoro e penalizzi *in toto* il lavoratore, privandolo della copertura assicurativa: porta di accesso al sistema di sicurezza sociale.

7. — *Extracomunitari e lavoro nero* — L'accesso clandestino al territorio italiano da parte dello straniero (48) alimenta un sistema illecito di collocamento e impiego della manodopera, sul quale sovente la criminalità organizzata esercita la propria influenza, nonostante il lavoro extracomunitario irregolare sia sanzionato anche penalmente, onde disin-

(47) Corte d'App. Bari, Sez. lav., 21 settembre 2004, n. 8085 (inedita).

(48) Sulla disciplina dell'istituto del respingimento v. l'art. 10, d.lgs. n. 286/1998; sulla rilevanza penale della clandestinità v. il successivo art. 10-*bis*, d.lgs. n. 286/1998. Per alcune critiche alla disposizione che configura come reato la fattispecie di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato v. A. Palladini, *La tutela economica e la copertura previdenziale del lavoratore straniero irregolare*, nota a Cass. 5 novembre 2010, n. 22559, in *Mass. giur. lav.*, 2011, pp. 363 ss., spec. p. 367, nonché M. McBritton, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, nota a Cass. 26 marzo 2010, n. 7380, in *q. Riv.*, 2010, II, pp. 549 ss., spec. p. 554.

centivare l'impiego, cumulandosi il regime sanzionatorio di cui all'art. 3, comma 3, d.l. n. 12/2002, con quello previsto dall'art. 22, comma 12, d.lgs. n. 286/1998 (49).

L'extracomunitario clandestino alimenta, quindi, l'enorme bacino del lavoro irregolare, venendo occupato presso datori di lavoro che sarebbero anche disponibili a regolarizzarne la posizione lavorativa, ove non fosse clandestino. Ciò accade a causa del *mismatch* tra domanda e offerta che caratterizza alcuni lavori e della bassa mobilità geografica del fattore lavoro autoctono, alimentandosi così il bacino dei disoccupati al Sud e quello degli extracomunitari al Nord, con tensioni sociali, diverse, ma facilmente intuibili, come a dire, volendo mutuare le parole di Bolaffi, che «l'economia li vuole, la società no» (50).

L'importanza della manodopera straniera per il nostro mercato del lavoro e per la nostra economia si può cogliere anche dagli artt. 33, legge 30 luglio 2002, n. 189 (51), e 1-ter, d.l. 1° luglio 2009, n. 78, che, sebbene in diversi momenti storici, hanno consentito l'emersione del lavoro irregolare cd. di bisogno e cure, inerente attività di assistenza e di sostegno alle famiglie (52).

(49) In un primo momento il ministero si era pronunciato per l'applicazione della sola misura dell'arresto da tre mesi a un anno e dell'ammenda di euro 5.000 per ogni lavoratore clandestino impiegato, e in tal senso v. nota del ministero del Lavoro 24 ottobre 2002, Prot. n. 1608. Successivamente, il ministero del Lavoro è ritornato sui propri passi, ammettendo il cumulo, per evitare il paradossale effetto di incentivare questi illeciti in ragione dell'ineffettività delle sanzioni penali (circ. ministero del Lavoro 4 luglio 2007, Prot. n. 25/1/8906, cit., e più recentemente circ. ministero del Lavoro 12 novembre 2010, n. 38, cit.). Sul contrasto al lavoro nero stagionale con impiego di manodopera extracomunitaria v. anche nota del ministero dell'Interno 18 giugno 2010, Prot. n. 0003965.

(50) Cfr. G. Bolaffi, *I confini del patto. Il Governo dell'immigrazione in Italia*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 64 ss. Per una breve ma interessante analisi del fenomeno del lavoro degli extracomunitari dal punto di vista rispettivamente degli imprenditori, nonché dei lavoratori, autoctoni e stranieri, v. L. Zanchetta, *Lavoro degli immigrati ed interessi economici: domande ad economisti, sociologi, politici (e a chi sa)*, in *Dir. imm. citt.*, 2001, n. 3, pp. 11 ss., spec. pp. 13-14 e 16-17.

(51) Su cui v. D. Garofalo, *Commento all'art. 33, legge 30 luglio 2002, n. 189, e al d.l. 9 settembre 2002, n. 145, convertito (con modificazioni) in legge 9 ottobre 2002, n. 222 – Emersione e legalizzazione del lavoro subordinato (domestico e non) prestato da extracomunitario in posizione irregolare*, in G. Dondi (a cura di), *Il lavoro degli immigrati*, Ipsoa, Milano, 2003, pp. 295 ss.; v. anche le riflessioni di M. Paggi, *La condizione giuridica dei regolarizzandi «perdenti il posto di lavoro»*, in *Dir. imm. citt.*, 2003, n. 2, pp. 25 ss.

(52) V. a riguardo circ. del ministero dell'Interno 7 agosto 2009, n. 10. Sull'emersione per colf e badanti sia consentito il rinvio a D. Garofalo, *Le misure contro*

L'interesse datoriale alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari clandestini si accompagna a quello degli enti previdenziali che anche grazie alla manodopera straniera riescono a mantenere un equilibrio di gestione. Di conseguenza, il legislatore ha adottato in passato procedure di regolarizzazione (53), con oneri a carico del datore (54), che hanno suscitato apprezzamenti, ma anche giudizi decisamente severi (55).

La convenienza della procedura di emersione era rinvenibile nella clausola di non punibilità, accordata ai datori che regolarizzassero i clandestini e applicabile alle violazioni delle norme relative al soggiorno e al lavoro, di carattere finanziario, fiscale, previdenziale e assistenziale, nonché agli altri reati e alle violazioni amministrative, comunque afferenti all'occupazione dei lavoratori extracomunitari indicati nella dichiarazione di emersione, compiute prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 195/2002, a meno che la dichiarazione contenesse dati non rispondenti al vero, al fine di procurare il permesso di soggiorno a stranieri (56).

Invero, non va scambiata la procedura di regolarizzazione per una sanatoria, essendo essa nelle mani dei datori di lavoro (57) e non ri-

il lavoro sommerso, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, pp. 863.

(53) Vd. art. 1, d.l. n. 195/2002, che a determinate condizioni consentiva la legalizzazione del lavoro irregolare.

(54) Secondo Trib. Udine 24 ottobre 2003, in *Dir. imm. citt.*, 2003, n. 4, pp. 169 ss., è illegittimo il comportamento datoriale finalizzato a porre a carico dei lavoratori gli oneri economici (circa 700 euro) per portare a termine la procedura di regolarizzazione; per l'effetto, il datore deve restituire i soldi eventualmente tratti.

(55) Vedi A. Guariso, L. Neri, *Sul gran groviglio della «sanatoria» per i lavoratori extracomunitari*, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 2, pp. 72 ss., secondo i quali si tratta di un provvedimento a dir poco pasticciato, che lascia sul tappeto non pochi problemi interpretativi e di coordinamento sistematico. Per una critica articolata ed ermeneuticamente efficace al provvedimento v. Trib. Pisa 10 dicembre 2002, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 4, p. 170, secondo cui una serie di rapporti di lavoro potrebbero sfuggire alle maglie della regolarizzazione, si pensi a quelli terminati prima del trimestre di lavoro utile alla presentazione dell'istanza e oggetto di contenzioso, ovvero cessati per dimissioni per giusta causa, per decesso del datore di lavoro, per chiusura dell'impresa.

(56) Gli effetti della dichiarazione di emersione consentivano che l'iniziativa del datore facesse venire meno la clandestinità del rapporto di lavoro. Sul punto v. Trib. Milano 5 novembre 2002, in *Dir. imm. citt.*, 2002, n. 4, pp. 161 ss.; Trib. Milano 9 novembre 2002, *ivi*, pp. 165 ss.; A. Guariso, L. Neri, *op. cit.*, p. 74.

(57) A. Guariso, L. Neri, *op. cit.*, p. 73, evidenziano come la reale finalità del provvedimento fosse quella di consentire la sanatoria degli irregolari presenti in

guardando i rapporti di lavoro di extracomunitari destinatari di provvedimenti di espulsione per motivi diversi dal mancato rinnovo del permesso di soggiorno, salva la possibilità di revoca del provvedimento per obiettive circostanze riguardanti l'inserimento sociale (58). Peraltro, non regolarizzabili erano anche gli extracomunitari segnalati, anche in base ad accordi o convenzioni internazionali in vigore in Italia, ai fini della non ammissione nel territorio dello Stato, o denunciati per uno dei reati indicati negli artt. 380 e 381 cod. proc. pen., salvo che il procedimento penale si fosse concluso con una dichiarazione di non colpevolezza (59). A carico di chi presentava una falsa dichiarazione di emersione, al fine di eludere le disposizioni in materia di immigrazione, si comminava la pena della reclusione da due a nove mesi, salvo che il fatto costituisse più grave reato.

La tesi della facoltatività dell'attivazione della procedura di regolarizzazione, sostanzialmente nella disponibilità dei datori di lavoro, è stata smentita dalla giurisprudenza applicativa, favorevole invece all'obbligatorietà *a latere datoris* della denuncia di «emersione», inerente alla regolarizzazione dei lavoratori extracomunitari, *ex* d.l. n. 195/2002, riconoscendo allo straniero il diritto alla regolarizzazione, azionabile in via giudiziaria in danno del datore che non volesse presentare la domanda,

Italia; sostanzialmente l'emersione altro non è che un paravento giuridico, con l'aggravante di rimettere di fatto nelle mani dei datori di lavoro la possibilità di attingere o meno all'istituto. Sarebbe stato più semplice e onesto proporre una reale sanatoria, funzionale all'accoglimento degli stranieri presenti a una certa data sul territorio italiano.

(58) La revoca, fermi restando i casi di esclusione dalla regolarizzazione previsti dall'art. 1, comma 8, lett. *b* e *c*, d.l. n. 195/2002, non poteva essere in ogni caso disposta nell'ipotesi in cui il lavoratore extracomunitario fosse o fosse stato sottoposto a procedimento penale per delitto non colposo, non conclusosi con una dichiarazione di non colpevolezza, ovvero risultasse destinatario di un provvedimento di espulsione mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, ovvero avesse lasciato il territorio nazionale, trovandosi poi nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 13, d.lgs. n. 286/1998.

(59) Corte Cost. 18 febbraio 2005, n. 78, in *Giur. cost.*, 2005, pp. 1411 ss., con nota di D. Piccione, *L'irragionevolezza del divieto di regolarizzazione dello straniero colpito da denuncia di reato: un'ulteriore sentenza di illegittimità costituzionale sui provvedimenti automatici di espulsione*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa disposizione nella parte in cui faceva derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli artt. 380 e 381 cod. proc. pen. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza.

e quindi costretto ad attivare la procedura (60); con la conseguenza che in caso di licenziamento illegittimo intervenuto tra la dichiarazione e la convocazione per la stipula del contratto di soggiorno, il lavoratore aveva diritto al risarcimento del danno patrimoniale (ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 8, legge 15 luglio 1966, n. 604), determinato dalla minor durata del permesso di soggiorno, dalla conseguente riduzione di opportunità lavorative e dall'impossibilità di accedere ai servizi pubblici (61).

8. — *Il lavoro irregolare come fonte di responsabilità per il lavoratore* — Troppo spesso il lavoro sommerso viene esaminato come fonte di responsabilità del datore di lavoro, ipotizzando che il lavoratore subisca la condizione di irregolarità. Meno frequentemente, invece, ci si pone dal punto prospettico opposto, ipotizzando, quindi, che il lavoratore non solo sia acquiescente, ma concorra in maniera attiva a determinare la condizione di irregolarità.

Le motivazioni al fondo di questa condotta concorsuale illecita sono molteplici.

In primo luogo, ci si può imbattere in un lavoratore beneficiario di prestazioni di sostegno del reddito, interessato a conservare queste ultime, cui si aggiungono le somme percepite in nero, danneggiando così non solo l'Inps, ma anche il fisco.

Al fine di contrastare queste condotte con l'art. 19, comma 10, legge n. 2/2009, il legislatore ha generalizzato il collegamento tra il godimento dei trattamenti di sostegno al reddito e il comportamento «proattivo» del percettore, giungendosi finalmente ad affrontare in modo unitario e omogeneo il *moral hazard* (62), ovvero la cd. *unemployment trap*

(60) Secondo Trib. Pisa 10 dicembre 2002, cit., il datore di lavoro interessato a far emergere il lavoro irregolare dell'extracomunitario, e che non ha rispettato l'impegno a stipulare il contratto di soggiorno, riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 2932 cod. civ., può subire il ricorso alla procedura di cui all'art. 700 cod. proc. civ., per il riconoscimento della natura subordinata del rapporto e della relativa durata nonché per l'accertamento dell'inadempimento del datore al fine di ottenere un provvedimento giudiziale sostitutivo della omessa dichiarazione datoriale al prefetto. Nello stesso senso v. Trib. Milano, 5 novembre 2002, cit.; Trib. Milano 9 novembre 2002, cit.; Trib. Pisa 10 dicembre 2002, cit., p. 170; Trib. Roma 16 aprile 2003, in *Dir. imm. citt.*, 2003, n. 2, p. 149. In dottrina, adesivamente, A. Guariso, L. Neri, *op. cit.*, p. 74.

(61) Vd. Trib. Vigevano 9 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 425 ss., con nota di L. Neri, *Licenziamento in corso di regolarizzazione e danno «ulteriore»*.

(62) Che l'erogazione della Cig possa essere incentivo a comportamenti sociali

(63), insiti nel modello italiano degli ammortizzatori sociali (64). Si tratta dell'istituto della condizionalità, già rinvenibile a livello embrionale in alcune disposizioni addirittura risalenti agli anni 20 del secolo scorso e progressivamente generalizzato all'inizio di questo secolo (65), creando un regime unico per tutti i trattamenti di disoccupazione, in base al quale la percezione del trattamento è subordinata al comportamento pro-attivo del disoccupato.

La condizionalità, infatti, è estesa dall'art. 19, comma 10, citato, a tutti i trattamenti di sostegno al reddito esistenti, connessi o meno alla permanenza del rapporto di lavoro (66), ed è subordinata alla presentazione, non più al centro per l'impiego, bensì all'Inps (67), di una di-

inappropriati, come lo svolgimento di lavoro nero da parte dei beneficiari dell'integrazione, è evidenziato anche da A. Manna, *La cassa integrazione guadagni*, Cedam, Padova, 1998, pp. 3 ss., e ben prima da M. Miscione, *Cassa integrazione e tutela della disoccupazione*, Jovene, Napoli, 1978, p. 72, il quale, però, già nel 1978 affermava che per impedire che il sistema degenerasse sarebbe stato sufficiente attuare quelle disposizioni che già prevedevano «un diritto-dovere, sanzionato con la perdita automatica o discrezionale dell'integrazione salariale, di svolgere attività alternative finalizzate preferibilmente all'istruzione o comunque in servizi socialmente utili» (pp. 434-435).

(63) Cfr. M. Marocco, *Ammortizzatori sociali. L'ordinamento italiano tra condizionalità crescente e polverizzazione della governance*, in *Riv. pol. soc.*, 2007, pp. 213 ss., p. 215.

(64) Indicavano la soluzione generale della condizionalità, adottata da tempo e in modo vincente in Danimarca, L. Forlani, R. Tangorra, *Contributo per il rapporto di valutazione sulla European Employment Strategy*, paper, 2001, p. 15.

(65) Vd. artt. 3, comma 137, legge n. 350/2003, 13, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, 1-*quinques*, d.l. 5 ottobre 2004, n. 249, conv. in legge 3 dicembre 2004, n. 291, e infine 13, commi 2 e 9, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in legge 14 maggio 2005, n. 80.

(66) M. Tiraboschi, *Al via il sistema bilaterale degli ammortizzatori*, in *Boll. Adapt*, 21 maggio 2009, pp. 1 ss., p. 2, invece, collega la dichiarazione di disponibilità a un lavoro congruo solo all'ipotesi di cessazione del rapporto e non a quelle di mera sospensione. Allo stesso modo, M. Tiraboschi, S. Spattini, J. Tschöll, *Guida pratica ai nuovi ammortizzatori sociali*, in *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2009, p. 115.

(67) L'affidamento all'Inps, e non ai centri per l'impiego, del compito di raccogliere le dichiarazioni di immediata disponibilità crea, secondo F. Liso [*Appunti su alcuni profili dell'articolo 19, decreto legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, pp. 701 ss., pp. 723-724; Idem, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, in P. Curzio (a cura di), *Ammortizzatori sociali. Regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, Bari, 2009, pp. 42-43], un sistema «inpscentrico», che, sebbene dettato dall'opportunità di avvalersi di un collaudato sistema informatico, può spingere l'interprete a formulare un giudizio negativo di fatto sull'opera e sulle capacità operative dei centri per l'impiego.

chiarazione di immediata disponibilità al lavoro o a un percorso di riqualificazione professionale (68), «stimolando» ulteriormente la partecipazione attiva dei lavoratori alle iniziative dei servizi all'impiego (69) e spingendo verso l'attivazione delle politiche di reinserimento (70).

Come altrove detto, l'art. 19, comma 10, citato, istituzionalizza la condizionalità quale requisito generale, diventando essa «parte del rapporto giuridico previdenziale e a essa è effettivamente subordinato il diritto al beneficio e alla sua erogazione» (71). L'obiettivo perseguito dal legislatore avrebbe potuto, invero, essere realizzato con la semplice generalizzazione «a qualsiasi trattamento di sostegno al reddito» della disciplina *sub* art. 1-*quinquies*, legge n. 291/2004, al quale invece il comma 10 espressamente rinvia per le modalità operative della condizionalità (72).

(68) Sul punto v. recentemente circ. Inps 22 ottobre 2010, n. 133, che, implementando il modulo Inps SR105, relativo alla dichiarazione di immediata disponibilità, fornisce istruzioni riepilogative in merito alla presentazione della dichiarazione, richiamando altresì circ. Inps 6 marzo 2009, n. 39, che a sua volta conferma le procedure di cui alla circ. Inps 15 febbraio 2007, n. 39, secondo quanto precisato dal d.m. n. 46441/2009. Anche sul meccanismo di generale condizionalità, di cui all'art. 19, comma 10, come sostituito dall'art. 1, della legge 28 gennaio 2009, n. 2, in sede di conversione, incide il decreto d.m. n. 46441/2009, poiché si prevede esplicitamente che precisazioni in merito al predetto meccanismo saranno dettate dal provvedimento ministeriale, con un sistema di coordinamento tra i commi 3 e 10 che lascia a desiderare. Infatti, il comma 10 sembra dare per scontato contenuti e modalità procedurali a dire il vero assenti nel precedente comma 3, ingenerando non poca confusione, visto che quest'ultima disposizione sembra al massimo esplicitamente riferirsi ai soli trattamenti previsti da alcune norme contenute nell'art. 19.

(69) Così T. Treu, *Siglato l'accordo per gli ammortizzatori sociali*, in *Contratti & Contrattazione Collettiva*, 2009, f. 3, p. 3. Per G. Sigillò Massara, *Ammortizzatori sociali ed interventi di sostegno al reddito «al tempo della crisi»*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, pp. 350 ss., p. 359, il meccanismo appare in linea con le misure di *welfare to work*, sebbene si esponga, comunque, ad abusi, visto che, ad esempio, la corresponsione *una tantum* per i co.co.pro., unitamente al fatto che sono fatti salvi i diritti già maturati, non determina l'esposizione a effettiva sanzione per chi non vi adempie.

(70) La spinta, secondo F. Liso (*Appunti su alcuni profili dell'articolo 19, decreto legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009*, cit., p. 721; Idem, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, cit., p. 41), sarebbe «indiretta e di tipo psicologico» e proveniente da una disposizione con «valenza organizzativa».

(71) Vedi M. Tiraboschi, S. Spattini, J. Tschöll, *op. cit.*, p. 140.

(72) Sull'approccio del Governo alla condizionalità, illuminanti sono le parole di T. Treu, *Servizi per il lavoro e promozione delle politiche attive: le questioni da affrontare*, in *Leggi di lavoro*, 2009, nov., pp. 92 ss., p. 93, secondo il quale «La “condizionalità”

La dichiarazione di immediata disponibilità qui richiamata non va confusa con quella di cui all'articolo 2, d.lgs. n. 181/2000, differendone sotto il profilo dei soggetti obbligati (i soli disoccupati), dei destinatari (i servizi competenti), e infine della funzione (essendo condizione essenziale per l'ottenimento dello stato di disoccupazione, nonché – solo – indirettamente per l'accesso all'indennità di disoccupazione) (73).

In secondo luogo, ci si può imbattere in un lavoratore sommerso che non abbia interesse a emergere, ad esempio, per fruire di indiretti vantaggi socio-assistenziali, specie se nel nucleo familiare dovesse essere presente altro soggetto con regolare rapporto di lavoro in grado di dimostrare la sostenibilità economica del tenore di vita condotto. Infatti, molte o quasi tutte le prestazioni socio-assistenziali, ovvero l'erogazione di servizi da parte di enti pubblici sono agganciate al cd. indicatore Isee, che garantisce l'accesso alle prestazioni assistenziali, per le quali rileva il livello reddituale o ai servizi di pubblica utilità, per i quali sono previste tariffe agevolate in base ai requisiti reddituali della famiglia.

Le prestazioni condizionate al livello dell'Isee sono molteplici, e tra queste vanno annoverate l'integrazione al trattamento minimo, l'assegno sociale, la cosiddetta quattordicesima, l'assegno per il nucleo familiare con almeno tre figli minorenni, le prestazioni agli invalidi civili, l'assegno di maternità spettante alle partorienti che non hanno altra

dei benefici in caso di disoccupazione e di inattività è un principio fondamentale presente nella legislazione di tutti i paesi. Da noi è stato introdotto già da tempo: l'attuale governo lo ha solo ribadito. Il punto è che non è mai stato reso "operativo" sul serio e quindi ha perso molto del suo significato. Tale inefficacia pratica dipende dal non completo consenso sul principio». Sul punto v. M. Miscione, *Gli ammortizzatori sociali per l'occupabilità*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro «Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro»*, Venezia, 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 135 ss., p. 136-137.

(73) In argomento v. S. Spattini, *La nuova condizionalità all'accesso ai trattamenti di sostegno al reddito: potenzialità e criticità nella prospettiva della riforma del sistema degli ammortizzatori sociali*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 377 ss., pp. 379-381. Sulla disponibilità alla ricerca e allo svolgimento di un'attività lavorativa, ai sensi del d.lgs. n. 181/2000, sia consentito il rinvio a D. Garofalo, *Lo status di disoccupazione tra legislazione statale e provvedimenti regionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, pp. 637 ss., spec. pp. 642 ss., nonché pp. 646 ss.; *adde*, M. Tiraboschi, S. Spattini, J. Tschöll, *op. cit.*, p. 143, e J. Tschöll, *I nuovi ammortizzatori in deroga; problematiche e prospettive*, in *Leggi di lavoro*, 2009, novembre, pp. 32 ss., p. 35. Una ulteriore differenza di rilievo viene segnalata da F. Liso, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19, decreto legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009*, cit., p. 724; *Idem*, *Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma*, cit., p. 36; si tratta dell'assenza del rifiuto di un'eventuale offerta formativa tra le cause di decadenza di cui al d.lgs. n. 181/2000.

integrazione corrisposta a questo titolo. Quanto ai servizi a tariffa agevolata, si possono citare le mense e le prestazioni scolastiche (libri, borse di studio ecc.), l'asilo nido e altri servizi per l'infanzia, le tasse universitarie, le tariffe dei servizi di pubblica utilità (luce e gas) e i servizi socio-sanitari domiciliari (74).

Omettere la denuncia di un rapporto di lavoro può riverberare effetti indiretti anche sulle procedure di licenziamento collettivo. Infatti, potrebbe essere ben possibile che la scelta di licenziamento dei lavoratori in esubero ricada, ad esempio, su quelli il cui coniuge sia titolare di altro rapporto di lavoro. È evidente che in questo caso l'azione fraudolenta del lavoratore sommerso danneggia chi avrebbe diritto a mantenere il posto di lavoro da sopprimere e ne viene privato in modo illecito.

9. — *Dal lavoro nero «imposto» al lavoro nero «preteso»: quale tutela?* — Tra la ripresa dell'economia, realizzabile dando ossigeno finanziario specie alla Pmi, e il taglio della spesa pubblica, abbattendo a colpi d'accetta il sistema di sicurezza sociale, il governo dei banchieri ha optato, valutandosi l'oggi, per la seconda ipotesi non prefigurandosi l'effetto di tale scelta, e cioè l'espansione a macchia d'olio del fenomeno del quale ci stiamo occupando. Il contrasto al lavoro nero, e alla connessa evasione fiscale e contributiva, non può essere affidato esclusivamente all'attività ispettiva, ma richiede la collaborazione dei diretti interessati, i lavoratori. Ma l'interesse per un lavoro regolare è direttamente proporzionale alle tutele di sicurezza sociale che esso garantisce: nell'immediato le prestazioni temporanee di disoccupazione; nel lungo periodo quelle pensionistiche. Il venir meno di tali tutele fa venir meno quell'interesse, anzi accresce l'interesse opposto, in quanto il lavoro nero evita il prelievo fiscale e contributivo a carico del lavoratore, accrescendo il salario reale. È quanto già accade in sede di transazione delle vertenze di lavoro, in cui la proliferazione dei risarcimenti di danni non patrimoniali consente al datore di ridurre l'esborso e al lavoratore di aumentare l'introito (tanto speso dal datore di lavoro tanto percepito dal lavoratore).

All'incremento del salario reale che il lavoro nero consente, si aggiunge, come già detto, l'accesso a prestazioni assistenziali accordate a chi è privo di occupazione e di reddito e non gode di trattamenti di disoccupazione (il che esclude l'operatività della cd. condizionalità): alloggio popolare, asili nido, esenzione ticket ecc.

(74) M.R. Favia, *L'Isee (Indicatore di situazione economica equivalente)*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, cit., pp. 1025 ss.

Sul piano etico, la ricorrente finalizzazione di risorse pubbliche, rivenienti dal gettito fiscale, a soddisfare interessi privati finisce con l'incentivare l'evasione fiscale che si accompagna al lavoro nero.

In sintesi, l'abbattimento del sistema di sicurezza sociale e la tolleranza verso lo sperpero del pubblico denaro stanno tenendo a battesimo un nuovo fenomeno di lavoro nero, cioè quello non più imposto al lavoratore, ma da questi gradito, se non proprio preteso, come nuova forma di tutela privata, in sostituzione dell'ormai inesistente tutela pubblica.

L'effetto di tale metamorfosi non può non comportare un ripensamento sul tema che si è affrontato nelle pagine precedenti, con una sostituzione, al centro della tutela giurisdizionale contro il lavoro nero, dell'interesse pubblico al contrasto dell'evasione fiscale e contributiva al posto di quello individuale del lavoratore, nella nuova prospettiva correo del datore di lavoro nell'evasione.

Che tutela può o deve accordarsi alla badante che dopo aver lavorato per anni a nero a 10 euro netti a ora, reclami, alla cessazione del rapporto di lavoro, il versamento dei contributi?

Che regime prescrizione deve applicarsi a chi il rapporto irregolare non l'abbia subito ma l'abbia preteso per evadere il prelievo fiscale e contributivo?

Può portarsi in compensazione delle pretese a trattamenti economici differiti (in specie al Tfr) o al risarcimento del danno *ex art.* 2116 cod. civ., per l'omissione contributiva, quanto il lavoratore in nero abbia percepito in più rispetto ai minimi salariali quale contropartita del lavoro nero?

Sono alcuni degli interrogativi ai quali poco o nulla sembrano essere confacenti le soluzioni sinora adottate a tutela del lavoratore irregolare in sede giudiziaria, esaminate nelle pagine che precedono, ma sui quali occorrerà di qui a breve tornare a riflettere.

Andrea Mannino (*), *Franco Scarpelli* (**)

L'ABUSO DELLA RESPONSABILITÀ LIMITATA NEL CONTESTO DEL LAVORO IRREGOLARE: PRIMI SPUNTI DI RIFLESSIONE

SOMMARIO. 1. Premessa. — 2. Abuso della responsabilità limitata e lavoro irregolare. — 3. Tecniche di repressione dell'abuso. — 4. La necessaria coerenza tra modello giuridico di impresa e organizzazione di fatto posta in essere. — 5. Spunti per iniziative di tutela, in fattispecie di lavoro irregolare.

1. — *Premessa* — Tra i tanti fattori che concorrono, nella nostra esperienza, a rendere più complesso il contrasto all'impiego irregolare della manodopera, e più conveniente il ricorso a comportamenti abusivi, vi è senza dubbio la diffusa convinzione in capo agli operatori economici della possibilità di sottrarsi a conseguenze e responsabilità di carattere personale e sui propri patrimoni, grazie soprattutto all'utilizzo dello schermo giuridico della società di capitali basata sul riconoscimento dell'autonomia patrimoniale e della responsabilità limitata.

Il ricorso al lavoro nero o irregolare, così come la costante violazione di normative di tutela della sicurezza sul lavoro, degli obblighi di trattamenti economici e normativi minimi, degli obblighi di versamento dei contributi previdenziali e assicurativi ecc., sono certamente agevolati dalla possibilità, soprattutto per attività imprenditoriali di modesta dimensione, di costituire e lasciar morire al bisogno imprese di capitali di scarsa consistenza economica e organizzativa, dedicandosi ogni volta alla reiterazione dei medesimi comportamenti (formalmente) con altre e nuove imprese, scaricando sulle precedenti e sui loro creditori le passività maturate (anche) con la tenuta di condotte abusive.

Le tecniche in campo per contrastare simili abusi sono le più varie: dalla prefigurazione di responsabilità personali (penali o amministrative) in capo ai soggetti agenti, in genere gli amministratori o i dirigenti,

(*) Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum di diritto del Lavoro, presso l'Università di Milano-Bicocca.

(**) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano-Bicocca.

per alcune tipologie di illecito (ad esempio, in materia di sicurezza del lavoro), alla traslazione in capo ai soggetti committenti, quando le imprese irregolari agiscano nell'ambito di prestazioni di opere o servizi a terzi, della responsabilità per i trattamenti dovuti ai lavoratori così come per gli adempimenti fiscali e previdenziali (1).

Non è invece diffusa, nella cultura e nella percezione degli operatori, l'idea che possa essere messo radicalmente in discussione lo schermo della personalità giuridica e della responsabilità limitata. Nella nostra esperienza giudiziaria, l'unico profilo sotto il quale ciò è avvenuto in modo significativo è quello dell'impresa di gruppo rispetto alla quale, ricorrendo certi presupposti, la tutela dei diritti dei lavoratori viene affermata mediante la messa in discussione dei limiti di responsabilità della formale persona giuridica (per coinvolgere altri soggetti imprenditoriali) ovvero, più di recente, secondo la linea della cosiddetta codatorialità (2). Si tratta, però, di una tecnica di tutela sostanzialmente interna alla logica lavoristica, che fa leva sull'effettività dei rapporti di produzione ai fini dell'imputazione del rapporto di lavoro, e comunque inutilizzabile in situazioni di irregolarità delle quali è protagonista la singola impresa.

È con riferimento soprattutto a tali fattispecie che si pone l'esigenza di avviare una riflessione sulla possibilità di mettere in discussione l'utilizzo abusivo di alcune regole del diritto societario, per il fine specifico di prevenire e contrastare gli abusi nella gestione dei rapporti di lavoro. Le note che seguono si pongono in questa linea, richiamando in sintesi temi già frequentati dal dibattito tra i gius-commercialisti, pur nella coscienza che si tratta di primi spunti per successive riflessioni, anche dal punto di vista della loro concreta traduzione in azioni giudiziarie di tutela. Scopo del presente contributo è dunque quello di limi-

(1) In tema si veda, per una recente completa rassegna dei profili di responsabilità connessi agli appalti, M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011. Anche e soprattutto sotto il profilo qui segnalato, si ritiene particolarmente criticabile la tendenza del legislatore (v. art. 8, d.l. n. 183/2011; art. 21, comma 1, d.l. n. 5/2012) a indebolire i meccanismi di solidarietà in capo alle imprese committenti, le quali, spesso, sono quelle che oggettivamente (e talvolta coscientemente) si avvalgono dell'abbattimento dei livelli di tutela e legalità del lavoro nel vasto mondo dei servizi in appalto.

(2) Per un esaustivo riassunto della questione v., da ultimo, G. De Simone, *La rilevanza del gruppo di imprese nel diritto del lavoro*, in corso di pubblicazione in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto a M. Persiani e F. Carinci, vol. VIII, 2012.

tarsi a proporre una linea di approfondimento, sulla base della percezione della necessità di veicolare, prima di tutto, l'idea che l'utilizzo di certi modelli giuridici impone coerenza di condotte e assunzione delle relative responsabilità.

2. — *Abuso della responsabilità limitata e lavoro irregolare* — L'aggregazione di risorse umane e materiali che si convoglia in un ente collettivo tende a schermare la responsabilità dei soggetti investiti della cura dell'interesse del gruppo e determinanti la sua condotta, prestandosi facilmente a un abuso con esiti plurioffensivi.

Tradizionalmente l'analisi di tali distorsioni è stata affrontata in termini di responsabilità dell'ente collettivo, dimentica del fatto che ogni illecito riferibile all'ente ha un'ascendenza eziologica nella condotta commissiva od omissiva di uno o più agenti umani.

È tale ultima considerazione che costituisce la fonte motivazionale di un approfondimento sul tema della responsabilità limitata nelle società di capitali e dei suoi confini, volto a individuare eziologicamente i profili di responsabilità dei soggetti che, orbitando nell'organizzazione collettiva e determinandone l'attività e gli assetti di sviluppo, profittano abusivamente della (pretesa) alterità soggettiva dell'ente collettivo e perseguono finalità estranee a quelle fondanti l'azione collettiva.

Abuso della limitazione di responsabilità e lavoro irregolare costituiscono terreni di ricerca che sovente si intersecano: la cultura dell'individuazione di strategie volte all'elusione delle regole (il carattere principale della condotta abusiva) è frequentemente accompagnata dalla diretta loro inosservanza (irregolarità). I due temi concorrono quindi tra loro nell'individuazione di strumenti repressivi e prevenzionistici più efficaci per la lotta al fenomeno, attraverso la costituzione di una catena di responsabilità che raggiunga il soggetto che profitta elusivamente dell'alterità soggettiva.

Finalità principale del superamento della responsabilità limitata nella repressione del lavoro irregolare, attuata mediante iniziative di tutela diretta del prestatore di lavoro, è il sottrarsi all'inefficacia dell'azione, laddove questa venga rivolta nei confronti di una soggettività giuridica priva di requisiti di solvibilità. Poiché la non solvibilità, in determinati contesti, è determinata proprio dall'utilizzo della stessa soggettività con volontà abusiva da parte di un soggetto (il socio, l'amministratore o il socio-amministratore), obiettivo diverrà quello di individuare le tecniche per poter dirigere un'azione nei confronti direttamente di tali soggetti ed estendere ai loro patrimoni personali le responsabilità dell'incapienza.

In questo contesto, sul piano esperienziale, tale esigenza si presenta nei casi di «sottocapitalizzazione materiale qualificata» (3), che ricorre allorché i soci costituiscono *ab initio* o mantengono anche successivamente in vita una società dotata di capitale manifestamente insufficiente rispetto al suo oggetto, dando vita a un soggetto che è destinato a essere insolvente, specialmente nei confronti di soggetti che non sono creditori «forti» (proprio i prestatori di lavoro, ad esempio).

Altrettanto abusiva deve ritenersi la condotta del soggetto che sistematicamente e impropriamente utilizza il patrimonio sociale e/o lo confonde con il proprio personale (4).

O, ancora, quella del socio che versi in favore della società cui appartiene, all'atto della sua costituzione o nel corso della vita sociale, somme di denaro, con l'obiettivo di incrementare il patrimonio sociale senza dar luogo a un corrispondente aumento del capitale nominale (5).

Ebbene tali fattispecie abusive non conoscono nell'ordinamento idonea forma di repressione e nella prassi possono tradursi in una negazione di diritto per il lavoratore che promuove una iniziativa nei confronti della società.

A ben vedere, però, ognuna di queste condotte abusive è posta in essere da un soggetto (imprenditore, imprenditore socio o socio occulto) con specifica finalità, volta all'esonero da un coinvolgimento del patrimonio personale.

Ipotizzare quindi una estensione di responsabilità anche nei confronti di tali soggetti, attraverso l'individuazione di strumenti di repressione del fenomeno abusivo, significherebbe – ai fini che qui interessa-

(3) Si ha invece sottocapitalizzazione formale o nominale quando la società è munita dei mezzi necessari al perseguimento dell'oggetto sociale, ma non in virtù del conferimento di mezzi propri, bensì attraverso la concessione alla stessa di finanziamenti da parte dei soci; ovvero è dotata di un capitale molto ridotto e di riserve del tutto sproporzionate a quell'importo: v. Guerrera, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Messina, 1991. La sussistenza nel nostro ordinamento del divieto di sottocapitalizzazione è oggetto di forti divergenze teoriche e giurisprudenziali, si v. Nicolini, *Il capitale sociale minimo*, 1981, e, per una tesi sul divieto di sottocapitalizzazione nel nostro ordinamento, Portale, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate*, in *Riv. soc.*, 1991.

(4) Sul punto, con un interessante riferimento giurisprudenziale, si v. F. Galgano, *L'imprenditore Faccenda non fallisce? (a proposito delle società di capitali usate come «schermi di copertura»)*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3069.

(5) Per una sintesi ricostruttiva delle prospettive dottrinali e giurisprudenziali sul tema si veda Cenni, *I versamenti fuori capitale dei soci e la tutela dei creditori sociali*, in *Contratto e impresa*, 1995, pp. 1173 ss.

no – accordare alla lotta al lavoro irregolare nuovi e più efficaci strumenti, sia in termini generali che in termini particolari.

3. — *Tecniche di repressione dell'abuso* — L'economia del presente contributo induce a tralasciare un approfondimento in chiave teorico-storica del concetto di persona giuridica (6) per approfondire, seppur per brevi cenni, alcune delle più significative tecniche di repressione dell'abuso della responsabilità limitata elaborate dalla dottrina.

Figura di riferimento nello studio del tema è Francesco Galgano, che, preliminarmente all'elaborazione della propria tesi, afferma che il concetto di persona giuridica è solo uno strumento del linguaggio tecnico-giuridico con cui si riassume una disciplina normativa complessa dei rapporti intercorrenti tra persone fisiche organizzate in un gruppo (7). Accanto a questa riflessione, Galgano ne pone un'altra, ovvero quella sulla non insostituibilità del soggetto di diritto come elemento modulatore dell'ordinamento. L'Autore rileva invero come sia possibile duplicare, con analogia congruenza logica, anziché le categorie dei soggetti giuridici, il contenuto dei rapporti giuridici, distinguendo così tra rapporti giuridici che spettano agli individui come tali e rapporti giuridici che spettano agli individui come membri della collettività organizzata.

Solo questa consapevolezza, e dunque il recupero di una dimensione normativo-oggettiva del fenomeno societario, «permette di sventare i cosiddetti abusi della personalità giuridica: l'interprete», afferma Galgano, «scoprirà che abusare della personalità giuridica – trarre cioè illegittimo profitto dall'interposizione dello schermo della personalità giuridica – significa, tecnicamente, godere della disciplina speciale in situazioni diverse da quelle che ne giustificano l'applicazione: significa fruire dell'esenzione dal diritto comune oltre i limiti entro i quali il legislatore aveva inteso contenerla» (8).

Ebbene, tra le tecniche di repressione più recenti vi è quella della disapplicazione delle norme: «Il problema della repressione degli abusi della personalità giuridica si porrà, allora, nei medesimi termini in cui si pone, nella quotidiana esperienza dell'interprete del diritto, ogni pro-

(6) Per una ricostruzione del concetto di persona giuridica con ricchi riferimenti bibliografici si v. F. Galgano, *Personae giuridiche*, in *Commentario del cod. civ. Scialoja e Branca*, 1969, p. 24.

(7) F. Galgano, *Le società per azioni. Principi generali. Artt. 2325-2341*, in *Commentario del cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 340.

(8) F. Galgano, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1969.

blema di applicazione di norme: l'interprete si domanderà se sussistono, nella fattispecie sottoposta al giudice, i presupposti di applicazione della speciale disciplina riassuntiva nella nozione di persona giuridica e disapplicherà la disciplina speciale, restituendo vigore al diritto comune, ogni qual volta avrà dato a questa domanda risposta negativa» (9).

Nella teorica della disapplicazione delle norme si fa perno su alcuni indici normativi che ricollegano la perdita del beneficio della responsabilità limitata ad alcune fattispecie. Trattasi dell'art. 2362 cod. civ.: il mantenimento del beneficio della responsabilità limitata ha come presupposto il mantenimento della pluralità degli azionisti, e il giudice non può che disapplicare quel regime giuridico speciale e ripristinare il regime generale dell'art. 2740 comma 1, cod. civ., nelle situazioni in cui riscontri l'assenza di una sua condizione d'uso (10).

Il vantaggio e l'originalità del ragionamento che propone la tecnica della disapplicazione di norme è che essa prescinde dal concetto tradizionalmente inteso di persona giuridica. L'intera formulazione non si serve della separazione concettuale tra società e membri, giacché la soluzione al problema dell'abuso della responsabilità limitata è in un'operazione di scelta della normativa giuridica applicabile (normativa generale del diritto comune o normativa speciale di diritto societario).

Meritevole di essere ricordata è altresì la classica tesi formulata da Walter Bigiavi del socio tiranno, corollario della teoria dell'imprenditore

(9) Per la prima formulazione di questa concezione dei fenomeni di abuso della responsabilità limitata da parte dei soci cfr. F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 586.

(10) È bene precisare che la previsione presa a riferimento dalla citata dottrina è stata successivamente modificata, ammettendo la possibilità di costituire *ab origine* anche società di capitali unipersonali. Tale modifica, tuttavia, non sembra idonea a scalfire la tenuta della tesi. Occorre infatti precisare che, alla luce della nuova normativa, il socio perde il beneficio della responsabilità limitata in presenza di una delle seguenti ipotesi: mancato versamento dell'intero ammontare dei conferimenti in denaro all'atto della costituzione ovvero, in caso di unicità sopravvenuta, mancata effettuazione dei conferimenti ancora dovuti dal socio ormai unico nel termine di novanta giorni; fino a quando non venga attuata la pubblicità dei dati relativi all'unico socio, sia esso persona fisica o persona giuridica, mediante iscrizione nel registro delle imprese.

Si può ritenere, quindi, che l'introduzione della società unipersonale non sia idonea a corrodere sufficientemente le fondamenta della teoria della disapplicazione delle norme, posto che la nuova disciplina conferma come la concessione della responsabilità limitata anche nelle società unipersonali costituisca un'eccezione alla regola generale di cui all'art. 2740 cod. civ., che troverà nuovamente applicazione qualora non fossero ottemperate le disposizioni codicistiche.

occulto (11). Si tratta di una tecnica di repressione che si differenzia dalla suesposta elaborazione del Galgano poiché non solo non critica la concezione tradizionale della persona giuridica quale reale alterità soggettiva, ma nemmeno contesta che i debiti dell'ente collettivo possano configurarsi quali debiti di un soggetto diverso dai soci.

Come, quindi, può essere dichiarato il fallimento del socio occulto di società palese, sostiene l'Autore, «non vi è ragione al mondo per cui non debba eventualmente fallire anche il socio occulto di una società occulta – e con lui, anzi prima di lui, la società occulta stessa». Sulla base di tale estensione, Bigiavi sostiene l'applicabilità analogica dell'art. 147 della legge fallimentare (ovvero la norma che disciplina il fallimento dei soci) anche alla fattispecie dell'imprenditore individuale occulto, asserendo l'attitudine della norma a rappresentare l'espressione di un più generale principio valido per l'intera materia dell'impresa e in sostituzione, in questo spaccato ordinamentale, del regime dell'art. 1705 cod. civ.

In definitiva, se risponde e fallisce la società occulta, allora «è inevitabile che fallisca anche colui che si è avvalso di un prestanome per gestire la sua impresa. Sul terreno giuridico la situazione è infatti la stessa, nulla importando il fatto che chi rimane fra le quinte sia soltanto un socio di chi appare in pubblico o sia, invece, l'esclusivo titolare dell'impresa gestita dal prestanome. In ambo i casi ci troviamo di fronte a un imprenditore occulto, che nel primo caso è una società cui partecipa anche colui che agisce con i terzi; nel secondo caso, invece è una persona (fisica o giuridica) che è l'esclusivo titolare di un'impresa, nell'ambito della quale il prestanome non ha alcuna partecipazione sociale».

La diretta proiezione della teoria dell'imprenditore occulto sui temi di nostro interesse è assai significativa ed è rappresentata dalla cd. tecnica del socio tiranno: come l'imprenditore occulto risponde dei debiti assunti da persona fisica a lui diversa, sostiene Bigiavi, così il socio dovrà rispondere dei debiti assunti dalla società – che è persona fisica a lui diversa – ogniquale volta avrà occupato, rispetto a essa, la medesima posizione assunta dall'imprenditore occulto rispetto al proprio prestanome.

(11) La formulazione della teoria è contenuta nello storico saggio dell'Autore, *L'imprenditore occulto*, 1954, p. 161 (v. anche Idem, *Responsabilità limitata del socio tiranno*, in *Foro it.*, 1960, I, 1180). Nel corso del tempo, W. Bigiavi è tornato a intervenire sulla sua teoria, descrivendone il riscontro giurisprudenziale e replicando alle numerose critiche ricevute dalla dottrina nell'opera *Difesa dell'imprenditore occulto*, 1962. Per un'analitica sintesi dell'opera completa del Bigiavi si veda Pavone La Rosa, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 603.

4. — *La necessaria coerenza tra modello giuridico di impresa e organizzazione di fatto posta in essere* — Lo studio del tema oggetto del presente contributo induce peraltro a ipotizzare una prospettazione ricostruttiva in tema di abuso che non assuma quale chiave di lettura una data impostazione metodologica e concettuale sulla persona giuridica ma, prescindendo dall'analisi dei possibili corollari derivanti dall'accoglimento di una impostazione sul punto, si adagi più semplicemente sul terreno della coerenza tra dato sistematico e dato concreto.

Si può osservare come ogni prodotto decisionale che fa capo all'ente collettivo sia non già riferibile al prodotto deterministico della volontà dell'ente, ma sia un effetto di una decisione umana frutto del raggiungimento di un equilibrio endo-organizzativo tra finalità, risorse materiali e volontà dei membri dell'ente collettivo.

Questo equilibrio, che — come già rilevato — rappresenta il cuore, l'essenza, dell'ente collettivo è definibile, più che come un complesso coordinato di funzioni, con il termine «modello organizzativo»: una soluzione costruttiva artificiale che consente lo sviluppo di intraprese comuni e media il raggiungimento dei risultati prefissati, integrando tra di loro i comportamenti degli individui o gruppi interessati, strutturando i loro campi operativi, ridefinendo in chiave collettiva gli obiettivi problematici da perseguire e dietro alla quale si cela la realtà di provvisori equilibri di mediazione tra poli d'interesse distintamente orientati.

Il dato fondamentale rimane quello organizzativo, inestricabilmente legato alla sostanza sociale del fenomeno e indifferenziato rispetto al nucleo fattuale, che dà vita a un centro impersonale d'azione o d'imputazione e come tale, quindi, indifferente al possesso (o meno) dell'alterità soggettiva da parte dell'ente collettivo.

La prospettazione qui proposta, ancorandosi al concetto di modello organizzativo, quindi, supera gli ostacoli concettuali che si affrontano inevitabilmente qualora si imponesse il problema ponendo quale fondamento una data concezione della persona giuridica.

Alla svalutazione della categoria della personalità giuridica si affianca la valorizzazione della rilevanza del modello contrattuale, che diviene il centro gravitazionale dell'idea. L'organizzazione ne rappresenta l'essenza giuridica.

A ben vedere, ogni contratto cui è riferibile un'essenza organizzativa che si dispiega nella realtà ha un corrispondente referente legale: il legislatore, infatti, individua in via astratta dei modelli contrattuali tipici cui dovrebbe corrispondere in concreto un'essenza organizzativa a sua

volta tipica e coerente con il modello giuridico adottato dalle parti al momento della costituzione dell'ente collettivo (12).

Sovente, tuttavia, ciò non avviene, e l'articolarsi in concreto dell'essenza organizzativa diverge da quella che avrebbe dovuto conseguire all'adozione del modello astrattamente previsto dal legislatore. È in queste ipotesi che si propone l'applicazione cogente del modello legislativo formale e astratto (con la relativa essenza organizzativa) coerente alla realtà e al dispiegarsi della vita dell'attività economica (13).

Ecco quindi come potrebbe essere invocata l'applicazione cogente del modello giuridico coerente. E ciò, per diversi ordini di ragioni.

In primo luogo perché né il quadro legale sistematicamente rivisitato, né il senso puro di equità sostanziale costituzionalmente orientato, sembrano ammettere la possibilità che gli agenti imprenditoriali – per il solo fatto di aver adottato formalmente un dato contratto diverso da quello in concreto risultante – godano di un trattamento di privilegio che il legislatore ha previsto solo per essenze organizzative diverse. Ciò anche perché – almeno normalmente – alla concessione del beneficio della responsabilità limitata seguono regole organizzative dettate dalla fonte legale assai più stringenti e compromissive della libertà dei soci dell'ente, sebbene i soci abbiano di fatto goduto di margini di libertà di cui, appunto, non avrebbero dovuto beneficiare.

In secondo luogo si vuole soddisfare altresì l'esigenza del terzo che, entrando in contatto con una determinata realtà organizzativa, può legittimamente credere e aspettarsi conseguenze che in realtà risultano

(12) A ben guardare, una simile prospettiva d'analisi è familiare al diritto del lavoro, che al fine di valutare la legittimità del ricorso a un appalto di opere o servizi, nella distinzione rispetto all'interposizione illecita (ieri nella legge n. 1369/1960, oggi nell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003) va alla ricerca dell'essenza organizzativa tipica del modello prescelto per l'articolazione dell'attività produttiva su più soggetti imprenditoriali.

(13) Si immagini il caso in cui un socio fondi una Srl unipersonale, la sottocapitalizzi, la finanzi attraverso contrazione di debiti con creditori «forti» – che con ogni probabilità esigeranno delle garanzie personali – e confonda il patrimonio sociale con il personale. Ebbene in questo caso, nella prospettazione qui offerta, il modello organizzativo astratto scelto per la formalizzazione del contratto associativo non corrisponderebbe con quello in concreto osservato dall'agente umano promotore dell'iniziativa imprenditoriale. Di fatto, egli è un imprenditore individuale e, come tale, dovrà essere assoggettato alla disciplina di legge prevista per tale modello organizzativo (ovvero, nei termini che qui più interessano, con esposizione del proprio patrimonio al rischio di impresa).

tradite nell'applicazione rigida del modello legale astratto non coerente alla realtà. In sostanza, pare meritevole di tutela l'interesse del terzo al fatto che ci sia coerenza tra l'assetto giuridico col quale entra in contatto e la corrispondente disciplina legale.

Accordando forza inderogabile al modello legale, nel senso che cogentemente debba esserci coerenza tra il modello legale e il modello concreto, l'operatore dovrà semplicemente applicare le regole che presiedono il dispiegarsi del dato modello astratto al modello effettivamente risultante.

Un certo avallo di una simile posizione si può ritrovare peraltro in un *obiter dictum* di una nota pronuncia della Corte di Cassazione, che vale la pena riportare per intero: «Alla distinzione tra società dotate di personalità giuridica e società che sono prive di tale *status* non può attribuirsi un valore assiomatico assoluto perché una tale conclusione non si fonda sulla effettiva disciplina legislativa e le conseguenze che si potrebbero trarre non sarebbero giustificate. Occorre, pertanto, nell'esame delle varie fattispecie riferirsi alla concreta disciplina che il legislatore ha dato a ciascuna di esse, prescindendo, quindi, da classificazioni generali e da schemi astratti che, peraltro, sono in crisi anche dogmaticamente, come risulta da quegli studi che prendono atto che le società di persone, anche se sono prive della qualificazione di persone giuridiche, ne possiedono i connotati tipici; che la qualità di persona è indipendente dalla qualità dei diritti che si posseggono; che la soggettività delle persone giuridiche non corrisponde a quella della persona fisica (non essendo accettabile una visione antropomorfica del fenomeno) perché esse sono tali in senso traslato e la qualificazione viene richiamata per analogia perché la soggettività dei gruppi è, in ogni caso, incompleta e diversa da quella delle persone fisiche, sicché in dottrina si è parlato di soggettività imperfetta [...]. Risulta in definitiva determinante la disciplina positiva data a diritti e doveri di una pluralità di soggetti; occorre quindi riferirsi alla determinazione di quelle che sono state definite le condizioni di usi dei concetti di persona giuridica o di autonomia patrimoniale, evitando di far discendere da concetti assolutizzanti conseguenze non previste dall'ordinamento giuridico e fenomeni di "abuso della personalità giuridica" che porta alla disapplicazione delle norme che regolano altri istituti giuridici» (14).

(14) Cass. 8 novembre 1984, n. 5462, in *Gius. it.*, 1985, I, 1, p. 434 (con nota di Santonusso).

5. — *Spunti per iniziative di tutela, in fattispecie di lavoro irregolare* — Proiettando sul terreno pratico quando sopra esposto, si potrebbe ipotizzare che il lavoratore irregolare possa promuovere direttamente nei confronti di un soggetto, resosi protagonista dell'utilizzo abusivo di uno strumento societario, un'azione volta all'accertamento delle sue responsabilità, con l'obiettivo di coinvolgere il patrimonio personale del socio, invocando l'applicazione di una delle tecniche di repressione sopra brevemente narrate.

La traduzione nella pratica di tale iniziativa pone certamente ulteriori problematiche, anche di carattere processuale, che nell'economia del presente contributo non è possibile affrontare.

L'ipotesi tipica e ricorrente che può assumersi come riferimento è quella del lavoratore che abbia subito una condizione di irregolarità, con la conseguente maturazione di crediti vari, pregiudizi sul piano previdenziale ecc., lavorando per una impresa di piccole dimensioni organizzata come società unipersonale (o anche riconducibile a più soci tra di loro di fatto fortemente legati, come nel caso dei membri di una medesima famiglia), di solito macroscopicamente sottocapitalizzata e spesso esposta in concreto a prassi di confusione tra patrimonio sociale e personale del fondatore.

Concettualmente, l'accertamento della condotta abusiva del socio (ed eventualmente del danno da essa causato al lavoratore) e il danno «lavoristico» derivante dall'irregolarità della prestazione sono questioni distinte. Tuttavia, nella prospettiva qui ipotizzata potrà valutarsi la possibilità di esigere l'adempimento anche direttamente nei confronti del socio, sia in forza della classica prospettazione della con-titolarietà del rapporto di lavoro, sia in quanto soggetto che, superandosi per le ragioni dette la barriera della responsabilità limitata della società, risponde solidalmente col proprio patrimonio delle obbligazioni da questa assunte.

Questione diversa, in qualche caso altrettanto percorribile, è quella dell'accertamento della condotta del socio che, abusando del modello associativo, abbia causato l'insorgenza di un pregiudizio al lavoratore, laddove questi si trovi nella materiale impossibilità di soddisfare il proprio diritto stante l'incapienza del fondo sociale.

La praticabilità di tali ipotesi così come le complesse problematiche, anche di carattere processuale, che ne discendono non sono suscettibili di ulteriormente approfondimento nello spazio di queste note. Ciò che più interessava era porre il tema e, soprattutto, sollevare un velo su una prospettiva che, nonostante la così rilevante diffusione di comporta-

menti abusivi, sembrava subire una sorta di fatalistica rinuncia a perseguire condotte di chiara strumentalizzazione delle opportunità che l'ordinamento pone a disposizione (non certo di finalità abusive ma) di comportamenti imprenditoriali virtuosi e socialmente responsabili.

Lara Lazzeroni (*)

FLESSIBILITÀ E LAVORO

SOMMARIO: 1. Per fare il punto... — 2. Sugli interventi normativi di flessibilizzazione del fattore lavoro. — 2.1. Flessibilizzazione del lavoro: ragioni e vantaggi. — 2.2. Per una nuova flessibilità: ovvero degli interventi normativi. — 2.3. Della flessibilità in entrata/uscita: per un nuovo «modello» di lavoro? — 2.4. Della flessibilità nel rapporto di lavoro. — 2.5. Della flessibilità e di altri spazi di manovra. — 3. Dalla flessibilità ai lavori flessibili: biglietto di sola andata. — 4. Una nuova flessibilità e le sue (ri)cadute.

1. — *Per fare il punto...* — La flessibilità è lemma frequentemente usato in ambito lavoristico e giuslavoristico (terreno della ricostruzione proposta) quando si tenti di descrivere il *processo* di modifica di un sistema verso un alleggerimento dei vincoli giuridici in esso presenti (1), o anche di una estensione del suo ambito applicativo oltre i confini adusati, o di un indebolimento delle misure regolanti l'accesso, la permanenza o l'uscita dal mercato del lavoro (2). Sul piano etimologico, il termine descrive la capacità di un sistema, di un'entità, di un organismo di *mutare* aspetto divenendo più duttile, malleabile, adattivo alle nuove esigenze e, in uno con questa (capacità), la potenzialità di tornare all'aspetto originario (cfr. par. 3.). La flessibilità reclama quindi di essere letta nella sua dinamicità e per la sua capacità di sintetizzare i *muta-*

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro e Professore aggregato di Diritto della sicurezza sociale e delle relazioni industriali presso l'Università di Siena.

(1) Ridimensionamento dei meccanismi protettivi troppo vincolanti, ma anche «eliminazione delle rigidità» (R. Dahrendorf, *Quadrare il cerchio*, Laterza, Bari, 2000, p. 24) o «attenuazione dei vincoli [...] imposti a tutela del lavoro subordinato» [E. Ghera, *Occupazione e flessibilità*, in E. Ghera (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Jovene, Napoli, 1998, p. XX].

(2) M. Rusciano, *Diritto del lavoro (voce per una enciclopedia)*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, pp. 1046-1047; cfr. anche M.G. Garofalo, *Polisemia dell'espressione «flessibilità del lavoro» e modelli di sviluppo*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2006, spec. p. 274 ss.

menti, le *evoluzioni*, i *passaggi*, che interessano le componenti del circuito lavorativo/produttivo.

Ogni variazione di un sistema e ogni passaggio da una tecnica regolativa a un'altra, se operante nella direzione indicata (di alleggerimento, indebolimento, affievolimento, ampliamento ecc.), può essere considerata alla stregua di una misura di flessibilizzazione del sistema stesso, da che è facile argomentare come ogni sistema regolativo si sia confrontato con *il fenomeno* sotteso a tale espressione (e ciò a prescindere dall'utilizzo del *lemma* stesso), ovvero abbia comunque sperimentato modifiche al sistema giuridico (ma anche economico e sociale) nella direzione di una maggiore elasticità o duttilità o pervasività (3).

La flessibilità, oggi, è così da ricercare soprattutto nella *qualità*, nel *livello* e nel *grado* (incisività) del cambiamento che il lavoro ha registrato nell'ultimo decennio. È dunque espressione mutagena; è «un concetto che, pur non nuovo, assume un significato innovativo» (4), prestandosi a descrivere, oggi, il nuovo scenario dei mutamenti registrati nelle aree «impresa» e «lavoro».

A partire dalla metà del Novecento, la flessibilità viene impiegata negli studi di sociologia del lavoro e delle organizzazioni (da cui ha origine) (5) e nell'area degli studi economici e giuridici, con una gamma estesa di declinazioni e significati, talvolta anche simili, per quanto ognuna di tali specializzazioni (ma anche ognuna delle singole discipline al proprio interno) si sia contraddistinta per il contesto nel quale la parola è stata usata e per aver adottato differenti modalità di catalogazione. In sociologia del lavoro si è parlato di flessibilità nel prodotto/produzione, di flessibilità nella struttura, di flessibilità nella tecnologia e di flessibilità nelle risorse umane (6). Oppure si è distinto tra fles-

(3) Sul fatto che anche il modello di organizzazione fordista fosse «flessibile», K. Williams, T. Cutler, J. Williams, C. Haslam, *The End of Mass Production?*, in *Economy and Society*, 1987, pp. 405 ss. Evidenzia altresì come la flessibilità dei rapporti di lavoro rappresenti una sorta di *continuum* storico nelle evoluzioni otto-novecentesche del diritto del lavoro, contrapponendo a tal fine la differenza tra rigidità delle forme organizzative e flessibilità (instabilità) delle tutele ben anche nel periodo fordista, A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, spec. pp. 340 ss.

(4) Già in M. La Rosa, *Flessibilità, lavoro, impresa: dal contributo sociologico all'approccio interdisciplinare*, in *Soc. lav.*, 1990, p. 12.

(5) Si veda T. Burns, G.M. Stalker, *The Management of Innovations*, Tavistock, Londra, 1961.

(6) Tutti da leggersi all'interno del processo produttivo: M. La Rosa, *op. cit.*, pp. 14 ss.

sibilità legata all'orario di lavoro, flessibilità nell'ingresso e nell'uscita dall'impresa (cd. «flessibilità numerica»), e flessibilità nell'area della mobilità interna all'impresa («flessibilità funzionale od organizzativa») (7), prevalentemente legata all'esercizio delle mansioni (8).

Nelle classificazioni in uso tra i giuristi del lavoro (9), le tecniche utilizzate sono in larga parte riconducibili a due macro-tipi (passibili di molteplici sotto-catalogazioni): la flessibilità da riferirsi alla figura del *lavoratore*, o al *lavoro* in senso ampio, e quella da riferirsi all'*impresa* (cfr. par. 2.).

Siffatta catalogazione svela in verità una questione ancora calda nel dibattito giuridico italiano: essendo *lavoratore* e *impresa* portatori di interessi solo in taluni frangenti complementari, ma di fondo fortemente divergenti, ogni intervento normativo nel senso della flessibilizzazione delle condizioni esistenti si porta dietro un alone ideologico che spesso determina incertezza sul soggetto al quale la flessibilità introdotta giova o nuoce (10). Tanto che in molti contesti l'espressione viene giudicata strabordante di valore simbolico (11). Dal che entra

(7) E. Reyneri, *Flessibilità: molti significati, alcune contraddizioni*, in *Soc. lav.*, 2003, pp. 21 ss.

(8) Su f. numerica, f. funzionale e altre tipologie di catalogazioni, v. M. Hudson, *Flexibility and reorganization of work*, in B. Burchell, D. Ladipo, F. Wilkinson (eds.), *Job Insecurity and Work Intensification*, Routledge, London, 2002, pp. 39 ss.; A. Fumagalli, *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, in *q. Riv.*, 2001, pp. 219 ss.; A. Kalleberg, *Coinvolgimento e flessibilità: i cambiamenti delle relazioni di lavoro nelle società industriali*, in *Soc. lav.*, 1990, pp. 11 ss.

(9) Anche per una ricognizione, si rinvia a R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al decreto Biagi*, in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 364-365.

(10) Nel senso che la flessibilità dovrebbe piuttosto essere «un diverso assetto ed equilibrio dei vari interessi e profili di tutela, per evitare che la rigidità di alcuni si traduca in fattore di fragilità e inaccessibilità», M. Dell'Olio, *Sul sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 57. V. inoltre P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 113, sull'importanza di affrontare il problema della f. nel mercato del lavoro ponendosi anche nella prospettiva di «dosare la tutela della stabilità in modo da realizzare una opportuna conciliazione degli interessi degli [insider] e degli [outsider]».

(11) B. Caruso, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 501 ss.; A. Accornero, *Il lavoro dalla rigidità alla flessibilità. E poi?*, in *Soc. lav.*, 2005, pp. 16 ss. Tra gli studi di sociologia si è sostenuto come non sia bene «... considerare flessibilità qualunque cosa le imprese ritengano utile per accrescere la pro-

con prepotenza, anche all'interno del dibattito giuridico, la questione sulla bontà o sulla miseria della flessibilità che ha così tanto affollato le pagine di riviste e quotidiani (cfr. par. 4.).

Ciò, in special modo, quando di flessibilità si parla in relazione alle tipologie contrattuali di accesso al lavoro. In questo caso il rischio di un simbolismo lessicale diviene molto forte, ove, ad esempio, non si distingua, opportunamente, tra flessibilità e «precarietà» (o più esattamente tra *lavori* flessibili e *lavori* precari: cfr. par. 3.), dove con precarietà ci si riferisce alla qualità di ciò che è provvisorio, in quanto *non duraturo* nel tempo, ma *nel senso di destinato a venire meno più che a mutare*. Aspetto di differenza ben spesso sorvolato e che porta inopportuna-mente ad accomunare i lavori flessibili (quale il *part-time*, che mutano senza venire meno) ai lavori precari (quali i contratti di natura temporanea, che vengono meno senza necessariamente mutare), con non trascurabili ricadute generali (cfr. par. 4.).

2. — *Sugli interventi normativi di flessibilizzazione del fattore lavoro* — Sull'argomento, tre questioni hanno principalmente interessato gli interpreti: quali siano le ragioni storiche all'origine dell'adozione, nell'ultimo mezzo secolo, di strumenti di flessibilizzazione dell'area «lavoro» (impresa e lavoratore); quali siano i vantaggi che derivano al sistema dall'introdurre, assecondare o valorizzare tali strumenti di flessibilizzazione; quali siano gli interventi normativi oggi accomunabili sotto il vessillo della «nuova» flessibilità del lavoro, e per realizzare quali obiettivi di massima sono stati congegnati.

2.1. — *Flessibilizzazione del lavoro: ragioni e vantaggi* — Riguardo alla prima questione, sociologi e giuslavoristi (12) hanno evidenziato come la flessibilità del fattore lavoro, dalla fine degli anni settanta, sia la diretta risultante dei mutamenti che hanno interessato le imprese (neces-

pria competitività» (E. Reyneri, *op. cit.*, p. 21; in argomento ampiamente M. Regini, *Modelli di capitalismo: la risposta europea alla sfida della globalizzazione*, Laterza, Roma, 2000) e che è opportuno distinguere tra strumenti di flessibilizzazione che favoriscono le imprese e quelli che trovano consensi tra i lavoratori.

(12) *Ex multis*, L. Mariucci, *La flessibilità nel diritto del lavoro*, in *Soc. lav.*, 1990, spec. pp. 30 ss.; A. Maresca, *Recenti orientamenti legislativi in tema di flessibilità nel rapporto di lavoro*, in *Soc. lav.*, 1990, spec. pp. 227 ss.; G. Santoro Passarelli, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 1 ss.

sitata nell'*an* ma oggetto di ampie contestazioni nel *quantum*) (13). Tra questi si annoverano la crescita della concorrenza sul piano internazionale; il diffondersi del settore terziario; l'accentuarsi di esigenze legate alla produzione [quali la modifica dei sistemi e delle tecniche adottate; la facilitazione della conversione dei sistemi produttivi (14); il miglioramento dell'efficienza dei processi produttivi; l'innovatività dei prodotti realizzati ecc.]; la grave crisi energetica ed economica degli anni settanta (che si riteneva di superare alleggerendo il sistema dai vincoli presenti); il processo di integrazione europea. Flessibilità inizialmente «d'emergenza», invocata, per favorire il *ricorso* alla manodopera necessaria (15), e solo in misura più contenuta nel senso di rendere più *articolata* la gestione del lavoro (16).

Fatti salvi più sporadici interventi dei giuristi del lavoro (17), sono piuttosto gli economisti ad aver fornito le risposte più articolate alla seconda questione, relativa ai vantaggi ottenibili dall'impiego di strumenti di flessibilizzazione del fattore «lavoro». In quei dibattiti, venivano spesso paventati i vantaggi della creazione di uno stretto canale di collegamento tra flessibilità nell'accesso al lavoro e crescita dell'occupazione, che legge tali due componenti in un rapporto di proporzionalità diretta (18): l'occupazione cresce con l'incremento di dosi di flessibilità nel mercato del lavoro e all'interno del rapporto di lavoro.

Molto raramente, perlomeno fino alla fine degli anni ottanta – e salvi i casi in cui si è ritenuto che la leva principale per l'aumento dell'occupazione fosse piuttosto da ricercare nell'incremento della produttività.

(13) B. Caruso, *op. ult. cit.*, p. 509.

(14) V., in particolare, F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 3 ss.

(15) Accomunati in tale finalizzazione, v. l'art. 23, legge n. 56/1987 per l'aposizione di un termine al contratto di lavoro anche nei casi individuati dai contratti collettivi, oltre a quelli della legge n. 230/62, già ampliati dal d.l. 3 dicembre 1977, n. 876. Cfr. anche l'introduzione, con il Cfl, di incentivi per l'avviamento nominativo al lavoro di soggetti di età inferiore ai ventinove anni (*ex art. 3, legge n. 863/1984*), scardinando in parte il meccanismo dell'avviamento numerico (legge n. 264/1949).

(16) In proposito, v. l'art. 5, comma 4, legge n. 863/1984 sul *part-time* e i limiti alla introduzione di *ulteriori* dosi di flessibilizzazione (come il lavoro supplementare).

(17) Per una ricostruzione, v. R. De Luca Tamajo, *Gli anni settanta: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 122 ss.

(18) Dato di contiguità sostenuto anche dall'Ocse a partire dagli inizi degli anni ottanta.

vità delle imprese –, l'economia del lavoro è stata proclive a contestare una diretta e primaria consequenzialità di effetti tra grado di flessibilità del lavoro (e del mercato, in particolare) e livelli di occupazione; ciò anche con non secondarie conseguenze sul piano della produzione normativa (19). La situazione è in parte mutata nel corso degli anni novanta (20) – con economisti (21) avviati a contestare la validità dell'orientamento prevalente anche per l'assenza di evidenze empiriche (22) –, ma il vero momento di strappo avrà luogo qualche anno dopo l'emanazione del d.lgs. n. 276/2003 che, accolto da gran parte degli economisti come lo strumento destinato a confutare la tesi «più flessibilità più occupazione», in realtà si rivelerà un'illusione (23).

2.2. — *Per una nuova flessibilità: ovvero degli interventi normativi* — Più intrigante, per il giurista, è stato invece affrontare la questione degli *interventi normativi* che hanno introdotto o favorito la flessibilità legata al lavoro, in tal modo scorgendo sempre nuove modalità di proporsi della flessibilità stessa.

Alla fine degli anni ottanta si riteneva che gli interventi normativi di correzione del fattore «lavoro» dell'ultimo decennio fossero stati di tale rilevanza da aver perduto la connotazione di strumenti d'emergenza

(19) Nella legge n. 196/1997, con la finalità di aumentare l'occupazione, sono, ad es., raccolti il lavoro interinale; la riforma del contratto a termine che prosegua di fatto oltre la scadenza; l'apprendistato e la riforma del Cfl; la delega e alcune disposizioni in materia di Lsu: tipologie contrattuali contrassegnate dalla temporaneità del vincolo negoziale.

(20) In quegli anni anche gli studi dei giuslavoristi sul rapporto tra f. e occupazione si fanno più compositi: già M. D'Antona, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, in M. D'Antona (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 1990; A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 357. In via ricostruttiva della questione, v. R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, spec. pp. 17 ss.

(21) Per tutti, Jackman R., Layard R., Nickell S., *Combating Unemployment: Is Flexibility Enough?*, *Cep Discussion Papers* Cepdp0293, *Centre for Economic Performance*, Lse, London, 1996; Nickell S., Layard R., *Labor market institutions and economic performance*, in O. Ashenfelter & D. Card (ed.), *Handbook of Labor Economics*, edition 1, vol. 3, capitolo 46, 1999, pp. 3029 ss.; T. Boeri, G. Nicoletti, S. Scarpetta, *Regulation And Labour Market Performance*, *Cep Discussion Papers* 2420, *Cepr Discussion Papers*, 2000.

(22) Con attitudine ricompositiva, M. Capparucci, *Il mercato del lavoro e la flessibilità. Teorie ed evidenze empiriche*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. pp. 133 ss.

(23) T. Boeri, P. Garibaldi, *Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honey-moon Effect?*, in *The Economic Journal*, 2007, vol. 117, i. 521, F357 ss.

(24). I filoni principali del processo di flessibilizzazione potevano essere catalogati (25) in quello delle «politiche retributive» (Tfr e abolizione della scala mobile, in particolare); delle «crisi di impresa e [del] mercato del lavoro» (con epicentro nella Cig) e dei «rapporti flessibili o precari» [Cfl, *part-time* (26), contratto a termine e di solidarietà]. Si avanzavano proposte definitorie, distinguendo, ad esempio, tra flessibilità «esterna» e «interna» (27), pensando agli interventi nell'area dell'accesso al mercato del lavoro da parte delle imprese (quali la modifica al sistema di collocamento o l'ampliamento del ricorso al contratto a termine) e a quelli relativi all'impiego delle risorse umane da parte di queste ultime (con il caso emblematico del *part-time*); coronando il tutto con un ampio dibattito attorno a subordinazione e «modulazione» delle tutele (28).

Negli anni novanta (29), matura l'idea di una nuova era della flessibilità, «diventata ormai una costante e perciò un connotato del diritto del lavoro» (30), per quanto richiedente un controllo attento a evitare debordamenti attraverso l'adozione di linee di «flessibilizzazione controllata» (31). I profili di maggiore interesse che descrivono l'avanzare

(24) M. V. Ballestrero, *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi?*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 290.

(25) L. Mariucci, *La flessibilità nel diritto del lavoro*, cit., pp. 24 ss.

(26) In argomento, e più ampiamente sulla flessibilità oraria, S. Scarponi, *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988.

(27) A. Perulli, *Le relazioni industriali e i due fronti della flessibilità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, pp. 85 ss.; M.V. Ballestrero, *op. cit.*, pp. 295 ss.

(28) V. in particolare M. Pedrazzoli, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, pp. 506 ss.; L. Gaeta, *In tema di frammentazione della subordinazione: a proposito di un paio di sfasature e di un viaggio nel passato*, in M. D'Antona (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 1990, pp. 119 ss., poi in L. Gaeta, *Tecniche utilizzate dalla riforma del mercato del lavoro nella qualificazione del rapporto di lavoro*, in L. Mariucci (a cura di), *op. cit.*, 2006, pp. 270 ss.

(29) Cfr. B. Veneziani, *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, 1993, pp. 235 ss., per l'analisi in una prospettiva comparativa. V. inoltre G. Santoro Passarelli, voce *Diritto del lavoro (flessibilità)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1997, pp. 1 ss.

(30) G. Santoro Passarelli, *Prefazione*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *op. cit.*, p. IX. In tal senso già M. D'Antona, *op. ult. cit.*, pp. 9 ss. Inoltre, M. D'Antona, *Dopo il vincoliamo che cosa?*, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), 2000, *Opere*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 931: «È più di un lustro, ormai, che questo vincolismo è stato abbandonato [ma] non nel senso di [...] un passaggio a un regime liberalista di mercato, ma nel senso di abbracciare un diverso modello [...] che io definirei di amministrazione neocorporativa della flessibilità».

(31) R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli*, cit., p. 298.

frizzante e avventuroso (ma ancora timido) della flessibilità nel diritto del lavoro, sono da riferire alla flessibilità cd. *retributiva* (32); dell'*orario e/o luogo di lavoro* (33); delle *mansioni* (34); nell'*accesso al lavoro* (35); nell'*uscita dal lavoro* (36); nell'area *previdenziale* (37).

È tuttavia la fotografia che ritrae gli ultimi dodici anni di storia a presentare quanto mai rilevanti integrazioni nel panorama della flessibilità. In tale periodo si assiste alla *mutazione (infra)* e alla *migrazione lessicale* (par. 3.) della flessibilità, attraverso la realizzazione e stabilizzazione a opera del legislatore di un *metodo*, di un *modello* improntato sulla flessibilizzazione nella gestione dei fattori «lavoro» e «impresa». Ciò può dirsi almeno per due ragioni: per la flessibilità che sperimenta nuovi lidi espandendosi su aree inesplorate e, soprattutto, per il *grado* fortemente elevato di infiltrazione all'interno del sistema, che dunque raggiunge una rilevanza e una incisività mai collaudate.

Essenzialmente due sono le aree di intervento della flessibilità: l'impresa e il lavoro/lavoratore, con una distinzione, in seno a quest'ultima area, tra flessibilità in entrata/uscita dal mercato del lavoro e flessibilità nell'esecuzione della prestazione lavorativa (38).

Sono da ricondurre alla flessibilità *dell'impresa* gli strumenti esterni al profilo della gestione delle risorse umane che non siano di ostacolo, o che addirittura favoriscano, o sostengano, da un lato, il dilagare di soluzioni alternative in merito alle modalità di rendere un servizio o produr-

(32) Sia in ordine al superamento della cd. onnicomprensività sia, in special modo, sull'onda lunga del Protocollo del 23 luglio 1993, in relazione al profilo della retribuzione variabile e della sostituzione della indennità di contingenza con quella di vacanza contrattuale.

(33) Collegabili all'abolizione del divieto di lavoro notturno per le donne, *ex art. 17*, legge n. 25/1999; all'*art. 13*, legge n. 196/97, per la multiperiodalità dell'orario di lavoro e per l'orario ridotto; all'*art. 4* della legge n. 191/1998 sul telelavoro e dal successivo d.P.R. n. 70/1999 che ne regola la disciplina nella p.a.

(34) Alla derogabilità *in peius* delle mansioni (art. 2103 cod. civ.), ammessa solo nel caso della lavoratrice in gravidanza (*ex art. 3*, legge n. 1204/1971), si aggiunge l'ipotesi di attribuzione di mansioni inferiori come rimedio per evitare il licenziamento (art. 4, comma 11, legge n. 223/1991).

(35) Cfr. legge n. 196/97.

(36) Cfr. legge n. 108/90 limitatamente alla disapplicazione delle garanzie contro i licenziamenti in caso di imprese di tendenza e per l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione che preceda l'azione in giudizio contro il licenziamento nel campo della tutela obbligatoria; cfr. inoltre la legge n. 223/91.

(37) Con l'apertura ai sistemi di previdenza complementare. Si veda R. Pessi, *La riforma del sistema previdenziale*, Cedam, Padova, 1995, pp. 6 ss.

(38) Vd. G. Ferraro, 2004, pp. 241-242 e 246 ss. per le tipologie di flessibilità.

re un bene, come nel caso dell'appalto e del sub-appalto, dall'altro, il difendersi di strumenti e strategie per favorire il decentramento produttivo (39), ma anche aspetti come la riconversione industriale e l'innovazione tecnologica (40). La flessibilità che riguarda l'impresa nel senso appena detto (ben più incisiva dopo il d. lgs. n. 276/2003 e le modifiche all'art. 2112 cod. civ. intervenute nel 2001 e 2003) attiene in special modo al passaggio da sistemi di integrazione verticale – dove l'impresa produce tutto ciò che serve a ottenere il prodotto finale – a modelli basati sull'integrazione orizzontale, oggi ben rappresentati dalla «logica dell'*outsourcing*» (41), della esternalizzazione di tutte quelle attività che non costituiscono il nucleo centrale della produzione o del servizio reso. Tale piano della flessibilità (la flessibilità esterna al fattore lavoro) ha rappresentato il presupposto storico-economico della nascita e del dilagare della flessibilità riferita al lavoro – nascendo infatti quest'ultima come richiesta di adattamento al mutare dell'impresa e delle esigenze di questa (cfr. *supra*) –, e gli studi e le indagini su come debba essere intesa e ricomposta la flessibilità in tale ambito hanno dunque accompagnato passo dopo passo la flessibilità del lavoratore e del lavoro, che rappresenta oggetto di attrattiva costante per il giuslavorista.

Molto generosa è, infatti, l'indagine su grado, effetti, incisività e conseguenze della crescente flessibilizzazione del fattore lavoro e del lavoratore (la flessibilità nelle risorse umane).

Il nuovo millennio offre composizioni della flessibilità altamente rappresentative: il *part-time* (d.lgs. n. 61/2000, più volte rivisitato); il distacco del lavoratore nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (d.lgs. n. 72/2000); il contratto a termine (d.lgs. n. 368/2001); le norme per agevolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro (d.lgs. n. 181/2000 e d.lgs. n. 297/2002); la riforma dell'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003); la disciplina riguardante molteplici aree come

(39) Vd. Atti Aidlass, 2000.

(40) Dalla bonifica di certi siti industriali, alla predisposizione per via normativa di misure economiche che favoriscano insediamenti industriali in certe aree geografiche.

(41) A. Accornero, *op. cit.*, p. 13; R. Del Punta, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Studi in Onore di G. Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 625 ss.; R. De Luca Tamajo, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto di servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro*, Atti dei convegni Lincei, 2006, pp. 125 ss.; S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, pp. 71 ss.

l'occupazione, il mercato del lavoro e la previdenza sociale, di cui al d.lgs. n. 276/2003, alla legge n. 247/2007 e alla legge n. 183/2010 (Collegato lavoro); il riordino di previdenza e assistenza e quello degli enti relativi (spec. legge delega n. 243/2004, d.lgs. n. 252/2005, legge n. 247/2007, art. 20, legge n. 133/2008) (42); fino alla cd. manovra di Ferragosto (d.l. n. 138/2011), il cui art. 8 è potenzialmente foriero, sulla base dell'uso che di tale norma farà la contrattazione decentrata, di una flessibilizzazione sconfinata del fattore lavoro, riferibile alla organizzazione del lavoro (orario di lavoro, mansioni, inquadramento e classificazione del personale), ma anche alle clausole dei vari tipi contrattuali passando per l'intera disciplina del rapporto di lavoro, fino ad arrivare alle modalità di assunzione, trasformazione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro. Disposizioni, tutte, delle quali non si possono che proporre giusto alcuni spunti argomentativi (essendo molteplici e articolati quelli possibili), tentando di fornire qualche esempio di come venga a caratterizzarsi, attraverso tali interventi, la flessibilità del lavoro/lavoratore.

Viene così di utilità distinguere tra flessibilità in entrata/uscita (43) dal lavoro e flessibilità nella gestione delle risorse umane, in seno al rapporto di lavoro (44).

2.3. — *Della flessibilità in entrata/uscita: per un nuovo «modello» di lavoro?*
 — Quanto alla flessibilità in entrata/uscita, gli studiosi si sono *in primis* cimentati a descrivere le linee di confine tra le due; a volte con non poche difficoltà per il fatto che i profili sono strettamente connessi, perlomeno dal punto di vista di certe discipline (come l'economia del lavoro), ogni volta in cui si discute se: 1) rendere più agevole il recesso possa favorire l'aumento dell'occupazione (45) – ragionamento alla ba-

(42) M. Cinelli, *Competitività, flessibilità delle tutele, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 315, ravvisa oggi una «sorta di temibile “flessibilità dell'effettività delle tutele”» e di «affievolimento dei diritti previdenziali stessi».

(43) In particolare sulla f. in entrata, G. Ferraro, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro bianco sul mercato del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, spec. pp. 428 ss. Ampiamente sulla *ratio* economica della f. in entrata, L. Zappalà, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in *q. Riv.*, 2006, pp. 171 ss.

(44) Traduce «f. in entrata/uscita e f. nel lavoro» come «f. dell'occupazione e del lavoro», J.C. Barbier, H. Nadel, *La flessibilità del lavoro e dell'occupazione*, Donzelli, Roma, 2002, spec. pp. 17 ss., per evidenziarne la diversa portata e i diversi effetti in punto di stabilità del rapporto di lavoro.

(45) In tema, ampiamente, A. Ichino, P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pp. 459 ss.; U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di*

se, oggi, della riforma dell'art. 18 Stat. lav. – (se potessi licenziare con limitate conseguenze, è probabile che assumerei senza troppe reticenze?); 2) il favorire la flessibilità nell'accesso al lavoro [ma qui leggasi tipologie contrattuali *atipiche* (46) quand'anche non *precarie*: cfr. par. 4.], possa portare nel medio periodo a una stabilizzazione dell'impiego (ad es.: i lavoratori si abituano a spostarsi da un lavoro a un altro e ciò avviene attraverso una crescente riduzione dei tempi di attesa tra un impiego e l'altro).

Sul piano normativo, nel senso di questo profondo legame tra flessibilità in entrata e in uscita, militano numerose disposizioni. Tra queste, il *contratto a tempo determinato*, che dopo la riforma del d.lgs. n. 368/2001 è stato legalizzato con la formula ampia sulle causali giustificative richieste per il ricorso a esso (47). Peraltro, fino al 2007 (art. 1, comma 40, legge n. 247/2007), le aziende erano ammesse a stipulare più contratti a termine, anche per lo svolgimento delle stesse mansioni, con il solo vincolo (onde evitare la trasformazione) di far defluire un tempo minimo tra una stipula e l'altra. Ciò con l'effetto che l'istituto è stato per anni, anche nella p.a., uno strumento pressoché sostitutivo del contratto a tempo indeterminato, rispetto al quale la riforma del 2007 ha solo apposto una pezza all'estrema flessibilizzazione assunta dal meccanismo – avendo questa previsto il limite di 36 mesi alla durata complessiva dei rapporti di lavoro a termine in relazione allo svolgimento di mansioni equivalenti (48) – senza però arginare la maggiore criticità data dalla presenza di ampie causali per il ricorso a tale tipologia negoziale. Situazione alla quale si aggiunge, accentuando gli aspetti di flessibilità in entrata/uscita, l'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro nei casi di conversione dei contratti a termine, per il quale il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità onnicomprensiva.

Due esempi, in particolare, meritano menzione nell'introdurre a ul-

eguaglianza, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 544, e L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, pp. 415 ss.

(46) «Che si distaccano dal prototipo, secondo il modello fordista, di rapporto a tempo pieno e indeterminato»: F. Mazziotti, *Limiti alla flessibilità*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 1113.

(47) Art. 1, comma 1: «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

(48) Si fa notare come la successiva riforma della legge n. 133/2008, art. 21, abbia di nuovo prodotto una flessibilizzazione dell'istituto ammettendo i contratti collettivi a derogare al limite di 36 mesi.

teriori profili di rilevanza. In primo luogo, si pensi alla *somministrazione di lavoro* (artt. 20-28, d.lgs. n. 276/2003), espressione di una nuova flessibilità non tanto per essere il rifacimento del lavoro interinale, quanto per la previsione – solo temporaneamente abrogata dall'art. 1, comma 46, della legge n. 247/2007, ma reintrodotta dall'art. 2, comma 143, legge n. 191/2009 – della somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*), con la quale garantire, per certe attività predefinite, un rapporto stabilizzato tra utilizzatore e agenzia di somministrazione nel ricorso a manodopera somministrata (quindi a termine). Operazione che induce così a ritenere forte la volontà di stabilizzare nel sistema lavoristico il *modello* della temporaneità dei rapporti di lavoro nelle relazioni commerciali tra imprese (*amplius*, della flessibilità dell'occupazione).

La flessibilità negoziale (precarietà dell'impiego) interessa poi anche l'ampia questione dell'accesso al mercato del lavoro attraverso il ricorso a forme parasubordinate o autonome. Il tema è al centro di due interventi normativi, in special modo. Nella legge n. 142/2001 sul socio di cooperativa, ad esempio, si ammette l'inquadramento del socio-lavoratore con un contratto di natura autonoma, subordinata o in «qualsiasi altra forma» (49). Si dispone in proposito che sia il regolamento interno della cooperativa medesima a prevedere i casi di ricorso all'una o all'altra forma, con l'effetto che l'istituto si mostra come chiara espressione di una flessibilità *sistemica*.

Nel d.lgs. n. 276/2003, agli artt. 61-69, si regolamenta invece il lavoro a progetto con l'individuazione di regole formali e sostanziali per il ricorso a esso (teatro di ampie discussioni e forti criticità); sotto questo frangente irrigidendo il sistema esistente delle collaborazioni coordinate e continuative, invece carente di regole per la formazione del vincolo giuridico tra le parti. Il modello congegnato entra a pieno titolo nel novero delle modalità di costituzione di un «rapporto lavorativo». Tuttavia, pur non essendo formalmente un congegno *alternativo* al rapporto di lavoro subordinato – per essere utilizzabile solo in presenza di progetti, programmi o fasi di essi autonomamente gestibili dal collaboratore –, di fatto finisce per esserlo, a motivo dell'ampio margine probatorio rimesso al committente. Costui viene difatti pur sempre ammesso a provare l'esistenza del progetto anche in mancanza di forma

(49) In argomento M. Biagi, *Progettare per modernizzare*, Allegato in T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 276-277. In anticipazione di tali contenuti, prima della legge del 2001, v. M. Biagi, *Cooperative e rapporti di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1983, spec. pp. 75 ss.

scritta; così mettendo in dubbio (per il fatto di aprirsi la strada all'accertamento giudiziale, di per sé aleatorio) la natura subordinata di un rapporto di lavoro che si instauri di fatto tra due soggetti senza la forma prescritta dalla legge. Ciò, nonostante il fatto che l'istituto ben avrebbe dovuto rappresentare, piuttosto, lo strumento idoneo a consentire il passaggio dalle incertezze del vecchio (le cd. co.co.co. senza imposizione di forma scritta) alle certezze del nuovo.

Altri istituti coronano il palco della «flessibilità negoziale», confutando l'idea di una «flessibilità modello», pur nonostante il fatto che taluni di questi abbiano una ridotta rispondenza applicativa e siano più esattamente da ascrivere tra gli esempi di precarietà (50) (cfr. parr. 1 e 4). Così i modelli negoziali confezionati in vista di un «bisogno». Tale è il *lavoro intermittente* (51), per il quale, salvo il caso di disponibilità del lavoratore, è priva di significato la stessa disciplina dei licenziamenti (52) (potendo il datore di lavoro limitarsi a non chiamare più al lavoro il lavoratore). Ma tale è anche il caso – ma solo per la *ratio* dell'istituto (stando questo fuori dall'area della subordinazione e pur riferibile com'è ad attività idealmente inconsuete) – del *lavoro occasionale di tipo accessorio* (artt. 70-74, d.lgs. n. 276/2003), destinato, per sua stessa concezione, a un uso limitato nel tempo della forza lavoro, che quindi mantiene un grado elevato di instabilità nel sistema.

A quanto appena detto sulla moltiplicazione delle modalità di accesso al lavoro, si aggiunga la propensione del sistema normativo a indebolire il rapporto «contratto standard»/«contratti flessibili» letto in chiave di regola/eccezione. L'art. 86, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 introduce, ad es., un meccanismo nuovo (53), in base al quale l'associan-

(50) G. Santoro Passarelli, *Competitività e flessibilità nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, p. 206.

(51) R. Romei, *Lavoro intermittente*, in L. Montuschi *et alii*, *Il nuovo mercato del lavoro: commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 401 ss.

(52) Essendo che il datore di lavoro non è tenuto a garantire un corrispettivo al lavoratore calibrato su di un numero minimo di ore settimanali e a prescindere dalla richiesta di esecuzione della prestazione lavorativa.

(53) L'art. 86, comma 2, cit., recita: «Al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo, a meno che il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore

te, cui viene contestata l'esatta qualificazione di un rapporto di associazione in partecipazione costituito con un associato, è ammesso a provare – pur se con «idonee» attestazioni o documentazioni – che pur non ricorrendo l'associazione in partecipazione, comunque non si tratta di lavoro *subordinato a tempo pieno e indeterminato*, bensì di lavoro autonomo, oppure parasubordinato, oppure ancora subordinato ma non a tempo pieno, o non a tempo indeterminato. In ipotesi, se il fittizio contratto di associazione in partecipazione fosse in qualche modo riconducibile, nella veste, a un contratto a termine, il datore di lavoro sarebbe sì caduto nella «trappola» della subordinazione, ma potrebbe ben presto uscirne. In ipotesi ancora, se l'associante riuscisse a provare che per l'esecuzione del lavoro l'associato ha seguito la realizzazione di un progetto, parimenti potrebbe rivendicare l'applicazione della disciplina del lavoro a progetto, scongiurando la «trappola» del lavoro subordinato.

L'esempio proposto mostra così il favore dell'ordinamento verso dispositivi di supporto per così dire «sistemico» alla flessibilità del lavoro (*id est* alle tipologie atipiche o precarie), proseguendo nell'opera di scardinamento di quel rapporto regola/eccezione che per anni ha caratterizzato il nostro diritto del lavoro.

Quanto specificamente alla flessibilità in uscita, a testimonianza di una nuova primavera della flessibilità del sistema, valga il tentativo, già risalente ai primi mesi del 2002 e oggetto di un tesissimo confronto oggi, di disinnescare l'art. 18 dello Stat. lav. (54). Quel tentativo possiede, ai nostri fini, un alto valore rappresentativo, di conferma di una flessibilizzazione divenuta *metodo* del sistema lavoristico. L'art. 18, infatti, baluardo della «stabilità» del lavoro (per alcuni), e della legnosità e rigidità operativa della nostra disciplina, fino a ricondurvi il problema del dualismo del mercato del lavoro (per altri), al di là dell'esito che avrà

non compri, con idonee attestazioni o documentazioni, che la prestazione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento».

(54) Per il dibattito di allora v. M. Napoli, *Elogio della stabilità*, in M. Napoli (a cura di), *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 160 ss.; F. Carinci, *Discutendo attorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, pp. 35 ss. Sulla riforma riproposta oggi, cfr. in particolare i numerosi contributi sulla stampa e sul web.

il confronto attuale fra Governo e parti sociali, ha comunque subito il duro colpo della riduzione del campo di applicazione. Da un lato, a motivo dell'uso crescente della flessibilità in entrata – l'aumento di contratti di natura temporanea risolve di misura il problema del recesso dal rapporto di lavoro, già votato alla scadenza per la previsione di un termine finale – e, dall'altro, in ragione della frammentazione e parcellizzazione dell'impresa ma anche della esternalizzazione di parti sempre più consistenti del processo produttivo.

2.4. — *Della flessibilità nel rapporto di lavoro* — Riflettendo sulla flessibilità in seno al rapporto di lavoro, si possono cogliere nella disciplina sull'orario di lavoro (d.lgs. n. 66/2003) gli aspetti di conferma prevalenti (55). Quel provvedimento, invero, evidenzia come la regolazione in maniera flessibile del tempo-orario di lavoro rappresenti oggi la *modalità standard* di esecuzione della prestazione lavorativa. Il provvedimento supera, di fatto e di diritto, l'idea di dover indennizzare ogni prestazione aggiuntiva o diversa rispetto a quelle stabilmente, costantemente, rilasciate dal lavoratore, proprio a motivo della alterazione prodotta dalla flessibilità nei confronti della regolarità, della stabilità, della fissità delle condizioni fino a quel momento applicate. Accogliere in seno alle disposizioni normative di nuovo conio strumenti quali la multiperiodalità dell'orario, la banca delle ore, l'orario concentrato ecc. – senza voler qui arrivare a discutere delle capacità di tali strumenti di favorire l'accrescimento o anche solo il mantenimento del livello di occupazione di una data realtà produttiva – non può che rappresentare un'apertura all'idea che la flessibilità assurge al rango di *ordinaria tecnica* operativa.

Nel panorama degli esempi, si colloca altresì il tema – invero mai sopito, ma particolarmente incalzante oggi – della flessibilità salariale, che gli economisti si attardano a distinguere in due sottotipi. Da un lato, si colloca la flessibilità salariale come strumento esterno al mercato del lavoro, idonea a misurare la variabilità del reddito al mutare delle fluttuazioni di mercato; dall'altro, invece, c'è la flessibilità salariale da intendere come strumento interno al fattore lavoro e che riguarda, oggi specialmente, il profilo delle differenze retributive legate agli incentivi economici in risposta a differenti capacità produttive o anche all'andamento economico dell'azienda. Profilo ben più noto ai giuslavoristi, rispetto al precedente, e da costoro ampiamente approfondito,

(55) R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli*, op. cit., p. 367.

che interessa in diversa misura il settore privato e quello pubblico. In seno a quest'ultimo si assiste a una crescente diffusione di diversificati modelli di valutazione delle prestazioni rese dai pubblici dipendenti, cui ancorare l'erogazione di incentivi economici: dalla valutazione dei risultati conseguiti in termini quantitativi, alla valutazione della qualità dei risultati stessi (individuali e collettivi). Per i lavoratori del settore privato, di contro, c'è piuttosto la sensazione che si vadano *specificando* i modelli di incentivazione economica già introdotti nel Protocollo Ciampi (con i salari da legare a parametri quali produttività, redditività, qualità), sull'onda di ampie sollecitazioni che incitano ad approfondire i sistemi di valorizzazione del rendimento (56).

Al contempo, tuttavia, per entrambe le aree (pubblico e privato), voci ancora fuori dal coro – rispetto all'impostazione classica degli economisti per la quale tanto maggiore è la competitività sul lavoro, tanto maggiori sono le dosi di produttività garantite – tendono a mostrare come il sistema della flessibilità salariale, in particolare l'*incentivo economico*, non sia lo strumento più adatto a garantire margini crescenti di produttività alle imprese (57), consigliando quindi di favorire, allo scopo, altri strumenti di flessibilizzazione del fattore lavoro, quali l'aumento della discrezionalità, dell'autonomia e del controllo sul proprio lavoro da parte dei lavoratori; la variazione dei compiti assegnati; l'opportunità di esprimere le proprie capacità anche oltre il lavoro concretamente richiesto ecc.

A occupare un posto di rilievo nell'arena della flessibilità interna al rapporto di lavoro, tra le altre misure possibili (58), vi è il distacco del lavoratore, sia all'interno di una prestazione di servizi transnazionale (d.lgs. n. 72/2000) che nella dimensione «domestica», tra imprese che risiedono entrambe nel territorio nazionale (art. 30, d.lgs. n. 276/2003), grazie alle quali si favorisce un sistema di fluidità sia nel rapporto tra

(56) P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di Labour Law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 257 ss.

(57) S. Bartolini, *Manifesto per la felicità. Come passare dalla società del ben-avere a quella del ben-essere*, Donzelli, Roma, 2010.

(58) Tra cui spicca, da un lato, la f. delle *mansioni*, per la presenza di deroghe crescenti relative a situazioni contingenti (maternità e contratti di solidarietà) o stabilizzate (evitare un licenziamento collettivo o far fronte a una inidoneità psico-fisica) oppure ancora per favorire competitività e sviluppo delle imprese ammettendo la contrattazione decentrata a derogare alla legge e al Ccnl (art. 8, legge n. 138/2011); dall'altro, la f. relativa al luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, come nel caso del *telelavoro* e del *lavoro a domicilio*.

prestazione lavorativa e luogo di sua esecuzione, sia attraverso il favorire l'acquisizione di una polivalenza professionale da parte del lavoratore. Difatti, le ragioni più di frequente addotte a sostegno di un distacco nazionale – dovendo questo presupporre il soddisfacimento degli interessi del distaccante – sono proprio quelle legate alla necessità di favorire l'apprendimento di nuove tecniche o l'acquisizione di nuove capacità lavorative presso l'impresa distaccata.

2.5. — *Della flessibilità e di altri spazi di manovra* — A conclusione sul punto, due questioni, in particolare, tagliano in maniera trasversale le aree della flessibilità in entrata/uscita e della flessibilità nel rapporto di lavoro. In primo luogo, quella legata al rilancio del decentramento del sistema di contrattazione collettiva, espressione di un potere tentacolare del lemma flessibilità, così come di una sua notevole duttilità di impiego: emblematico l'art. 8, d.l. n. 138/2011, che legittima la contrattazione decentrata a derogare a legge e contratto collettivo sviluppando un'efficacia generalizzata se sorretta da un criterio maggioritario; ma si pensi anche al d.lgs. n. 66/2003 per l'arrovellato meccanismo di rinvii alla contrattazione di secondo livello (59). Il dibattito attorno al tema continua oggi in maniera ancor più incalzante, specialmente sull'onda di (e in risposta a) non trascurabili attacchi (60) all'immobilismo sindacale e alla inopportuna conservazione del ruolo di centralità della contrattazione di categoria (61), in un panorama socio-economico che richiede all'autonomia collettiva di regolare profili legati al contesto territoriale o aziendale (62). E ciò tanto più in un clima nel quale non in-

(59) V. Leccese, *La disciplina dell'orario di lavoro nel d.lgs. n. 66/2003 (Come modificato dal d.lgs. n. 213/2004)*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 255 ss.

(60) P. Ichino, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, Milano, 2005.

(61) R. Del Punta, *Il diritto del lavoro fra due secoli*, op. cit., spec. pp. 309 e 390; R. Del Punta, *Una riforma impossibile?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, pp. 259 ss.; B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 581 ss.; S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, pp. 447 ss.

(62) Sui temi del decentramento contrattuale e della riforma del sistema di contrattazione collettiva, v. ampiamente i contributi di R. Del Punta, L. Mariucci, R. Scognamiglio, A. Tursi, L. Zoppoli, M. Del Conte, O. Mazzotta, A. Pizzoferrato, A. Vallebona, apparsi in tale ordine in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, nn. 3 e 4, da p. 259. In relazione agli assetti proposti nell'Accordo quadro 22 gennaio 2009, v. invece F. Carinci, *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, pp. 177 ss.; M. Ricci, *L'accordo*

frequentemente la contrattazione collettiva è posta in secondo piano dal legislatore, che magari riconosce nella contrattazione individuale una valida alternativa alla regolazione collettiva (63).

Ma c'è anche la questione che può dirsi *il tema nel tema*: ovvero l'intricato processo di contrattualizzazione della p.a. che, pur se avviato 30 anni or sono, ha trovato il suo culmine nel d.lgs. n. 165/2001, ancora lungi dall'essere pacificato nei contenuti. Si tratta di un'area interessata dal processo di flessibilizzazione sia per ragioni «riflesse», ovvero riconducibili alla estensione in tale spaccato di alcuni istituti privatistici (il *part-time*, ad esempio, o il contratto a termine; ma anche la disciplina sull'orario di lavoro) – per la qual cosa possono valere a grandissime linee le osservazioni generali –, sia per ragioni «dirette», legate alla specificità del settore, oggi proiettato all'abbandono delle più vistose rigidità organizzative di un tempo, ma negli anni ampiamente criticato per essere troppo poco flessibile (in particolare nelle dinamiche interne), fortemente garantista e ben poco propenso all'utilizzo del personale in maniera duttile. Fra l'altro, in questo bacino, alcune delle tecniche della flessibilità tipiche del settore privato non hanno trovato applicazione, mentre hanno avuto larga diffusione, specialmente agli inizi del nuovo millennio, modalità in grado di «contraddi[re] le finalità della riforma del lavoro pubblico sotto il profilo sia dell'innovazione organizzativa e del recupero dell'efficienza, sia della qualità professionale e delle condizioni di lavoro del personale» (64) (si pensi alle collaborazioni coordinate e continuative).

Si può quindi dire, complessivamente, che in taluni casi quelle tecniche o norme *non sono volutamente transitate*: così nella quasi totalità della disciplina sul mercato del lavoro di cui al d.lgs. n. 276/2003. Ciò senza tuttavia immobilizzare la p.a. che ha continuato a ricorrere alle altre tipologie flessibili/precarie di lavoro (65).

In altri casi, invece, norme congegnate appositamente per tale settore sono state più recentemente *sostituite* con modalità più elastiche (in-

quadro e l'accordo interconfederale del 2009: contenuti, criticità e modelli di relazioni industriali, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, pp. 353 ss. Sulla riforma proposta con l'Accordo del 28 giugno 2011 e con l'art. 8 della manovra di Ferragosto, si vedano i numerosi contributi apparsi in tutti gli ultimi i numeri delle riviste lavoristiche.

(63) B. Caruso, *La flessibilità*, *op. cit.*, 2005, p. 531, in riferimento al lavoro supplementare e alle clausole elastiche e flessibili nel *part-time*.

(64) F. Borgogelli, *Itinerari tortuosi della flessibilità nel lavoro pubblico*, in L. Mariucci (a cura di), *op. cit.*, 2006, pp. 233-234.

(65) L. Fiorillo, *Flessibilità e lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2003.

vero più discrezionali) di gestione del fattore lavoro: vedasi il caso del *part-time* con l'esclusione della concessione in via automatica. Ciò comportando, al contrario di quanto fosse da aspettarsi da un ordinamento a flessibilità crescente, un appiattimento del sistema pubblico su quello privato di regolazione dell'istituto – sotto questo frangente invece ben poco «flessibile» – anziché rappresentare un volano di miglioramento e riforma di quello, tenendo a mente che è proprio questa flessibilità costituita dal *part-time* a portare vantaggio per entrambe le parti del rapporto di lavoro (invero consentendo la conciliazione, soprattutto per le donne, tra vita e lavoro e quindi riducendo l'assenteismo) (66).

In altri casi ancora, le tecniche di flessibilizzazione applicate nel settore privato sono state *viste con sfavore* dal legislatore e da questi fortemente *scoraggiate*, come con la riforma nel 2006 e nel 2009 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che oggi introduce il ricorso a genericamente dette «forme contrattuali flessibili» (67), solo per rispondere a esigenze *temporanee ed eccezionali*. Collegamento concettuale assolutamente inadeguato (quello tra flessibilità ed esigenze temporanee) rispetto a taluni istituti – come il Cfl – che ha ben altra finalità rispetto a quella di soddisfare esigenze *temporanee ed eccezionali* della p.a.

La svolta del millennio coincide così con la svolta della flessibilità, ovviamente mitigata nell'arena del lavoro alle dipendenze della p.a. nel rispetto dei connotati intrinsecamente caratterizzanti la posizione del lavoratore al suo interno e il ruolo, i limiti e le funzioni di quella verso l'esterno.

3. — *Dalla flessibilità ai lavori flessibili: biglietto di sola andata* — La migrazione lessicale che interessa il lemma flessibilità si mostra in tutta la sua evidenza dall'uso del linguaggio nell'ultimo scorcio di storia. Si transita, infatti, dalla flessibilità come sostantivo (che descrive la *capacità* di un sistema di mutare aspetto, «alleggerendosi dai fardelli») alla flessibilità come aggettivo qualificativo. Così con il lavoro flessibile, l'orario flessibile, il salario flessibile, l'uomo flessibile (68), la società flessibile (69), «i

(66) L. Lazzeroni (a cura di), *La partecipazione femminile al mercato del lavoro: caratteristiche e criticità. Dal contesto nazionale alle peculiarità di un territorio*, Libreria scientifica, Siena, 2009, spec. pp. 202 ss.

(67) Linguisticamente accomunando, sotto l'egida di forme «flessibili», istituti di f. del tempo-orario di lavoro e di f. in entrata, con importanti ricadute (cfr. par. 4.).

(68) R. Sennet, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 2000, spec. pp. 45 ss.

(69) Così già V. Cesareo, *La società flessibile*, FrancoAngeli, Milano, 1985.

bisogni *flessibili* dell'organizzazione *flessibile* dell'impresa *flessibile*» (70), che paiono voler affermare con forza due verità.

La prima è che si è giunti alla «*fissità*», nel sistema, delle adozioni di flessibilizzazione ormai assunte, ovvero che si è di fronte alla creazione, con relativa stabilizzazione, di un vero e proprio *modello*, rispetto al quale è tutto da verificare come incida l'idea di cambiamento intrapreso dal governo Monti. Anche i tentativi di ridurre la portata d'acqua del fiume in piena della flessibilità sono spesso, in quel fiume, miseramente naufragati (71), o comunque hanno avuto un peso ridotto e un valore marginale. Tuttavia, se dobbiamo arrenderci all'evidenza che la flessibilità rappresenta *il* modello ormai adottato, altra cosa è la questione, sulla quale non è facile profetare, se siffatto modello si manterrà giusto il tempo necessario a superare, quale essa sia, questa sorta di *nuova emergenza* del nuovo millennio.

Il salto dalla flessibilità «sostantivo» alla flessibilità declinata in aggettivo simboleggia altresì un uso del lemma in termini assoluti, uno stacco netto con il passato destinato a finire nell'oblio: la flessibilità non è più tendenza, orientamento, processo in corso, ma dato di realtà con cui fare i conti in molti aspetti delle dinamiche lavorative. Ciò al punto che vale chiedersi se il sistema sia giunto ormai a un punto di non ritorno: se cioè la flessibilità sia ancora in grado di descrivere (come vorrebbe l'etimologia del termine) non solo la capacità di un sistema di mutare *ma anche* quella di *tornare alla condizione di partenza* (par. 1), consentendo a «quell'uomo flessibile» di reclamare un qualche irrigidimento della sua condizione.

Invero, in relazione a gran parte degli istituti, il sistema è transitato da una flessibilità di andata e ritorno a una flessibilità senza ritorno.

Emblematici i casi che si ricavano dal confronto tra la disciplina originaria sul *part-time* del d.lgs. 61/2000 in *Gazz. Uff.* e quella frutto di interventi correttivi: ciò tanto in rapporto al lavoro supplementare – che in origine esprimeva una flessibilità di andata/ritorno necessitando sempre del consenso del lavoratore, oggi invece non necessario se regolato dal contratto collettivo –, quanto in rapporto alle clausole elastiche e flessibili, dalle quali il lavoratore non può più sottrarsi se tale facoltà non è regolata dal contratto collettivo.

(70) U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, par. 10.

(71) Cfr. art. 1, comma 32, lett. d, d.lgs. n. 247/2007, prevista per scoraggiare il ricorso al *part-time* in caso di prestazioni inferiori alle dodici ore settimanali.

Più raramente, e in relazione a profili circoscritti, si registra invece il tentativo di assicurarsi il viaggio di ritorno della flessibilità. Così, nel caso della concessione del *part-time* reversibile (su semplice richiesta del lavoratore), applicabile al settore pubblico e privato nel caso di soggetti affetti da patologie oncologiche con riduzione della capacità lavorativa, adeguatamente accertata. Oppure si pensi, in qualche misura, al citato correttivo all'utilizzo reiterabile dei contratti a termine attraverso la previsione della trasformazione di quei contratti eccedenti i 36 mesi (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001).

Diviene quindi difficile, a consuntivo, smentire l'assunto che il livello di *maturità* di un sistema e il suo *grado* di flessibilità – intesa proprio in senso letterale, come capacità di dare accesso ai ripensamenti in favore del lavoratore tutte le volte in cui il gioco di equilibri tra le parti contrattuali divenga pesantemente sbilanciato in favore della parte datoriale – si misurino proprio sul piano della capacità dello stesso di tentare la migliore composizione possibile tra «gli aspetti creativi [e] quelli distruttivi della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro» (72).

4. — *Una nuova flessibilità e le sue (ri)cadute* — L'approccio descrittivo utilizzato (attraverso l'indicazione di esempi normativi generativi di flessibilità) non è l'unico impiegato a illustrare il processo di flessibilizzazione del sistema negli ultimi anni. Sovente a questo si accompagna l'analisi diretta a individuare, a fronte delle singole manovre legislative di flessibilizzazione poste in essere, le *tecniche di intervento* utilizzate in tale percorso di modifica del sistema regolativo. Nel tempo, hanno ricevuto maggiori attenzioni quelle che interessano la devoluzione alla contrattazione collettiva di funzioni regolative (nella veste di deregolazione assistita, assoluta, o contrattata, ad esempio) o che mirano a verificare in che maniera siano mutate le relazioni tra le fonti (legge, contratto collettivo, contratto individuale) proprio in conseguenza delle modifiche normative introdotte, in particolare oggi attraverso l'art. 8, d.l. n. 138/2011, ma anche per via dell'Accordo del 28 giugno 2011. Peraltro, la verifica delle tecniche di intervento è l'approccio più indicato a individuare le *ricadute complessive* dei provvedimenti adottati, andando questi a scombinare, talvolta, equilibri difficilmente assestati o ancora in bilico.

La questione è stata ampiamente affrontata in dottrina, dove sono state fornite vaste ricostruzioni sui continui processi di assestamento

(72) J.C. Barbier, H. Nadel, *op. cit.*, p. 70.

tra le fonti nel volgere degli anni (73) e dei quali sarebbe troppo approssimativo tracciare in poco spazio le linee evolutive. Piuttosto, riguardo lo stato dell'arte, certamente siamo di fronte a una specie di schizofrenia diffusa per quanto riguarda la devoluzione regolativa che la legge fa ai contratti collettivi, con frequenti estensioni e restringimenti delle maglie della contrattazione collettiva nel volgere di pochi anni, talvolta addirittura mesi.

Da ciò la questione più spinosa che mette seriamente in dubbio la capacità della contrattazione collettiva di stare al passo in modo adeguato alle discontinue richieste di regolazione o di astensione dal farlo, che il legislatore rivolge alle parti sociali. Anche solo la questione della scadenza quadriennale/triennale dei contratti collettivi – senza affrontare volutamente il tema ancor più impervio delle capacità di adattamento, anche sul piano delle competenze, in tal modo indispensabili agli operatori sindacali – fa divenire inadeguato il ruolo dell'agente negoziale, perché intempestivo, meccanicamente lento rispetto alle nuove dinamiche imposte alle relazioni sindacali dal diritto.

Attiene sempre al tema del ruolo del Sindacato nel sistema la spinosa questione della frammentazione degli interessi rappresentati dagli organismi sindacali, nell'essere questi chiamati a divenire ambasciatori di esigenze tanto diverse (74) quanto più diverse sono le forme e le tipologie di lavoro adottate dalle imprese. La moltiplicazione dei tipi negoziali, dei modelli di gestione del rapporto di lavoro, in una parola, «da frantumazione» che si porta dietro la flessibilità (nel suo riguardare una poliedricità di situazioni) (75), rendono meno «comune» il fattore lavo-

(73) Vd. Atti Aidlass, 2002; Atti Aidlass, 2005, in particolare nelle relazioni di M. Napoli, spec. pp. 43 ss., e di C. Zoli, pp. 73 ss. *Ex multis*, A. Maresca, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative ed apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, pp. 469 ss.; G. Proia, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in Atti Aidlass, *op. cit.*, 2002, pp. 112 ss.; A. Zoppoli, *La riforma della contrattazione collettiva vista dal versante del lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, spec. pp. 320 ss.

(74) A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela*, *op. cit.*, 2002, p. 348: «La flessibilità, in quanto portatrice di incertezza, è una potente forza individualizzatrice. Anziché unire, divide».

(75) Per arginare la quale si vanno diffondendo proposte di radicale semplificazione – che di buon grado rappresentano suggerimenti per una riduzione del grado di flessibilità in entrata, tutt'altro che pacifiche nel dibattito tra gli economisti – come la sostituzione di tutti i modelli negoziali attualmente esistenti, salve

ro tra gli stessi lavoratori, speronando viepiù la forza che deriva ai lavoratori stessi dall'appartenenza a un gruppo, a una realtà coesa, compatta. In particolare, la flessibilità nell'accesso all'impiego può costituire una vera minaccia per la riconduzione a un *unicum* dei lavoratori, per il mantenimento di un saldo potere di intervento e di azione degli organismi sindacali nei confronti di soggetti sempre più defilati e al margine del sistema. Minaccia che i Sindacati dovranno affrontare per scongiurare il rischio di essere realmente rappresentativi di una porzione sempre più risicata di lavoratori.

C'è poi un profilo di criticità di non poco conto, anch'esso preso dal paniere che raccoglie i residui della flessibilizzazione imponente del lavoro nel nuovo millennio, ovvero quello costituito dall'accentuarsi delle sperequazioni tra gli individui (76), specialmente su base salariale (77), diretta conseguenza di un sistema che rende sempre più incerto il processo di entrata/permanenza nel mercato del lavoro e carenti i sistemi di sostegno in favore degli «atipici» (78). Tali disuguaglianze riguardano in particolare (e riguarderanno in maniera crescente nel futuro) coloro che entrano ed escono con continuità dal mercato del lavoro rispetto a coloro che potranno vantare una qualche stabilità (79), oppure coloro che prestano un lavoro in regimi a orario ridotto in senso lato (*part-time* di poche ore; lavori discontinui o intermittenti; lavori occasionali), e magari con apposizione di clausole elastiche e flessibili, o addirittura con l'alea insita nel rapporto di lavoro («l'essere che è unito al non essere» del lavoro intermittente) rispetto a chi ha orari certi di prestazione, idonei a garantire altrettanto certe entrate economiche. Il che non potrà non rappresentare una spina nel fianco del si-

specifiche eccezioni (come i lavori stagionali, la sostituzione di lavoratori assenti, il lavoro nel settore dello spettacolo ecc.), con il cd. «contratto temporaneo limitato» per le cui caratteristiche si rinvia all'Autore proponente: A. Ichino, *Il contratto temporaneo limitato*, in www.lavoce.info/articoli/pagina2149.html, 2006, pp. 1 ss.

(76) Cfr. in tema S. Giubboni, *Flessibilità delle forme di lavoro e protezione sociale. Note introduttive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2002, pp. 419 ss.

(77) Di tipo stipendiale ma anche previdenziale: G. Ferraro, *Lavori flessibili e certificazione delle dinamiche salariali*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 261-264.

(78) M. Cinelli, *Riforma del mercato del lavoro e welfare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, pp. 17 ss.

(79) G. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav. dir.*, 2004, pp. 527 ss.

stema che per anni ha letto nella flessibilità il braccio armato della crescita economica e dell'occupazione (80) (cfr. par. 2.1).

Ci sono poi le ampie ricadute legate all'uso del linguaggio nell'impiego (distorto) del lemma «flessibilità» nel dibattito giuridico ma anche fuori da quello. La traslazione nella sfera giuridica di locuzioni impiegate nel linguaggio comune, come la flessibilità, porta con sé (quanto più si faccia uso di quel linguaggio) interrogativi di non poca significatività sul piano della *utilità*, della *coerenza* e delle *conseguenze* dell'uso di un lessico a-tecnico all'interno del diritto. Peraltro c'è qualcosa di assolutamente anomalo che caratterizza gli ultimi anni della produzione scientifica (in seno alla quale la parola flessibilità trova utilizzo in via assolutamente prevalente) (81): l'inclinazione del linguaggio giuridico a sdoppiarsi in due tendenze che si contrappongono.

Da un lato, infatti, si assiste a una crescente richiesta di «specializzazione» (82) delle discipline giuridiche, anche attraverso la richiesta di una tecnicizzazione del linguaggio di quelle. E tale è il caso dell'*impresa che cambia*, per la quale si sperimenta l'uso di un linguaggio sempre più tecnico/giuridico, come la nozione di «ramo d'azienda», o prestando attenzione a che cosa debba intendersi per «attività economica organizzata», o anche per «articolazione funzionalmente autonoma». Peraltro, in tale ambito la tecnicità è mantenuta anche in relazione a espressioni che vogliono fungere da contenitori – quali, ad esempio, la stessa nozione di «trasferimento d'azienda» – dentro i quali far rifluire diversificate operazioni commerciali che, tuttavia, il legislatore si è affrettato a definire (art. 2112 cod. civ., comma 5), così come ha fatto la giurispru-

(80) Sulla acrobazia necessaria a coniugare instabilità dell'occupazione e sicurezza del reddito, L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, Bari, 2007, spec. par. 5.

(81) Salvi pochi e altrettanto poco opportuni utilizzi in sede legislativa (l'art. 36 del T.U. n. 165/2001, cit., per la dicitura «lavoro/i flessibile/i»; il Titolo V del d.lgs. n. 276/2003, ma già prima nella finanziaria per il 2006, all'art. 1, comma 198) e giudiziaria (specie a opera della giurisprudenza amministrativa: Cfr. Tar Lazio Roma, 18 febbraio 2008, n. 1446; Corte Conti Reg. Umbria 22 novembre 2005, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, 1, p. 117, con nota di V. Fili. Diversamente in Cass. 23 luglio 2004, n. 13882, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 260 con nota di O. Mazzotta; o anche in Trib. Roma 15 ottobre 2003, in *Lav. giur.*, II, 2004, p. 607). In senso critico verso la scelta del legislatore di non prestare attenzione alle definizioni e distinzioni, divenute per il sistema una «inutile perdita di tempo, un lusso che non è più possibile concedersi», M. Roccella, *Lavori flessibili o lavori precari?*, in L. Mariucci (a cura di), *op. cit.*, p. 56.

(82) R. De Luca Tamajo, *Trasferimento d'azienda*, *op. cit.*, pp. 131 ss.

denza. In tale spaccato del diritto del lavoro si è ritenuto di utilizzare uno stile che con frequenza si ritrova nel diritto commerciale, dove forse c'è maggiore consapevolezza riguardo all'importanza di usare un linguaggio specialistico e con attitudine definitoria.

Dall'altro lato, invece, si accompagna a tale processo la tendenza opposta, che va verso l'impiego del linguaggio parlato a mo' di recipiente, di contenitore per una varietà di istituti (la flessibilità, appunto). È infatti proprio in relazione al *lavoro che cambia* (cfr. par. 2), che la parola flessibilità ha trovato prevalente utilizzo, facendo così crescere il rischio di un accentuarsi della approssimazione qualificatoria per effetto di una approssimazione definitoria.

Si potrebbe pensare che l'uso della parola flessibilità (appunto di per sé a-tecnica) abbia lo scopo di semplificare un linguaggio, ormai diventato troppo complesso, specialmente per l'affollarsi nell'area lavoristica di radicali riforme legislative: tentazione più che comprensibile nei sistemi a complessità crescente quale è il diritto del lavoro. Invero si scopre come la parola flessibilità non sia affatto in grado di semplificare alcunché, dal momento che neppure gli interpreti (cfr. par. 1) sono concordi nello stabilire a che cosa debba essere riferita. Né si può dire che l'obiettivo sia quello di catalogare, di «raccolgere» in un recipiente comune, un diritto del lavoro in fase di frantumazione e frastagliamento: in questo caso, infatti, l'*etichetta* apposta sul *recipiente* (cioè la parola flessibilità) non ne descrive affatto il contenuto, essendo mescolati, senza fondamentali distinguo, pressoché tutti i processi di trasformazione del fattore lavoro, sia che si tratti di flessibilità in entrata (contratti a termine, ad esempio) sia nella esecuzione del contratto di lavoro (*part-time*), che invero rappresentano modelli di flessibilizzazione del sistema profondamente diversi tra loro e dalle ricadute sul sistema stesso altrettanto diversificate.

Piuttosto, l'espressione rappresenta un facile viatico per l'apertura all'uso del linguaggio in senso ideologizzato: così nel caso in cui si faccia passare sotto il vessillo del «lavoro flessibile» ciò che invece, anche etimologicamente (cfr. par. 1), è «lavoro precario» (83). In questo caso,

(83) Sul confronto tra flessibilità e precarietà, già U. Romagnoli, *Il lavoro e i lavori*, intervento, in *Lav. dir.*, 1988, pp. 403 ss.; L. Zoppoli, *Lavoro flessibile e lavoro precario*, in M. D'Antona (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 1990, pp. 135 ss. V. inoltre L. Lazzeroni, *Appunti sulla flessibilità oraria del lavoro per una rilettura della subordinazione*, in B. Veneziani, V. Bavaro (a cura di), *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Cacucci, Bari, 2009, spec. p. 92. Sul fatto che flessibilizzare non debba significare una riduzione delle garanzie

unire lavori realmente flessibili, dotati di stabilità – come il *part-time* – a lavori precari, quindi destinati a venire meno – come i lavori temporanei (84) – più che una tentazione diretta a semplificare un sistema complesso, passa per una operazione ideologica. Così che il lemma «flessibilità», ma in modo particolare la flessibilità nella sua migrazione lessicale in «lavori flessibili», rappresentano, se usati con disinvoltura, un grande rischio per una ridotta utilità sistemica.

Al punto in cui si è, è poco ragionevole ritenere che il processo di flessibilizzazione (ma anche precarizzazione) che caratterizza gli ultimi anni della nostra storia sia destinato a ingranare la retromarcia nel breve periodo (85): nell'era dell'alta tecnologia, dei fast-food, dei last-minute, dei flirt, della facilità/rapidità nei contatti fra gli individui (internet, cellulari, facebook, twitter ecc.), sarà difficile mollare la presa sul fattore flessibilità che comunque incarna l'impostazione corrente. E comunque, quando anche ciò dovesse essere, forse ci saremo ormai così tanto assuefatti a vivere in tempi ristretti e con fugacità tutte quelle occasioni che richiederebbero periodi di più lunga dedizione o partecipazione, che perfino la *routine* – così come la stabilità, in generale, di una condizione – avrà finito per rappresentare una meta agognata. Nel frattempo, magari, per quanto certi istituti siano fortemente contestati, avremo il tempo di convincerci che la flessibilità nel «sistema-lavoro» è solo questione di adattamento, e che ci abitueremo presto a moltitudini di impieghi e lavoretti, che si affastellano nel volgere di pochi anni, e che ci chiedono di dimostrare sempre maggiori doti da strateghi del tempo.

E se dovesse divenire palese che buona parte della flessibilità prodotta dal sistema è addirittura il vaso di Pandora? Si potrà sempre contare sulla speranza che giace, paziente, sul fondo del vaso.

previste per il lavoratore e portare alla precarizzazione del rapporto di lavoro, E. Ghera, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Atti del Convegno di Studi di L'Aquila, 20-21 ottobre 1995*, Cacucci, Bari, 1996. Invece, sulla preferenza in generale per l'espressione «lavori atipici», L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti Aidlass, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 18-19. Sul fatto che sia opportuno evitare l'espressione «lavori atipici», S. Sciarra, *New Discourse in Labour Law. Part-time Work and the Paradigm of Flexibility*, in *Eni Working Paper Law*, 2003/14, p. 17.

(84) E. Reyneri, *op. cit.*, p. 137, sul fatto che ciò accresca l'impressione di un collegamento tra crescita dell'occupazione e diffusione dei lavori atipici.

(85) Cfr. F. Mazziotti, *op. ult. cit.*, p. 1114, per il quale trattasi di «un fenomeno per il momento irreversibile».

Niklas Bruun (*), *Klaus Lörcher* (**)

INNOVAZIONE SOCIALE: LA NUOVA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO SUI DIRITTI FONDAMENTALI DEL LAVORO (***)

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. — 2. Il caso *Demir e Baykara* e i richiami agli standard internazionali del lavoro. — 2.1. Il metodo della Corte di Strasburgo: l'interpretazione in armonia con gli standard internazionali (del lavoro). — 2.2. Problemi specifici relativi ai profili metodologici dell'interpretazione. — 2.2.1. Il richiamo agli strumenti internazionali non ratificati o accettati dallo Stato interessato. — 2.2.2. Il richiamo alla giurisprudenza degli organismi internazionali di supervisione. — 2.2.3. Assenza di un protocollo addizionale alla Cedu sui diritti sociali. — 2.2.4. Nessun limite *ratione temporis*. — 2.3. Conclusioni. — 3. Il diritto alla vita privata e familiare. L'art. 8 della Cedu. — 3.1. La nozione. — 3.2. L'ambito di applicazione sostanziale. — 3.3. Esempi. — 3.3.1. Il diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure. — 3.3.2. Il diritto a un orario di lavoro limitato/ragionevole. — 3.3.3. Il diritto alla conciliazione della vita professionale e familiare. — 3.3.4. Il diritto alla tutela della maternità. — 3.3.5. Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiusto. — 3.4. Conclusioni. — 4. Uguaglianza, non discriminazione e art. 14. — 4.1. La nozione di discriminazione. — 4.2. Campo di applicazione del divieto di discriminazione. — 4.3. L'art. 14 e i suoi necessari collegamenti con le altre norme. — 5. La *governance* multilivello dei diritti sociali fondamentali.

1. — *Introduzione* — «Innovazione sociale» è un termine pretenzioso, specie se usato con riferimento a sentenze che sono giudicate tali da limitare i diritti sociali. In siffatta prospettiva, la percezione tradizionalmente diffusa tra i giuristi europei è che la Convenzione europea

(*) Professore di Diritto privato presso l'Università di Helsinki; direttore del programma di ricerca *Regulating markets and labour*, Università di Stoccolma; membro del gruppo di ricerca del Centro di eccellenza in Fondamenti di diritto e politica europei, Università di Helsinki.

(**) Ex consulente giuridico della Confederazione europea dei Sindacati a Bruxelles ed ex assistente giuridico del Tribunale dei Servizi pubblici dell'Unione europea.

(***) Il presente saggio è stato pubblicato in inglese nel volume I. Schoemann (a cura di), *Mélange à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute*, Etui, Bruxelles, 2011. La traduzione in italiano è a cura di Carlo Gnetti e Andrea Allamprese.

per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu) copra più o meno esclusivamente i diritti umani, civili e politici, e che la Corte di Strasburgo eviti accuratamente di sconfinare nella complessa area dei diritti sociali fondamentali. Per giustificare questa idea si tende a porre l'accento sul fatto che il Consiglio d'Europa ha adottato uno strumento separato per i diritti sociali, vale a dire la Carta sociale europea (Cse) del 1961, aggiornata nel 1996 dalla Carta sociale europea riveduta (Cser).

Inoltre sono falliti diversi tentativi di includere specifici diritti sociali nella Cedu. In contrasto con questa percezione, tuttavia, la Corte è andata sempre più riconoscendo i diritti sociali (1), soprattutto negli ultimi anni.

La sentenza emessa dalla Grande Camera sul caso *Demir e Baykara* nel novembre del 2008 segna l'esplicito passaggio della Corte verso un approccio più diretto e positivo nei confronti dei diritti sociali, fino al punto di riconoscere esplicitamente che il diritto di contrattazione collettiva va ricompreso nell'art. 11 della Cedu e che il divieto di esercitare tale diritto da parte dei funzionari pubblici (comunali) costituisce una violazione della norma (2). Sebbene vi siano anche altri sintomi precedenti di questo nuovo approccio, la sentenza *Demir e Baykara* rappresenta un punto di svolta (3).

(1) R. Allen, R. Crasnow, A. Beale, *Employment Law and Human Rights*, II ed., Oxford University Press, 2007; J.-P. Marguénaud, J. Mouly, *Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit du travail, Présentation*, 21 marzo 2008, Parigi; E. Palmer, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

(2) Corte Edu 12 novembre 2008, n. 34503/97, *Demir e Baykara v. Turkey*. Alla medesima conclusione (violazione dell'art. 11 Cedu) si era giunti nella prima sentenza su questo caso emessa dalla II Sezione il 21 novembre 2006, contro la quale il Governo turco aveva fatto appello alla Grande Camera. D'ora in avanti le citazioni al caso *Demir e Baykara* contenute nel testo si intendono riferite, se non diversamente indicato, alla sentenza della Grande Camera del novembre 2008.

(3) Vd. K. Ewing, J. Hendy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 2010, 39 (1), pp. 2 ss.; V. Weld, *Neues aus der Judikatur des Egmr zu gewerkschaftlichen Grundrechten*, in *Das Recht der Arbeit*, 2009, pp. 458 ss.; J.-P. Marguénaud, J. Mouly, *La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève – A propos de l'arrêt de Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme Enerji Yapi Yol Sen c. Turquie du 21 avril 2009*, in *Revue du Droit du Travail*, 209, (9), pp. 502 ss.; K. Lörcher, *Das Menschenrecht auf Kollektivverhandlung und Streik – auch für Beamte (Zu den Egmr-Urteilen v. 12.11.2008, Demir und Baykara, und 21.4.2009, Enerji Yapi-Yol Sen)*, in *Arbeit und Recht*, 2009, (7), pp. 229 ss.; i commenti di Dorssemont e Gerards, *European Human Rights Cases (Ehrc)*, 2009, pp. 65 ss.; S. Van Drooghenbroek, *Les frontières du droit et le temps juridique: La Cour européenne des droits de l'homme*

In questo saggio non discuteremo l'interpretazione dei diritti sindacali contenuti nell'art. 11 alla luce della sentenza *Demir* (4). Viceversa si intende analizzare le esplicite considerazioni metodologiche presentate dalla Corte in quella sentenza, per comprendere fino a che punto la Cedu può essere effettivamente rilevante per i (differenti) diritti della autonomia collettiva e valutare se questa sentenza può rappresentare a pieno titolo un esempio di «innovazione sociale».

Il tema è diventato attuale dopo l'entrata in vigore del Trattato europeo di Lisbona a partire dal 1° dicembre 2009 nella misura in cui esso inserisce nel diritto primario europeo i diritti politici e civili, al pari di quelli sociali, incorporando nei Trattati la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (con i suoi molteplici riferimenti alla Cedu) (art. 6.1 TUE). Inoltre statuisce l'obbligo per l'Unione europea di aderire alla Cedu (art. 6.2 TUE). Vale la pena aggiungere che quest'ultima continua a fungere da fonte e principio generale del diritto europeo (art. 6.3 TUE).

Il focus di questo saggio si ispira anche agli scritti di Yota Kravari-tou, la quale ha sempre cercato di superare i confini che la dogmatica giuridica segna tra sfera privata e sfera pubblica, tra diritti civili e sociali e tra uguaglianza formale e sostanziale. Muoveremo dunque dal fondamento metodologico della sentenza *Demir e Baykara* come mezzo per determinare se e come la Cedu potrebbe potenzialmente costituire uno strumento per riconoscere nuovi diritti sociali fondamentali (par. 3).

Nel corso di questa indagine, presteremo un'attenzione particolare

repousse les limites, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), Demir et Baykara c. Turquie, 12 novembre 2008, in Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2009, (79), pp. 811 ss. In una prospettiva più generale cfr. F. Dorssemont, The Right to form and to join trade unions for the protection of his interests under Article 11 of the European Convention on Human Rights – An attempt «to digest» the case law (1975-2009) of the European Court on Human rights, in European Labour Law Journal, 210, 1 (2), pp. 185 ss. Punti di vista più critici sono espressi da A. Seifert, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte. Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des Egmur zur Vereinigungsfreiheit, in KritV, 2009, (4), pp. 357 ss.; A. Jacobs, H. van Drongelen, Nieuwe vlegels voor de vakverenigingsvrijheid van art. 11 Evrm, in Nederlands Juristenblad, 2010, 84 (36), pp. 2345 ss.

(4) Con riferimento a *Demir e Baykara* cfr., fra le altre, Corte Edu, Sez. III, 21 aprile 2009, n. 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* (riguardante il diritto di sciopero), par. 16, 24 e 31; Corte Edu, Sez. V, 30 luglio 2009, n. 67336/01, *Danilenkov e altri v. Russia* (riguardante la non discriminazione in materia di attività sindacale), par. 123; Corte Edu, Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 42430/05, *Aizpurua Ortiz et al. v. Spain* (riguardante il diritto alla contrattazione collettiva), par. 48.

all'interpretazione degli artt. 8 sulla vita privata e familiare (par. 3) e 14 sulla discriminazione (par. 4) contenuti nella Cedu (5).

2. — *Il caso Demir e Baykara e i richiami agli standard internazionali del lavoro* — Nel caso *Demir e Baykara*, i giudici di Strasburgo hanno scelto un approccio chiaro nei confronti dei diritti economici e sociali, attraverso l'esplicito e inedito impiego di un indirizzo interpretativo consolidato della Convenzione, che valorizza in modo sistematico gli standard internazionali del lavoro. Analizzeremo il ragionamento generale sviluppato dalla Corte (par. 2.1) e, allo stesso tempo, esamineremo in dettaglio alcuni aspetti critici e alcuni elementi chiave (par. 2.2).

2.1. — *Il metodo della Corte di Strasburgo: l'interpretazione in armonia con gli standard internazionali (del lavoro)* — Il messaggio più importante contenuto nel caso *Demir e Baykara* riguarda il metodo di interpretazione della Cedu. La Corte sviluppa un metodo consolidato attraverso il richiamo sistematico agli standard internazionali (del lavoro) e alla giurisprudenza dei loro rispettivi organismi di supervisione. Questo metodo

(5) Prendiamo questi due articoli come esempi. Un'analisi più completa dovrebbe prendere in esame altre disposizioni come: gli artt. 2 e 3 (diritto alla vita e divieto di tortura e trattamenti degradanti), che riguardano entrambi le condizioni di lavoro dignitose: cfr. Corte Edu, Grande Camera, 30 novembre 2004, n. 48939/99, *Önerildiz v. Turkey* (assenza di misure adeguate per evitare la morte accidentale e di protezioni legali adeguate a tutela del diritto alla vita) e 9 maggio 2006 (ex Sez. IV), n. 60255/00, *Pereira Henriques e al. c. Lussemburgo* (incidente mortale sul lavoro); l'art. 4 (proibizione della schiavitù e del lavoro forzato con riferimento a condizioni di lavoro inaccettabili): cfr. Corte Edu, Sez. II, 26 luglio 2005, n. 73316/01, *Siliadin v. France*; l'art. 6 (diritto a un processo equo): cfr., fra le altre, Corte Edu, 28 giugno 1990, n. 11761/85, *Obermeier v. Austria* (eccessiva lunghezza dei procedimenti); l'art. 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione e i rispettivi limiti sul luogo di lavoro); l'art. 10 (libertà di espressione in quanto diritto fondamentale in azienda): vd. Corte Edu, Plenaria, 26 settembre 1995, n. 17851/91, *Vogt v. Germany* e Corte Edu, Sez. IV, 29 febbraio 2000, n. 39293/98, *Fuentes Bobo v. Spain* (caso di licenziamento per aver esercitato il diritto di critica in violazione dell'art. 10) (v. altresì un caso pendente di *whistleblowing*: n. 28274/08, *Heinisch v. Germany*, e un altro caso pendente avanti la Grande Camera: sentenza della Sez. III dell'8 dicembre 2009, nn. 28389/06, *Aguilera Jimenez et al. v. Spain*, ora *Palomo Sánchez et al. v. Spain*, n. 28955/06 (licenziamento di sindacalisti per una pubblicazione offensiva non contraria alla loro libertà di espressione); l'art. 1 del Protocollo 1 (Protezione della proprietà): vd., ad es., Corte Edu, Sez. I, 20 maggio 2010, n. 55555/08, *Lelas v. Croatia*, parr. 56 e 57 (rifiuto dello Stato di corrispondere indennità speciali per il lavoro di sminamento).

è esposto nei paragrafi 85-86 (6), dove la Corte conclude che essa, «nel definire il significato e le nozioni nel testo della Convenzione, può e deve tenere conto di elementi di diritto internazionali diversi dalla Convenzione, dell'interpretazione di tali elementi da parte di organi competenti e delle prassi degli Stati europei che riflettono i loro valori comuni» (enfasi aggiunta). Nel caso di specie, i giudici di Strasburgo procedono coerentemente nell'analisi del contenuto di diversi strumenti di diritto internazionale adottati dalle Nazioni unite, dall'Organizzazione internazionale del lavoro (Oil), dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea. Inoltre, essi confermano che il consenso derivante da strumenti di diritto internazionale specializzati e dalle prassi degli Stati membri può costituire un elemento di rilievo per la Corte quando interpreta le disposizioni della Convenzione nei singoli casi (7).

È importante ricordare che la Corte, nel suo ruolo di interprete della Cedu, si richiama non solo agli standard in quanto tali, ma anche alla giurisprudenza dei rispettivi organismi di supervisione, che hanno il compito di vigilare sulla conformità delle esperienze nazionali alle norme internazionali (del lavoro), come il Comitato di esperti dell'Oil sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni (Ceacr) (8) e il Comitato sulla libertà di associazione (Cla) (9), nonché il Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds) del Consiglio d'Europa (10).

Si può parlare di un nuovo metodo sperimentato dalla Corte? A questa domanda si può rispondere negativamente, ricordando che nella sua precedente giurisprudenza – come ampiamente dimostrato – la Corte aveva già richiamato gli standard internazionali (anche se non vincolanti), oltre che – in una certa misura – la giurisprudenza degli organi competenti (11). Vale la pena sottolineare che questi richiami sono stati usati

(6) Cfr. F. Tulkens, *Introduction*, in *Dialogue between judges 2009 – Fifty years of the European Court of Human Rights viewed by its fellow International Courts*, Consiglio d'Europa, 2009, p. 13.

(7) Tale differente aspetto non sarà ulteriormente trattato in questo contributo.

(8) Vd. i riferimenti in Corte Edu, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara*, parr. 38, 43, 101, 147 e 166.

(9) Vd. i riferimenti in Corte Edu, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara*, parr. 38 e 102. Cfr. altresì la successiva sentenza (Sez. V) del 30 luglio 2009, *Danilenkov*, cit., par. 130.

(10) Vd. i riferimenti in Corte Edu, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara*, cit., parr. 50 e 149.

(11) Vd. i riferimenti alla giurisprudenza precedente in Corte Edu, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara*, cit., parr. 67 ss.; vd. altresì i riferimenti successivi alla

dalla Corte anche in taluni casi riguardanti i diritti sociali (12). Si può dunque ritenere ormai consolidato questo impianto metodologico.

La parte innovativa, tuttavia, ha a che fare con il consolidamento di questa tendenza interpretativa di tipo onnicomprensivo, basata sull'analisi sistematica delle norme internazionali (del lavoro) in materia. Normalmente, se e quando viene richiesta l'interpretazione dei diritti garantiti dalla Convenzione di Roma, la Corte di Strasburgo si affida all'opinione diffusa secondo cui la Cedu è uno «strumento vivente» (13) e deve essere interpretato «in modo tale da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, non teorici e illusori», nel rispetto del principio di effettività (14). Si può parlare in questo caso di un metodo direttamente basato sulla Convenzione.

Ai fini dell'interpretazione, quindi, l'elemento nuovo è costituito dal riconoscimento di una sistematica e dominante influenza per così dire «esterna».

Naturalmente non possiamo prescindere da due punti di riferimento di carattere generale. Da un lato, la cornice internazionale è senz'altro costituita dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo delle Nazioni unite (15) e dalle sue Convenzioni, in particolare il Patto internazionale sui Diritti economici, sociali e culturali, che insieme formano – come sostiene l'amministrazione Onu – un *International Bill of rights* (16). Ma la cornice è formata anche dagli altri «Strumenti fondamentali per i diritti umani internazionali» [quali le Convenzioni sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (17), sui diritti dell'infanzia, sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, sui diritti delle persone con disabilità], che costituiscono gli standard minimi globali dei diritti umani rilevanti specificamente per le questioni sociali.

sentenza *Demir* in Corte Edu, 15 gennaio 2009, n. 42454/02, *Menchinskaya v. Russia*, par. 34.

(12) Vd. Corte Edu, 12 novembre 2008, *Demir*, i.a., par. 70, e ivi i richiami alla Convenzione Oit sul lavoro forzato (n. 29) in Corte Edu, Sez. II, 26 luglio 2005, n. 73316/01, *Siliadin v. France*, par. 85.

(13) Vd., ad es., *Demir*, cit., par. 68.

(14) Vd. la recente sentenza della Grande Camera del 10 febbraio 2009, n. 14939/03, *Zolotukhin v. Russia*, par. 80.

(15) Vd., ad es., i richiami della giurisprudenza alla Dichiarazione delle Nazioni Unite in *Demir e Baykara*, par. 73; v. anche la sentenza del 7 gennaio 2010, n. 25965/04, *Rantsev v. Cipro and Russia*, par. 277.

(16) [Http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.len.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.len.pdf).

(17) Per ulteriori dettagli cfr. il paragrafo 4.1.

Lo stesso vale, su un altro versante, per il livello regionale (europeo) relativamente agli strumenti adottati nell'ambito del Consiglio d'Europa e in particolare alla Carta sociale europea riveduta (Cser). Più in generale, nel settore dei diritti sociali rileva l'attività di definizione degli standard, innegabilmente innovativa, condotta nell'ambito dell'Oil, che ha dato origine a quasi 190 Convenzioni (18) (e a un numero ancora maggiore di Raccomandazioni) (19). A questo riguardo, è importante sottolineare come i giudici di Strasburgo riconoscano esplicitamente la funzione specifica svolta, con riferimento all'interpretazione nell'area dei rapporti di lavoro, dall'Oil (20).

2.2. — *Problemi specifici relativi ai profili metodologici dell'interpretazione* — Questo metodo consolidato ha ricevuto in alcuni casi un'accoglienza positiva, anche se – va detto – alcuni aspetti sono stati criticati sotto il profilo della violazione del diritto internazionale. Nel valutare la pertinenza di queste argomentazioni, si dovrebbe osservare in via di principio che nel caso *Demir* era già stata offerta alla Corte, almeno in una certa misura, l'opportunità di rispondere all'obiezione preliminare del Governo turco (*ratione materiae*) in difesa della sua posizione dinanzi alla Grande Camera (21). Difatti il Governo aveva respinto qualsiasi possibilità che nascessero nuovi obblighi rispetto a norme internazionali che non aveva ratificato, né accettato.

Esamineremo tra breve anche le argomentazioni sviluppate dalla «critica» accademica alla sentenza *Demir e Baykara*. In termini generali, si è ritenuto che (parti di) questo nuovo metodo violino in particolare l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (Convenzione di Vienna), ove sono prescritte le regole per l'interpretazione dei trattati internazionali.

Prima di entrare nel dettaglio, occorre ricordare che la Convenzione di Vienna non è di per sé giuridicamente vincolante né nei confronti del Consiglio d'Europa, né della Corte di Strasburgo. In quanto orga-

(18) [Http://www.ilo.org/ilolex/english/convdispl.htm](http://www.ilo.org/ilolex/english/convdispl.htm).

(19) [Http://www.ilo.org/ilolex/english/recdispl.htm](http://www.ilo.org/ilolex/english/recdispl.htm).

(20) Secondo la Corte Edu, *Demir e Baykara*, cit., par. 147, «uno degli strumenti fondamentali relativamente agli standard internazionali del lavoro»; si noti che la Corte, in merito alla definizione delle restrizioni consentite, nel par. 166 fa riferimento alla giurisprudenza della Convenzione di esperti Oil.

(21) V. *Demir e Baykara*, parr. 54, 56, 61, 78-80 (in risposta alle argomentazioni sollevate dal Governo turco nel suo appello contro la sentenza della Sez. II del 2006).

nizzazioni/istituzioni internazionali, questi ultimi non sono (e non possono essere) (22) considerati parti contraenti di questo Trattato. Ma, anche se lo fossero, coerentemente l'art. 5 della Convenzione di Vienna prescrive la priorità delle norme interne in caso di trattati adottati in seno alle organizzazioni internazionali (23). Ciò nonostante, è generalmente convenuto che molti dei principi contenuti nella Convenzione, in particolare le linee-guida che regolano i problemi di interpretazione, abbiano natura di diritto internazionale vincolante. Inoltre la stessa Corte di Strasburgo fa riferimento a queste disposizioni (24), anche se con formule tali da mettere in evidenza che questi principi non mirano a costituire uno strumento diretto e totalmente vincolante, in particolare per quanto riguarda i problemi interpretativi.

Nell'elaborare alcune argomentazioni come fossero «ispirate principalmente dalle norme» (25) o «alla luce delle norme» (26) sull'interpretazione di cui agli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna, e qualificando queste ultime come un «punto di riferimento per l'interpretazione» (27), la Corte vuole ovviamente garantire che gli sia riservato un certo grado di flessibilità. È dunque in questo contesto che si dovrà analizzare il metodo interpretativo consolidato.

2.2.1. — *Il richiamo agli strumenti internazionali non ratificati o accettati dallo Stato interessato.* — Le critiche più forti (28) sono indirizzate verso l'affermazione della Corte secondo cui «non è necessario che lo Stato convenuto abbia ratificato tutti gli strumenti che sono pertinenti alla

(22) V. gli artt. 81 ss. della Convenzione di Vienna sulla ratifica e l'accesso da parte (esclusivamente) degli Stati.

(23) «Articolo 5 – Trattati istitutivi di organizzazioni internazionali e trattati adottati in seno a un'organizzazione internazionale – La presente Convenzione si applica a qualsiasi trattato che rappresenti lo strumento costitutivo di un'organizzazione internazionale e a qualsiasi trattato adottato in seno a un'organizzazione internazionale, *senza pregiudizio per le norme dell'organizzazione in materia*» (corsivo nostro).

(24) Vd. Corte Edu, Grande Camera, 18 febbraio 2009, n. 55707/02, *Andrejeva v. Latvia*, par. 18-20; Cedu (Sez. III), 15 settembre 2009, n. 798/05, *Mirolubovs et al. v. Latvia*, par. 62; Corte Edu, Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 25965/04, *Rantsev*, par. 273-274.

(25) *Demir e Baykara*, par. 65.

(26) Corte Edu, Grande Camera, 23 marzo 2010, n. 15869/02, *Cudak c. Lituania*, par. 56.

(27) Corte Edu, Grande Camera, 18 febbraio 2009, *Andrejeva v. Latvia*, cit., par. 19.

(28) V., ad es., A. Seifert, cit. alla nota 3, p. 366 («*sprengt klar den Rahmen [...] von Art. 31 Abs. 1 lit. c WvK*»).

materia della causa. Per la Corte è sufficiente che gli strumenti internazionali pertinenti denotino un'evoluzione continua delle norme e dei principi applicati nel diritto internazionale o nel diritto interno della maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa e attestino, su un aspetto preciso, una comunanza di vedute nelle società moderne» (par. 86).

Quello affermato dalla Corte di Strasburgo non costituisce un principio nuovo, dal momento che la Corte stessa fa riferimento anche a strumenti che non sono vincolanti, non sono entrati in vigore o costituiscono persino dei semplici progetti (29). Per quanto concerne l'art. 31.3, lett. c, della Convenzione di Vienna, le argomentazioni critiche muovono in direzioni diverse (30).

Il primo, e più generale, problema concerne l'esistenza e la portata di «*any relevant rules of international law*». Proprio gli strumenti non vincolanti a cui la Corte si riferisce ne sono un esempio. In primo luogo, va sottolineato che il termine inglese *rules* non è ben circoscritto, essendo preceduto da *any*. Né il ricorso ad altre due versioni linguistiche originali (art. 85) consente di stabilire se sia richiesta un'interpretazione stretta (*règle*, in francese; *forma*, in spagnolo) (31). Tuttavia potrebbe essere difficile includere in questo termine tutti i tipi di *soft law* (intesa come diritto/norma non vincolante *n.d.t.*).

Il secondo problema ha una dimensione più specifica. Si riferisce al fatto che la Turchia, non avendo accettato gli artt. 5 e 6 della Cser sulla protezione della libertà di associazione (32), non era vincolata alla loro applicazione in quanto «parte contraente». E tuttavia entrambi gli arti-

(29) Vd. Corte Edu, *Demir e Baykara*, cit., par. 68 e 74-75; cfr. anche Corte Edu, Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 42454/02, *Menchinskaya v. Russia*, par. 34 (con riferimento a *Demir e Baykara*); anche Van Drooghenbroek, *Les frontières du droit et le temps juridique...*, cit., pp. 818 ss.

(30) «Article 31 par. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties».

(31) Per la versione inglese vd. la nota precedente; «*De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties*» (versione francese); «*Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*» (versione spagnola).

(32) In base all'art. A della Cser, la Turchia non ha accettato gli artt. 5 e 6 della Carta riveduta (in conformità con l'approccio restrittivo già dimostrato in occasione della ratifica della precedente versione della Carta sociale europea).

coli erano stati presi in considerazione dai giudici di Strasburgo. Si può dunque concludere che nel caso di specie non era soddisfatta la condizione – l'essere cioè la regola di diritto internazionale applicabile «nei rapporti tra le parti» – cui si riferisce la lett. *c* dell'art. 31.3 della Convenzione di Vienna.

Non mancano, tuttavia, argomentazioni a sostegno dell'interpretazione della Corte. In primo luogo, osservando le conclusioni della Commissione sul diritto internazionale riguardanti proprio l'esegesi dell'art. 31.3, lett. *c* (33), sembra che la Convenzione di Vienna sia fondata su un «concetto» che «ha una natura molto generale o è espresso in termini così ampi che deve tenere conto di circostanze mutevoli» (34), e perciò va considerato in conformità di questo requisito. A parte questo argomento più formale, i trattati adottati in seno alle organizzazioni internazionali e, ancor più, quelli relativi ai diritti umani richiedono un'interpretazione uniforme, altrimenti le Corti competenti sarebbero obbligate ad accettare «doppi standard». Questa accettazione equivarrebbe a una riserva (indiretta) che non sarebbe compatibile con requisiti formali dell'art. 57 della Cedu, né con quelli dell'art. 2.1, lett. *d*, della Convenzione di Vienna. La Turchia aveva inoltre ratificato, molti anni prima, la Convenzione Oil n. 98 sulla contrattazione collettiva. Dunque, questo Stato non può fare affidamento su un diverso strumento internazionale che garantisca gli stessi principi di un altro (art. 6, par. 2, Cser sulla contrattazione collettiva) che non ha accettato.

In relazione a tutti i requisiti interpretativi richiesti dalla Convenzione di Vienna, si dovrebbe ricordare che l'esegesi della Corte di Strasburgo è – almeno in una certa misura – giustificata in base alla regola (della flessibilità) di cui all'art. 5 della stessa Convenzione per le organizzazioni internazionali.

2.2.2. — *Il richiamo alla giurisprudenza degli organismi internazionali di supervisione* — Un ulteriore importante elemento è costituito dai molteplici richiami alla giurisprudenza degli organismi internazionali di supervisione (35). In linea generale, questo metodo può trovare giustificazione

(33) «Rapporto conclusivo del Gruppo di Studio sulla frammentazione del diritto internazionale: difficoltà derivanti dalla diversificazione e dall'espansione del diritto internazionale» (http://untreaty.un.org/ilc/text/1_9.htm), parr. 17 ss.; v., per un approccio più pragmatico, I. Van Damme, *Treaty Interpretation Revisited, Not Revised*, in *International Labour Organization Distinguished Scholar Series*, 30 ottobre 2008.

(34) Ivi, par. 23, lett. *c*.

(35) V., *supra*, note 8, 9 e 10.

nella giurisprudenza di vecchia data della Corte, che tiene chiaramente conto di questa importante prassi internazionale: che si tratti di decisioni precedenti (36) o successive (37) alla sentenza *Demir*. È utile ricordare che la Corte si riserva un certo margine di discrezionalità nella valutazione (38).

I giudici di Strasburgo non sono però molto espliciti sul fondamento giuridico di questi richiami. Sembra che la Corte Edu lo consideri parte integrante del metodo in base al quale si discernono le tendenze emergenti nel diritto internazionale attraverso anche il riferimento a norme non ratificate e/o non vincolanti di cui all'art. 31.3, lett. c, della Convenzione di Vienna (39). Si tratterebbe di una conseguenza logica, dato che non vi sarebbe alcuna ragione che costringa a trattare i richiami a regole non vincolanti in maniera diversa rispetto a quelli relativi alla giurisprudenza (forse anche) non vincolante degli organismi di supervisione.

Ciò nonostante, l'art. 31.3 della Convenzione prescrive un'ulteriore alternativa in merito al fondamento giuridico. I richiami alla giurisprudenza degli organismi di supervisione sarebbero considerati anche come «prassi successivamente seguita» (nell'applicazione del trattato), un elemento menzionato alla lett. b, di cui occorre tener conto nell'attività interpretativa (40). Anche nella cultura accademica (41), come nella

(36) S. Van Drooghenbroek, *Les frontières du droit et le temps juridique...*, cit.

(37) Cfr. i par. 85-86 della sentenza *Demir e Baykara*, e ivi, in particolare, i riferimenti a Corte Edu, Grande Camera, 27 aprile 2010, n. 7/08, *Tănase v. Moldavia*, par. 176, e Corte Edu, Sez. III, 9 settembre 2009, n. 33401/02, *Opuz v. Turkey*, par. 164.

(38) Corte Edu, Grande Camera, 27 aprile 2010, cit., par. 176, ove i giudici di Strasburgo precisano che «spetta alla Corte decidere quali strumenti e rapporti internazionali considera pertinenti e quale peso attribuire loro».

(39) V., *supra*, par. 2.2.1.

(40) «Ogni prassi successivamente seguita nell'applicazione del trattato che stabilisca l'accordo delle parti in merito alla sua interpretazione»; vd., in questo senso, ad es., M. Weiss, A. Seifert, *Der Streik im Recht der Internationalen Arbeitsorganisation*, in T. Dieterich, M. Le Friant, L. Nogler, K. Kezukaand, H. Pfarr (a cura di), *Individuelle und kollektive Freibeiten im Arbeitsrecht – Gedächtnisschrift für U. Zachert*, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 137 ss.

(41) V., ad es., N. Ando, *The Development of the Human Rights Committee's Activities under the Iccpr and its Optional Protocol through my Twenty-Year Experience as a Committee Member*, in G. Venturini, S. Bariatti (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 3 ss., p. 15 (n. 6.2), con riferimento al caso dell'applicazione del termine «territorio» in relazione al rapporto Usa su Guantanamo (fuori dal «territorio» Usa); in una certa misura anche R. Gardiner, *Treaty interpretation*, Oxford University Press, 2008, p. 246.

prassi giudiziale (42), si ritiene che questa giurisprudenza sia tenuta in seria considerazione. Ogni approccio sistematico al contesto internazionale sarebbe davvero incompleto se non si tenesse conto della attività degli organismi competenti nell'interpretazione e nell'applicazione degli standard internazionali in materia. Nella misura in cui tali organismi producono una giurisprudenza che mira alla coerenza e alla continuità della funzione esegetica, ogni riferimento alla stessa non è accidentale, ma riflette l'attuale stato dell'arte.

2.2.3. — *Assenza di un protocollo addizionale alla Cedu sui diritti sociali.* — Nel difendere la sua posizione, il Governo turco ha invocato anche il fallimento di ogni tentativo di adottare un nuovo protocollo addizionale alla Cedu che si riferisse esplicitamente ai diritti sociali. Questa argomentazione era finalizzata a impedire che la Corte Edu estendesse l'interpretazione dei diritti della Convenzione nella direzione di una dimensione sociale. Ovviamente, si tratta di un'argomentazione di carattere politico e non strettamente giuridico, e quindi ha un'importanza minore. Nel par. 84, la Corte sostiene che l'assenza di un protocollo addizionale non preclude la possibilità di muoversi nella direzione indicata da quanti ne suggeriscono invece l'adozione. Al contrario, la Corte osserva giustamente che «questo atteggiamento (l'assenza di sostegno politico a favore di un protocollo addizionale) degli Stati membri era accompagnato [...] da un desiderio di rafforzare il meccanismo della Carta sociale. La Corte considera quest'ultima argomentazione come

(42) Vd. la Corte Costituzionale del Sud Africa, sentenza 13 dicembre 2002 – Cct n. 14/02 – *Sindacato nazionale dei metallurgici del Sud Africa*. «32. Sebbene nessuna delle Convenzioni Oil a cui si fa riferimento menzioni specificamente il diritto di sciopero, entrambi i comitati impegnati nella loro supervisione hanno affermato che il diritto di sciopero è fondamentale per la contrattazione collettiva [...]. 33. Questi principi enucleati dalla giurisprudenza dei due comitati dell'Oil hanno una pertinenza diretta con l'interpretazione delle disposizioni in materia sia da parte della legge, sia da parte della Costituzione». Cfr. altresì la Corte Suprema del Canada, sentenza 8 giugno 2007 – 2007 Scc 27 – *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 Scc 27, [2007] 2 S.C.R. 391: «76. La Convenzione n. 87 è stata oggetto di numerose interpretazioni da parte del Comitato sulla libertà di associazione, del Comitato di esperti e dalla Commissione d'inchiesta dell'Oil. Tali interpretazioni sono state descritte come la “pietra angolare della legislazione internazionale sulla libertà sindacale e sulla contrattazione collettiva”»; «79. Riassumendo, le convenzioni internazionali di cui il Canada è parte contraente riconoscono il diritto degli aderenti al Sindacato alla contrattazione collettiva, come parte della tutela della libertà di associazione».

un indizio a favore dell'esistenza di un consenso tra gli Stati contraenti per la promozione dei diritti economici e sociali. Nulla impedisce di tenere conto di tale desiderio generale degli Stati contraenti quando si interpretano le disposizioni della Convenzione».

2.2.4. — *Nessun limite* razione temporis. — L'ultimo argomento utilizzato avverso questo indirizzo giurisprudenziale concerne la riluttanza della Corte a limitare la nuova giurisprudenza a nuovi casi (43). Nella sua *dissenting opinion* (44), il giudice Zagrebelsky ha osservato che per motivi di certezza del diritto sarebbe stato preferibile «che la Corte avesse fissato il momento a partire dal quale il diritto in questione “diventa” (par. 154 della sentenza) uno degli elementi essenziali del diritto stilizzato all'articolo 11» (45). Ma si tratta più di un dibattito che riguarda l'approccio generale adottato dalla Corte e le questioni affrontate dagli Stati contraenti nel caso di un'inversione della giurisprudenza, che non di un problema riferibile specificamente alla decisione del caso *Demir* (46).

Da un punto di vista più pratico, non si può negare che la metodologia seguita nella fattispecie (relativamente ai diritti sociali fondamentali), e in particolare le sue conseguenze (in rapporto all'art. 11 della Cedu e agli altri qui esaminati), abbiano rilevanza per tutti i casi e i problemi attuali e futuri.

2.3. — *Conclusioni* — Il metodo consolidato della Corte concernente gli standard internazionali in generale, e la relativa giurisprudenza, costituiscono un importante passo avanti nella direzione di una considerazione più sistematica e meno frammentata degli sviluppi del diritto internazionale ai fini di una interpretazione coerente. Anche se sono stati sollevati interrogativi concernenti l'ipotesi che siano (pochi) i riferimenti in totale armonia con la formulazione delle disposizioni in materia della Convenzione di Vienna, sembra che la Corte goda di un certo margine di flessibilità decisionale. In ogni caso, nel determinare l'impatto degli sviluppi nel diritto internazionale del lavoro – in particolare nella sua

(43) S. Van Drooghenbroek, *Les frontières du droit et le temps juridique...*, cit., pp. 843 ss.

(44) Acclusa alla sentenza *Demir*.

(45) Ivi, punto 8.

(46) S. Van Drooghebroek, *op. ult. cit.*, p. 849 («*Les temps sont mûrs pour réinvestir le débat du droit transitoire jurisprudentiels*»).

dimensione di diritto dell'uomo – sull'interpretazione della Convenzione, non si possono addurre valide motivazioni per escludere certi elementi come la giurisprudenza degli organismi di supervisione.

3. — *Il diritto alla vita privata e familiare. L'art. 8 della Cedu* — Un importante articolo che in passato è stato forse sottovalutato in relazione ai temi del diritto del lavoro concerne la tutela della vita privata (e familiare) di cui all'art. 8 Cedu. Sulla base del nuovo metodo interpretativo, esamineremo ora più in particolare come esso si possa applicare anche al diritto dei rapporti di lavoro e della occupazione.

3.1. — *La nozione* — Il testo dell'art. 8 così recita: «Diritto al rispetto della vita privata e familiare. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di questo diritto se non in conformità con la legge e in quanto misura che, in una società democratica, sia necessaria nell'interesse della sicurezza nazionale, della salute pubblica, del benessere economico del paese, della prevenzione del disordine e del crimine, della protezione della salute o della morale, della tutela dei diritti e delle libertà altrui».

Secondo una giurisprudenza da tempo consolidata, la Corte ha sviluppato concetti, definizioni e soluzioni applicative riguardanti il «diritto al rispetto per la propria [di ciascuno, *n.d.a.*] vita privata e familiare». L'idea base è che non vi possa essere vita privata se le condizioni di lavoro sono tali da impedire il pieno godimento di tale diritto.

3.2. — *L'ambito di applicazione sostanziale* — Dunque, seguendo il metodo indicato, resta da stabilire in dettaglio se e in quale misura l'interpretazione dell'art. 8 della Cedu consenta di incorporare importanti diritti sociali fondamentali. Anzitutto, va ricordato che la Corte ha già ampliato il campo di applicazione della norma (47). Con riguardo alla vita lavorativa, la discriminazione contro gli omosessuali è stata considerata come una violazione dell'art. 8 (48), e anche il divieto di presentare una

(47) V., ad es., R. Allen, R. Crasnow, A. Beale, *Employment Law and Human Rights*, II ed., Oxford University Press, 2007, pp. 157 ss. (riguardo all'art. 8 e al suo impatto sul diritto del lavoro britannico); E. Palmer, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Oxford: Hart Publishing, 2007, pp. 74 ss. («Articolo 8: *Protecting Physical and Psychological integrity*»).

(48) Corte Edu, Sez. III, 27 settembre 1999, nn. 31417/96 e 32377/96, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom*.

domanda di assunzione nell'impiego pubblico, e per molte qualifiche nel settore privato, è stato inteso come non conforme alla *ratio* dello stesso articolo letto congiuntamente con l'art. 14 della Cedu (49).

Se si analizza in dettaglio la giurisprudenza della Corte, emerge una chiara e convincente evoluzione parallela nel senso dell'estensione del campo di applicazione dell'art. 8 alla tutela dell'ambiente. Il caso *Tătar v. Romania* (50) tratta delle gravi conseguenze di un incidente ambientale avvenuto in una impresa. Appare evidente come a essere colpite non siano soltanto le persone (ricorrenti) che vivono nelle vicinanze, ma anche i lavoratori in maniera persino più diretta. Non può essere quindi giustificata la diversità di trattamento in materia di sicurezza e salute all'interno dei luoghi di lavoro. Lo stesso vale per il caso più recente *Oluić v. Croazia* (51). La Corte, nel censurare il comportamento delle autorità pubbliche per non aver tutelato il ricorrente dall'eccessivo rumore proveniente da un bar, ha applicato l'art. 8 della Cedu. Anche in questo caso, il metodo interpretativo sistematico deve portare quantomeno allo stesso livello di protezione i dipendenti che lavorano nel bar. Infine, ma non meno importante, la Corte ha considerato la raccolta e l'archiviazione di informazioni personali nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato attraverso l'utilizzo di telefono, *e-mail* e *internet* come una violazione del diritto al rispetto della comunicazione privata garantito dallo stesso articolo (52).

Questi casi sono esempi irrefutabili della necessità di un'analisi più approfondita dell'art. 8 letto alla luce, in particolare, degli standard internazionali del lavoro.

In generale, le sentenze più recenti confermano la tendenza ad ampliare il campo di applicazione dell'articolo (53) che, ovviamente, include anche i rapporti di lavoro privati, con riferimento particolare al tema della giustificazione del licenziamento (54).

(49) Corte Edu, Sez. II, 27 luglio 2004, nn. 55480/00 e 59330/00, *Sidabras e Džiantas v. Lithuania*; Sez. II, 7 aprile 2005, nn. 70665/01 e 74345/01, *Rainys e Gasparyvičius v. Lithuania*; Sez. II, 7 aprile 2009, n. 26652/02, *Žičkus v. Lituania*.

(50) Corte Edu, Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 67021/01, *Tătar v. Romania*.

(51) Corte Edu, Sez. I, 20 maggio 2010, n. 61260/08, *Oluić v. Croatia*.

(52) Corte Edu, Sez. IV, 3 aprile 2007, n. 62617/00, *Copland v. The United Kingdom*.

(53) «*Notion large, non susceptible d'une définition exhaustive*»: Corte Edu, Sez. I, 23 settembre 2010 (n. 425/03), *Obst c. Allemagne* (par. 39), e (n. 1620/03) *Schüth c. Allemagne* (par. 53).

(54) V. nota 53: «*La question principale [...] obligations positives découlant de l'article*

3.3. — *Esempi* — È possibile ipotizzare un primo elenco non esaustivo di esempi nei quali il nuovo metodo interpretativo potrebbe rivelarsi fruttuoso. Saranno necessarie ulteriori analisi per valutare tutte le conseguenze che a questo riguardo derivano dal caso *Demir*.

3.3.1. — *Il diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure* — Il diritto sociale fondamentale a condizioni di lavoro salubri e sicure non è ancora riconosciuto come un diritto rientrante (*ratione materiae*) nell'art. 8 della Cedu. In primo luogo, un importante elemento a favore di una interpretazione allargata di questa disposizione in materia di condizioni ambientali salubri è stato riconosciuto dalla Corte in una notevole mole di sentenze. Normalmente non ci sarebbe ragione per ritenere che questa giurisprudenza non si possa e non si debba applicare anche all'occupazione, che va considerata una componente della vita tanto importante quanto l'ambiente (55).

Il nuovo metodo, tuttavia, rende questo punto ancora più ovvio e richiede la stessa interpretazione del campo di applicazione. L'analisi degli standard internazionali del lavoro in materia rivela una tendenza al pieno riconoscimento di questo diritto. Come punto di partenza, l'art. 7, lett. *b*, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (Pidesc) richiede «condizioni di lavoro salubri e sicure». Quanto all'Oil, troviamo una serie di Convenzioni, la cui elencazione fuoriesce dallo spazio qui disponibile. È necessario tuttavia menzionarne almeno due, vale a dire la Convenzione n. 155 sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro del 1981 e la recente Convenzione quadro n. 187 per la promozione della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro del 2006. Anche se non fanno ancora parte delle principali Convenzioni sul lavoro, l'Oil, attraverso un piano d'azione, ha inteso sottolinearne l'importanza particolare (56), nella misura in cui esse possono configurarsi come il cuore del diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure. La tutela della salute dei lavoratori è trattata con pari rigore dal Consiglio d'Europa. Mentre la Carta sociale europea, sin dalle sue origini, riconosce all'art. 3 il «diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure», la Carta sociale rivisitata nel 1996 ne amplia gli obblighi in-

8, de reconnaître au requérant le droit au respect de sa vie privée contre la mesure de licenciement prononcée par l'Eglise» (*Obst*, par. 43; *Schüth*, par. 57).

(55) V., *supra*, par. 3.2.

(56) Piano d'azione 2010-2016 per ottenere un'ampia ratifica e un'effettiva attuazione degli strumenti per la sicurezza e la salute sul lavoro (Convenzione n. 155, il relativo Protocollo del 2002 e la Convenzione n. 187), adottato dall'organo di governo dell'Oil in occasione della 307esima sessione (marzo 2010).

tegrandovi il profilo di incentivazione e prevenzionistico [nuovo par. (4)]. Infine, l'Unione europea non solo proclama questo diritto al punto 7 della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989 (57), ma ancor di più lo qualifica come un diritto sociale fondamentale giuridicamente vincolante (art. 6.1 del TUE) nell'art. 31.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CdfUe).

Osservando più da vicino l'attività degli organismi di supervisione, l'Indagine generale del 2009 sulle Convenzioni n. 155 e 187 (58) può fungere da approccio generale agli elementi più concreti inseriti in entrambe le Convenzioni (59). Inoltre il Ceacr si occupa in generale, a intervalli di cinque anni, delle Convenzioni sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Anche se non esiste un «Commento generale» sull'art. 7 del Pidesc, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali (Cdesc) si occupa continuamente dei rapporti degli Stati che integrano al loro interno questi temi. Le sue «Osservazioni conclusive» sollevano spesso interrogativi su problemi specifici. Il Ceds, inoltre, si occupa a intervalli di quattro anni dei rapporti nazionali sull'applicazione dell'art. 3 della Carta sociale europea. È dunque disponibile una ricca raccolta di giurisprudenza che può servire a risolvere specifiche questioni che possono essere decise dalla Corte di Strasburgo quando si occupa della sicurezza e della salute dei lavoratori sotto la copertura dell'art. 8 della Cedu.

In conclusione, non solo il diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure sarebbe, *ratione materiae*, parte dell'art. 8 Cedu, ma molti elementi contenuti, ad esempio, nella Convenzione Oil n. 155 o nell'art. 3 della Cser sono in grado di fornire a questo diritto un contenuto effettivo.

3.3.2. — *Il diritto a un orario di lavoro limitato/ragionevole* — Un aspetto fondamentale del diritto a condizioni di lavoro salubri e sicure è costi-

(57) La Corte di Strasburgo ha fatto riferimento alla Carta del 1989 già nella sua giurisprudenza precedente: vd. Corte Edu, Grande Camera, 11 gennaio 2006, n. 52562/99 e n. 52620/99, *Sørensen e Rasmussen v. Denmark*, punti 73-74; Corte Edu, Grande Camera, 30 giugno 1993, n. 16130/90, *Sigurjónsson v. Iceland*, punto 35.

(58) Oil, *Indagine generale sulla Convenzione sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, 1981 (n. 155), sulla Raccomandazione sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, 1981 (n. 164) e sul Protocollo del 2002 alla Convenzione sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, 1981*, Rapporto del Ceacr, Conferenza internazionale del lavoro, 98esima sessione, Rapporto III (Parte 1B), Ginevra, 2009.

(59) Vd. l'opzione 2 nel par. 34 [Ilo Gb306/Lils/4(Rev.) con Appendice (p. 23): 2013: Stati K-Z; 2014: Stati A-J] adottata dall'organo di governo dell'Oil il 19 novembre 2009 (GB. 306/10/2).

tuito dalla limitazione dell'orario di lavoro. Questo istituto dovrebbe, infatti, essere considerato come uno degli elementi più ovvi di raccordo tra lavoro e vita privata e familiare, considerato che più si dilatano gli orari di lavoro minore è il tempo a disposizione per la vita extralavorativa.

In questo campo va ricordato che l'Oil ha iniziato la sua opera di definizione degli standard fin dal 1919, adottando il principio della giornata lavorativa di 8 ore con la *Convenzione sugli orari di lavoro (Industria), 1919* (n. 1), seguita da quella *sugli orari di lavoro (Commercio e Uffici), 1930* (n. 30) e successivamente *sulla settimana di quaranta ore, 1935* (n. 47) (60). Dopo la seconda Guerra mondiale, la limitazione dell'orario di lavoro era già inclusa nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (61). L'idea generale è stata recepita negli anni sessanta dall'art. 7, lett. d, del Pidesc (62) e, a livello europeo, dall'art. 2.1 della Cse, che non solo determina l'orario di lavoro ragionevole, ma include il concetto dinamico di una riduzione (continua) dello stesso (63). Anche l'art. 31.2 della CdfUe fissa limiti massimi all'orario di lavoro (64).

Quanto alla giurisprudenza degli organismi di supervisione, valgono in linea di principio le considerazioni già svolte sul quadro relativo all'esame dei Rapporti preparati dagli Stati (*supra*, par. 3.3.1.), anche se la relativa Indagine generale del Ceacr risale al 2005 (65) e l'intervallo quinquennale della verifica è organizzato in modo differente (66).

(60) Internamente, tutte e tre le Convenzioni hanno un cosiddetto *interim status*.

(61) Art. 24: «Ogni individuo ha diritto al riposo e allo svago, includendo una ragionevole *limitazione delle ore di lavoro* e ferie periodiche retribuite» (corsivo aggiunto).

(62) Così recita: «Il riposo, gli svaghi, una *ragionevole limitazione delle ore di lavoro*, e le ferie periodiche retribuite, nonché la remunerazione per i giorni festivi» (corsivo aggiunto).

(63) «Stabilisce *orari di lavoro* quotidiani e settimanali *ragionevoli* e la *riduzione progressiva* della settimana lavorativa nella misura consentita dall'aumento della produttività e da altri fattori pertinenti» (corsivo aggiunto).

(64) «Ogni lavoratore ha diritto a una *limitazione della durata massima del lavoro* e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite» (corsivo aggiunto).

(65) Oil, *Indagine generale sui rapporti riguardanti la Convenzione sugli orari di lavoro (Industria), 1919 (n. 1), e la Convenzione sugli orari di lavoro (Commercio e Uffici), 1930 (n. 30)*, Rapporto del Ceacr, Conferenza internazionale del lavoro, 93esima sessione, Rapporto III (Parte 1B), Ginevra, 2005.

(66) Vd. nota 59; 2013: Stati A-J, 2014: Stati K-Z.

Applicando il metodo adottato nel caso *Demir* alla interpretazione del raggio di influenza dell'art. 8, non solo si dovrebbe inserire il principio generale di un orario di lavoro ragionevole/limitato ma, allo stesso modo e più concretamente, andrebbero impiegati molti argomenti a favore di un limite alla giornata lavorativa di 8 ore sia pure con la previsione di alcune eccezioni.

3.3.3. — *Il diritto alla conciliazione della vita professionale e familiare* — Nel quadro degli standard internazionali, quello alla conciliazione della vita professionale e familiare figura come diritto piuttosto inedito. Ma l'Oil fornisce un valido richiamo con la Convenzione n. 156 sui lavoratori con responsabilità familiari del 1981, e questo approccio è opportunamente integrato a livello europeo dal diritto a pari opportunità e a pari trattamento dei lavoratori con responsabilità familiari (art. 27 Cser) (67). Dal canto suo, l'art. 33 della CdfUe, che riguarda «la vita familiare e professionale», in particolare al paragrafo 2, stabilisce alcuni elementi relativi alla maternità (*infra*, par. 3.3.4) ma anche al congedo parentale.

La relazione tra vita familiare e vita professionale è diventata un tema cruciale della politica sociale. Il modello comune in Europa è sempre più la famiglia con due fonti di reddito, e questa condizione genera crescenti tensioni su come conciliare la vita lavorativa e quella familiare. Il ritmo sempre più frenetico dei servizi e della produzione aumenta le richieste nei confronti dei lavoratori dipendenti, che devono quindi essere pronti ad adeguarsi a orari di lavoro variabili, straordinari e a giornate di lavoro extra.

La sentenza più recente relativa a un rifiuto delle autorità di garantire il congedo parentale al padre richiedente – un caso tipico di disparità di trattamento tra il personale femminile civile e quello militare – conferma chiaramente questa tendenza. La Corte afferma: «Nell'assoluta maggioranza dei paesi europei la legge stabilisce che il congedo parentale può essere richiesto sia dalla madre che dal padre» (68). Secondo l'opinione dei giudici, ciò dimostra che la società si è mossa verso una

(67) Per approfondimenti vd. A. Stathopoulou, *La conciliation de la maternité et de l'emploi dans le cadre de l'article 27 de la Charte sociale européenne (révisée)*.

(68) Corte Edu, Sez. I, 7 ottobre 2010, n. 30078/06, *Konstantin Markin v. Russia*, par. 49; il caso è stato rimesso recentemente alla Grande Camera. La sentenza richiama (parr. da 26 a 30) il Rapporto Oil, *Maternity at work: A review of national legislation* (in <http://www.ilo.org/public/english/protection/condtrav/pdf/wf-iogpt-05.pdf>, 2005), e (parr. da 28 a 30) l'analisi comparativa negli Stati europei.

condivisione più paritaria delle responsabilità tra uomini e donne per quanto riguarda l'educazione dei figli, riconoscendo il ruolo di cura dell'uomo. Se non esplicitamente, la Corte ha almeno indirettamente basato il suo ragionamento in parte sul metodo *Demir*, allorché ha richiamato la Convenzione Oil n. 156 e la Direttiva Ue sul congedo parentale (69). Ma non si è spinta fino a considerare la fattispecie come una violazione dell'art. 8 Cedu in sé. È necessario dunque un passo ulteriore per ammettere espressamente che il congedo parentale è un diritto sociale fondamentale contenuto in quell'articolo della Cedu. Questo passo sarà la conseguenza logica di un'applicazione più completa del metodo seguito nel caso *Demir*.

3.3.4. — *Il diritto alla tutela della maternità* — Questo importante profilo del diritto alla vita familiare ha una lunga storia. Sempre l'Oil, sin dal 1919, ha adottato la prima Convenzione sulla tutela della maternità (la n. 3) (70). Una seconda Convenzione sulla tutela della maternità (la n. 183) è stata adottata nel 2000, aggiornando così il contenuto della precedente in linea con le moderne condizioni della lavoratrice. L'art. 10.2 del Pidesc stabilisce esplicitamente che: «Dovrebbe essere accordata una protezione speciale alle madri durante un periodo ragionevole prima e dopo il parto. Durante tale periodo, alle madri lavoratrici dovrebbe essere accordato un congedo retribuito o un congedo con adeguati benefici di sicurezza sociale». Osservando più da vicino le tendenze emergenti nel diritto internazionale, è interessante notare che, a livello europeo, l'art. 8 della Carta sociale europea, volto a tutelare le donne lavoratrici in generale e quelle in gravidanza in particolare, è stato modificato dalla riforma della Carta nel 1996 e prescritto come diritto alla tutela della maternità delle occupate (art. 8 Cser). Questa tendenza è motivata da una crescente comprensione del fatto che la «protezione» delle donne in generale potrebbe portare alla discriminazione basata sul genere. Considerato che, «al fine di conciliare vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità

(69) Direttiva del Consiglio n. 96/34/Ce del 3 giugno 1996 (v. ora la Direttiva del Consiglio n. 2010/18/Ue dell'8 marzo 2010, che applica l'Accordo quadro riveduto sul congedo parentale concluso da Businessseurope, Ueapme, Ceep e Ces); v. parr. 29 e 49 della sentenza.

(70) Questa convenzione, internamente, ha un *interim status*, mentre la Convenzione sulla tutela della maternità (riveduta), n. 103/1952, è considerata «obsoleta».

retribuito...», l'art. 33.2 della CdfUe incorpora esplicitamente l'elemento principale contenuto nelle rispettive direttive.

3.3.5. — *Il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiusto* — La stabilità del rapporto di lavoro è stata a lungo considerata esterna al campo di applicazione dell'art. 8 della Cedu. Ciò nonostante, alcuni elementi sono stati riconosciuti con riferimento ad altri articoli della Cedu come il 10 (licenziamento in violazione della libertà di espressione) (71) e l'11 (licenziamento in violazione della libertà di associazione) (72). Se ci si basa sulle sentenze più recenti, non si può più negare che l'estinzione del rapporto è, in via di principio, coperta dall'art. 8 (*ratione materiae*) (73).

Anche se questa conclusione non è basata sul metodo del caso *Demir*, sembra ovvio che tale risultato sarebbe ancora più logico e necessario ove di esso si tenesse conto. Difatti è stato sviluppato a livello internazionale ed europeo nella tutela contro il licenziamento ingiustificato. Il primo standard internazionale, la Convenzione Oit n. 158/1982 (Convenzione sull'interruzione dell'impiego) può essere considerata il punto di svolta per l'adozione di uno strumento giuridicamente vincolante (74). Il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato era stato affermato a livello europeo dall'art. 24 della Cser (75) ed è ora riconosciuto dall'art. 30 CdfUe (76).

3.4. — *Conclusioni* — Questa breve panoramica dimostra in che misura il campo d'applicazione dell'art. 8 della Cedu dovrà ampliarsi per includere nuove dimensioni di concreti diritti sociali fondamentali, tenendo conto del nuovo metodo in base al quale gli standard internazionali «possono e devono» essere presi in considerazione quando si interpretano le disposizioni della Cedu. Sembra anche possibile che alcuni dei moderni accordi sull'orario di lavoro, al pari di quelli riguardanti il congedo parentale o di maternità, possano considerarsi discriminatori sul terreno degli obblighi di genere o familiari. Dal momento che l'elenco dei motivi di discriminazione nell'art. 14 Cedu è aperto, è del

(71) V. nota 5, caso *Vogt v. Germany*.

(72) V. nota 4, caso *Danilenkov e altri v. Russia*.

(73) Vedi nota 53 e spec. nota 54, casi *Obst e Schüth v. Germany*.

(74) Ciò nonostante va ricordato che già una ventina d'anni prima era stata adottata la Raccomandazione sulla cessazione dell'impiego (n. 119 del 1963).

(75) Il diritto alla tutela nei casi di cessazione dell'impiego.

(76) Rubricato «Tutela in caso di licenziamento ingiustificato».

tutto plausibile che questa possa essere una ragione pertinente di discriminazione nel contesto della Convenzione. Per quel che consta, finora non ci sono stati molti precedenti decisi su queste basi, ma il metodo generale adottato dalla Corte indica che casi di questo genere saranno trattati negli anni a venire. Nel prossimo paragrafo analizzeremo il ruolo che l'art. 14 può giocare a questo riguardo.

4. — *Uguaglianza, non discriminazione e articolo 14* — Nel campo della legislazione sociale troviamo diversi strumenti internazionali che conferiscono diritti a gruppi specifici, come quello a non essere discriminati. Esamineremo ora in quale misura tale discriminazione possa essere ricompresa nell'art. 14 della Cedu.

4.1. — *La nozione di discriminazione* — Il testo originale dell'art. 14 recita: «Divieto di discriminazione. Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita e ogni altra condizione».

La nozione di discriminazione non è definita nella Convenzione, ma sembra chiaro che i principi saranno applicati con riferimento al modo in cui la Corte definisce i concetti nel testo della Convenzione. A venire in rilievo sarà anche il modo in cui la nozione di discriminazione è intesa in molte fonti internazionali.

Esiste una lunga lista di strumenti (anche in materia di diritto del lavoro) che proteggono contro la discriminazione i lavoratori in generale (77) e le lavoratrici in particolare. Nell'art. 2 della Dichiarazione dei diritti umani dell'Onu (1949) sono state vietate le distinzioni basate sul genere, mentre l'art. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966) garantisce la parità di trattamento tra uomini e donne nel godimento di tutti i diritti civili e politici; analoga garanzia si trova negli artt. 2, 3 e 7 del Pidesc. La Convenzione Oit n. 100 sulla parità retributiva (1958) (78) e quella del 1958 sulla discriminazione nell'impiego e nelle

(77) A questo proposito v. anche l'art. E della Cser e la giurisprudenza in materia del Ceds.

(78) Attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza dell'8 aprile 1976, Caso 43/75, *Defrenne II*, par. 20), la suddetta Convenzione è servita a intro-

professioni vietano esplicitamente la discriminazione di genere sul lavoro (79). La Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (Cedaw) del 1979 (80) riguarda specificamente questa tutela.

A livello europeo, è interessante notare che all'inizio questo principio è stato riconosciuto in modo esplicito dall'art. 4.3 della Cse, limitatamente alla garanzia di uguale retribuzione per lavori di uguale valore. Solo con il primo Protocollo addizionale alla Cse il «diritto a pari opportunità e pari trattamento in materia di impiego e di professioni senza discriminazioni in base al genere» è stato incluso (art. 1) nella cornice della Carta sociale (81). Quasi in parallelo, l'Ue ha preso le mosse dall'ex art. 119 del Trattato Cee sulla parità di retribuzione ed è giunta a sancire un diritto generale alla non discriminazione nell'art. 21.1 della CdfUe e in particolare nell'art. 23.

La Corte di Strasburgo sottolinea l'importanza del divieto di discriminazione e inoltre stabilisce che «il divieto di discriminazione in generale, e di discriminazione razziale ed etnica in particolare, in base all'art. 14, riflette i valori fondamentali delle società democratiche che compongono il Consiglio d'Europa» (82).

La stessa Corte ha adottato una nozione di discriminazione piuttosto ampia, che sembra attribuire notevole importanza al risultato finale effettivo. Secondo i giudici, non solo il trattamento differenziato di persone con posizione analoga può dar luogo a una discriminazione, ma anche l'uguale trattamento di persone che godono di condizioni differenti può condurre a esiti discriminatori (83).

Una nozione ampia di discriminazione è stata applicata anche nel caso *Opuz v. Turchia* (84), dove la Corte Edu ha accolto l'interpretazione

dure il principio «uguale retribuzione per lavori di uguale valore» nel diritto dell'Ue, che ora è rintracciabile nel diritto primario (art. 23 della CdfUe, art. 157.1 del TfUe) e in quello secondario (Direttiva n. 2006/54/Ce, art. 4).

(79) Cfr. Oil, *Indagine generale in materia di uguaglianza nell'impiego e nelle professioni, 1958, (n. 111)*, Rapporto del Ceacr, Conferenza internazionale del lavoro, 83esima sessione, Rapporto III (Parte 4B), Ginevra, 1996.

(80) V. il riferimento all'art. 6 della Cedaw nel caso *Rantsev v. Cyprus e Russia*, parr. 147 e 148.

(81) Nella Cser è ora diventato l'art. 20.

(82) Corte Edu, Grande Camera, 6 luglio 2005, nn. 43577/98 e 43579/98, *Nachova et al. v. Bulgaria*.

(83) Corte Edu, Grande Camera, 6 aprile 2000, n. 34369/97, *Thimmenos v. Greece*.

(84) Corte Edu, Sez. III, 9 settembre 2009, n. 33401/02, par. 164.

adottata dal Comitato Cedaw (85) con riferimento alla violenza contro le donne generalmente e specificamente in relazione a quella intrafamiliare. In precedenza, il Comitato Cedaw aveva ritenuto che i doveri degli Stati membri rispetto alla violenza di genere riguardassero «tutte le misure legali e di altro tipo necessarie per garantire la protezione effettiva delle donne contro la violenza di genere, comprese le sanzioni penali, i risarcimenti civili e le disposizioni compensatorie per tutelare le donne contro ogni tipo di violenza».

Come detto, la Corte ha aderito pienamente a questo orientamento nel caso *Opuz v. Turchia*; essa ha esplicitamente fatto riferimento alla posizione espressa nel caso *Demir*, secondo cui, nell'interpretare le norme della Convenzione e determinare il campo di applicazione dell'obbligo dello Stato in casi specifici, la Corte «si impegnerà anche nella ricerca del consenso e dei valori comuni che emergono nelle prassi degli Stati europei e negli strumenti internazionali specializzati, come la Cedaw, oltre a seguire l'evoluzione delle norme e dei principi del diritto internazionale attraverso ulteriori sviluppi» (86). Inoltre la Corte richiama l'affermazione del Relatore speciale dell'Onu sulla violenza contro le donne, secondo cui sussiste nel diritto internazionale consuetudinario l'obbligo per gli Stati di impedire e reagire con la dovuta efficacia contro le manifestazioni di violenza di genere (87).

Il caso *Opuz v. Turchia* coinvolgeva non solo l'art. 14 della Cedu, ma anche, anzi soprattutto, gli artt. 2 e 3. Nel caso in questione, infatti, un marito aveva esercitato una costante violenza fisica contro la moglie e la madre di lei, uccidendo infine quest'ultima. L'importante conclusione desumibile da questo caso è che lo Stato ha l'obbligo di impedire attivamente la discriminazione, al punto che la violazione della Convenzione può prodursi anche nell'ipotesi di una condotta che ha luogo nella sfera privata ed è posta in essere da singoli individui. Tale obbligo di attivarsi preventivamente, e di porre in essere meccanismi di intervento in situazioni di crisi, è descritto dalla Corte come un obbligo generale di adozione della *diligenza dovuta* in ragione di tali circostanze. Si tratta di un importante obbligo a contenuto positivo, che può avere ri-

(85) Cfr. la Cedaw e la Raccomandazione generale n. 19 emessa dal Comitato Cedaw; questo è stato istituito in ossequio alla Convenzione ed è responsabile della sua supervisione.

(86) Corte Edu, Grande Camera, *Demir*, cit.

(87) Corte Edu, Sez. III, 9 settembre 2009, cit., par. 79.

levanza anche per la vita lavorativa. Risulta chiaro che lo Stato ha l'obbligo di impedire il prodursi di incidenti e rischi sul lavoro (88). La decisione di uno Stato membro volta ad abolire, ad es., tutte le istituzioni preposte alla salute e sicurezza che si attivano nel campo della prevenzione dovrebbe essere, quindi, considerata come una violazione della Cedu (89).

Da un punto di vista generale, non è chiaro fino a che punto l'obbligo positivo di prevenzione dei diversi tipi di discriminazione possa essere interpretato come derivante dalla Convenzione, ma non c'è dubbio che un tale obbligo sussista davvero.

4.2. — *Campo di applicazione del divieto di discriminazione* — La formulazione dell'art. 14 ha al proprio interno un limite significativo relativo alle fattispecie a cui esso è applicabile. La portata della norma è strettamente legata al «godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione».

Ne consegue che l'art. 14 ha una funzione *suppletiva* rispetto ad altre norme di diritto positivo, nel senso che può essere applicato solo quando la fattispecie concreta rientri effettivamente nel campo di applicazione di un altro articolo della Convenzione (90). Tuttavia non è necessario dimostrare l'avvenuta violazione di un'altra norma della Convenzione. È sufficiente provare che un'altra norma è stata applicata in maniera discriminatoria, anche nei casi in cui la legge nazionale, nel dare esecuzione alla norma, vada oltre l'obbligo espressamente stabilito dalla Convenzione (91). Nel caso *Okpiz v. Germania* la Corte ha riassunto così il proprio modo di procedere: «Come la Corte ha sostenuto in varie occasioni, l'art. 14 entra in gioco ogni qual volta “la questione oggetto di discriminazione [...] costituisce una delle modalità di

(88) Vd. Corte Edu, Sez. IV, 9 settembre 2009, n. 60255/00, *Pereira Henriques e altri v. Luxembourg*; v. anche par. 3.3.1.

(89) Secondo notizie apparse sulla stampa, una riforma di questo genere è attualmente in discussione in Italia (giugno 2010).

(90) Vd. Corte Edu, Sez. IV, 28 settembre 2010, n. 37060/06, *J.M. v. The United Kingdom*, par. 45: «L'applicazione dell'articolo 14 non presuppone necessariamente la violazione di uno dei diritti sostanziali garantiti dalla Convenzione. È necessario, ma è anche sufficiente per i fatti in oggetto, che si rientri “nell'ambito” di uno o più articoli della Convenzione».

(91) Vd. T. Makkonen, *Equal in Law, Unequal in Fact*, Tesi, University of Helsinki, 2010, pp. 132-133.

esercizio di un diritto garantito”, oppure le misure contestate sono “legate all’esercizio di un diritto garantito”» (92).

Anche se tale metodo interpretativo in una certa misura amplia la formulazione piuttosto rigida dell’art. 14, non sono mancati i tentativi di ampliarne l’efficacia fino a leggervi un più generale divieto di discriminazione.

Tali sforzi hanno portato all’adozione del Protocollo n. 12 alla Convenzione europea, che conduce chiaramente l’art. 14 verso un’applicazione più generale. La formulazione del fondamentale art. 1 del Protocollo recita: «Il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione. Nessuno può costituire oggetto di una discriminazione da parte di una qualsivoglia autorità pubblica che sia fondata segnatamente sui motivi menzionati nel par. 1».

Il processo di ratifica di questo Protocollo è stato piuttosto lento e le 18 ratifiche succedutesi a partire da settembre 2010 coinvolgono solo 7 dei 27 paesi dell’Ue (93). Di conseguenza sono pochi i casi in cui la Corte si è occupata della sua interpretazione (94).

Tuttavia, nella prospettiva di promuovere i diritti sociali fondamentali, è importante esplorare tutti i collegamenti possibili tra l’art. 14 e le altre disposizioni della Convenzione. Nel paragrafo seguente prenderemo in esame tali possibilità alla luce della prassi fin qui seguita dalla Corte Edu.

4.3. — *L’art. 14 e i suoi necessari collegamenti con le altre norme* — A titolo introduttivo possiamo affermare che esiste un chiaro caso di inclusione di un diritto sociale nella Convenzione. Tale inclusione è stata realizzata dal primo Protocollo addizionale che tratta esplicitamente del diritto all’istruzione.

Per il resto, è ovvio che, al di là dell’art. 11 non preso in considera-

(92) Corte Edu, Sez. IV, 15 febbraio 2006, n. 59140/00, *Okpış v. Germany*.

(93) Si tratta di Cipro, Finlandia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovenia e Spagna (altri 10 Stati membri dell’Ue hanno firmato il Protocollo).

(94) V. tuttavia Corte Edu 22 dicembre 2009, nn. 27996/06 e 34836/06, *Sejdić e Finci v. Bosnia e Herzegovina*.

zione in questa presentazione, tanto l'art. 1, il Protocollo 1 (tutela della proprietà) (95), quanto l'art. 2 (tutela del diritto alla vita) possono essere chiaramente collegati all'art. 14. Nel caso dell'art. 2, la questione può concernere le misure discriminatorie relative all'accesso alla sanità o ai servizi sociali, che mettono a rischio la vita di un individuo (96). L'art. 3, che proibisce la tortura ma anche i trattamenti o le punizioni inumane o degradanti, è stato invocato in diversi casi nei quali la discriminazione razziale ha preso la forma del trattamento degradante (97). Anche l'art. 4 relativo al divieto di schiavitù e di lavoro forzato od obbligatorio e – come ricordato in precedenza (98) – l'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare possono essere collegati all'art. 14 quando si versi in ipotesi di discriminazione (99). Lo stesso dicasi per l'art. 6, che statuisce il diritto a un giusto processo, e per il 13, che attiene al diritto a un congruo risarcimento.

In futuro, la tutela contro la discriminazione dei gruppi vulnerabili, in particolare migranti e disabili, potrebbe rientrare nel campo d'applicazione dell'art. 14, sebbene la giurisprudenza della Corte di Strasburgo su questa materia sia ancora insufficiente (100).

Negli ultimi decenni si è ampliato il quadro internazionale relativo al fenomeno dei lavoratori migranti e dei disabili. Per quanto attiene ai primi, vale il richiamo alla già citata Convenzione Onu, alle Conven-

(95) Corte Edu 16 settembre 1996, n. 39/1995/545/631, *Gaygusuz v. Austria* (concernente il rifiuto di corrispondere l'indennità di disoccupazione non contributiva in base al fatto che tale indennità era riservata alle persone di nazionalità austriaca); Corte Edu, Sez. II, 4 giugno 2002, n. 34462/97, *Wessels-Bergervoet v. Netherlands* (la pensione di anzianità della richiedente e del marito era stata ridotta perché quest'ultimo non era assicurato in base alla legge olandese per un periodo durante il quale aveva lavorato in Germania; il reclamo era fondato sulla discriminazione in base al sesso).

(96) Vd. Corte Edu, Grande Camera, 10 maggio 2001, n. 25781/94, *Cyprus v. Turkey*.

(97) Corte Edu, Sez. II, 12 luglio 2005, nn. 41138/98 e 54320/01, *Moldovan et al. v. Romania*.

(98) V., *supra*, nota 47.

(99) V., come esempi più recenti, il caso *Konstantin Markin v. Russia* (cit. a nota 68) e il caso *J.M. v. The United Kingdom* (cit. a nota 90).

(100) Per quanto riguarda i lavoratori migranti cfr., ad es., *Gaygusuz v. Austria* (cit. a nota 95) e, per le persone con disabilità, Corte Edu, Sez. III, 10 luglio 2001, n. 33394/96 *Price v. The United Kingdom*, nella quale il trattamento degradante sulla base dell'art. 3 è stato invocato con successo nei confronti di una persona con gravi disabilità trattenuta in carcere senza il dovuto riguardo per le sue particolari necessità.

zioni Oil nn. 97 (101) e 143 (102) e all'art. 19 della Cser (103). Per i lavoratori disabili valgono i richiami alla Convenzione Onu (di recente adottata), alla Convenzione Oil n. 159 (104) e, in sede europea, all'art. 15 Cser, nonché agli artt. 21.1 (non discriminazione) e 25 della CdfUe (integrazione delle persone con disabilità). In futuro la Corte di Strasburgo non solo dovrà conferire dignità interpretativa a siffatti trattati internazionali, ma dovrà anche tenere conto della giurisprudenza degli organismi competenti di supervisione.

5. — *La governance multilivello dei diritti sociali fondamentali* — Si è sviluppato in passato e continua tuttora un vivace dibattito sulla frammentazione del diritto internazionale derivante dalla moltitudine di fonti e di istituzioni coinvolte nell'interpretazione di questo settore del diritto (105). Il nuovo metodo consolidato, volto all'integrazione nel raggio di azione della Corte di Strasburgo degli standard internazionali relativi ai problemi sociali e del lavoro, può essere visto come un tentativo di risolvere questo dilemma e, allo stesso tempo, di promuovere l'innovazione sociale nel territorio dei diritti civili fondamentali. Un tale approccio non può che essere ben accolto da chi ha profondamente a cuore un'Europa sociale, come la nostra stimatissima collega e buona amica Yota Kravaritou.

(101) Convenzione sulla migrazione per lavoro (riveduta), 1949, in particolare l'art. 6; v., in generale: l'Indagine generale dell'Oil (1999) riguardante la Convenzione sulla migrazione per ragioni di lavoro (riveduta), 1949, (n. 97); la Convenzione sui lavoratori migranti (Disposizioni supplementari), 1975 (n. 143); il Rapporto del Ceacr, Conferenza internazionale del lavoro, 87esima sessione, Rapporto III (Parte 1B), Ginevra.

(102) Convenzione sui lavoratori migranti (Disposizioni supplementari), 1975, in particolare l'art. 9.1 anche per i lavoratori irregolari: «Senza pregiudizio delle misure destinate al controllo dei movimenti migratori per ragioni di lavoro, garantendo che i lavoratori migranti entrino nel territorio nazionale e abbiano accesso all'impiego in conformità con la relativa legislazione, il lavoratore migrante, nei casi in cui le leggi e i regolamenti in materia non siano rispettati, e in cui la sua posizione non possa essere regolarizzata, dovrà beneficiare della parità di trattamento per sé e per i familiari, con riferimento ai diritti che derivano da un impiego anteriore in fatto di retribuzione, previdenza sociale e altri benefici» (corsivo aggiunto).

(103) Il diritto primario e secondario dell'Unione è particolarmente ampio a questo proposito (anche per cittadini di un paese terzo, v. la Direttiva n. 2003/109/Ce del 25 novembre 2003 riguardante lo status dei cittadini di un paese terzo che sono residenti di lungo periodo).

(104) Convenzione sul reinserimento professionale e l'impiego (Persone disabili), 1983.

(105) Cfr. «Rapporto conclusivo del Gruppo di studio sulla frammentazione del diritto internazionale», cit.

OSSERVATORIO CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

A CURA DI GINEVRA GALLI

Flavia Schiavetti (*)

RINNOVO DEL CCNL GOMMA PLASTICA - INDUSTRIE PER IL TRIENNIO 2010-2012

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le relazioni industriali. — 2.1. La contrattazione di secondo livello. — 3. L'orario di lavoro. — 4. L'assetto retributivo. — 5. Il lavoro a tempo parziale. — 6. Il contratto a termine e il contratto di somministrazione lavoro. — 7. L'apprendistato. — 8. La previdenza complementare. — 9. L'Assistenza sanitaria integrativa. — 10. Conclusioni.

1. — *Premessa* — L'Accordo di rinnovo del Ccnl delle aziende industriali del settore della gomma e della plastica, scaduto il 31 dicembre 2009, è stato siglato il 18 marzo 2010 tra la Federazione gomma plastica e l'Associazione italiana ricostruttori pneumatici e le Oo.Ss. Filcem-Cgil, Femca-Cisl e Uilcem-Uil; dopo una difficile trattativa, caratterizzata anche dalla presentazione di tre piattaforme rivendicative separate, è stata raggiunta un'intesa unitaria, in cui sono ritenuti necessari interventi strutturali tesi a un incremento della crescita e della produttività (1).

2. — *Le relazioni industriali* — L'Intesa prevede un ampliamento dell'operatività dell'Osservatorio nazionale (2), a cui le parti potranno demandare una più approfondita osservazione di singoli comparti per i quali può essere ritenuta necessaria una valutazione approfondita, sulla base di dati specifici.

Le materie che possono essere oggetto di tale intervento rimangono quelle già previste dal contratto collettivo precedente (3), mentre sono

(*) Assegnista di ricerca presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Come sottolineato dalla premessa della piattaforma rivendicativa presentata dalla Filcem-Cgil.

(2) Parte I, Titolo I – Relazioni Industriali a livello nazionale osservatorio nazionale.

(3) Parte I, Titolo I, n. 4, « l'andamento dei mercati nazionali e internazionali nonché, sulla base dei dati complessivi riguardanti le previsioni di investimento e i costi delle materie prime e della energia, le prospettive produttive del settore e dei suoi comparti più significativi, e gli effetti di tali prospettive sulla occupazione,

apportate modifiche alle sezioni di attività istituite nell'ambito dell'Osservatorio.

Per quanto concerne il settore «lavoro», la grande novità si può leggere, da una parte, nella possibilità per le parti di utilizzare le risultanze delle indagini effettuate sui comparti nei rinnovi contrattuali successivi e, dall'altra, nel nuovo alinea inserito, che prevede il monitoraggio della sperimentazione triennale 2010-2012, relativa alla trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale (4), e l'utilizzo dei risultati così ottenuti (5).

Nel contratto siglato il 4 luglio 2008 era stato demandato al lavoro di Commissioni paritetiche il compito di approfondire il confronto su argomenti di fondante rilievo, tra i quali gli interventi in materia di «mercato del lavoro» nonché quelli diretti a favorire la competitività e l'efficienza, l'assistenza sanitaria integrativa, il trattamento di malattia per gli apprendisti e quello per i casi di premorienza o invalidità permanente.

Con l'Intesa in commento, nell'ambito della sezione di attività «Formazione – Organismo bilaterale nazionale per la formazione nel settore gomma-plastica-cavi elettrici» (6) le parti si impegnano in concerto con Fondimpresa a promuovere bandi, elaborare un piano settoriale nazionale di formazione continua da realizzare su base territoriale e definirne i contenuti. A tal fine dovranno tenere conto delle esigenze di qualificazione e riqualificazione professionale dei lavoratori, dell'opportunità di promuovere appositi percorsi formativi nelle aree professionali, dell'esigenza di formazione sui temi della sicurezza e dell'ambiente, utilizzando anche l'esperienza dei lavoratori con elevata anzianità ed estendendo, inoltre, tali opportunità ai lavoratori collocati in

con particolare riguardo alle eventuali aree territoriali di crisi; - i processi di innovazione tecnologica e le tendenze della ricerca e sviluppo, con i relativi effetti in tema di occupazione, organizzazione del lavoro, caratteristiche della prestazione e formazione; - le iniziative legislative che potranno avere effetti specifici sul settore, e in particolare gli eventuali interventi di sostegno ai programmi in materia di ricerca, innovazione tecnologica e sviluppo; - l'andamento complessivo degli investimenti, nonché la verifica delle ragioni che eventualmente si frappongono allo sviluppo di ulteriori investimenti sul territorio nazionale; - le iniziative normative della Ue che abbiano diretta influenza sul settore, nonché i raffronti fra Italia e Ue in materia di: organizzazione ed efficacia delle relazioni industriali, costo del lavoro settoriale, incidenza degli oneri sociali e fiscali sul lavoro, orario di lavoro».

(4) Prevista dall'art. 10 del presente contratto e che verrà approfondita nel par. 5.

(5) Parte I, Titolo I, lett. *a*.

(6) Parte I, Titolo I, lett. *a*.

Cassa integrazione. È altresì prevista la certificazione dell'attività formativa dei lavoratori.

Nella progettazione di questo ampliamento, infine, è introdotta una nuova sezione, lett. *d*, dedicata alla «Responsabilità sociale», secondo la quale le parti si impegnano a sostenere «comportamenti socialmente responsabili», monitorare le iniziative aziendali e diffondere l'utilizzo delle migliori prassi nell'intero settore. A tal fine le parti si sono prefisse il rispetto dei codici di condotta e delle Convenzioni internazionali (7), il miglioramento continuo della sicurezza e dell'ambiente di lavoro, la solidarietà sociale e la tutela delle fasce deboli degli occupati, l'utilizzo degli strumenti previsti per la salvaguardia e lo sviluppo dell'occupazione e dell'impresa, e infine lo sviluppo della formazione continua per il miglioramento della competitività dell'impresa e la valorizzazione della professionalità dei lavoratori.

Viene anticipato a sei mesi prima della scadenza (8) del contratto il tempo utile per consentire l'apertura delle trattative, cui dovrà seguire risposta nel termine di 20 giorni dalla ricezione, e a sette mesi, decorrenti dal momento di presentazione della piattaforma, il periodo in cui le parti non possono assumere iniziative unilaterali.

È infine previsto che le parti si incontrino entro i primi 6 mesi del terzo anno di vigenza del Ccnl per adottare una posizione comune circa gli eventuali scostamenti significativi fra il tasso di inflazione previsto e quello effettivo registrati dagli organismi competenti, il cui recupero sarà effettuato attraverso la variazione dei minimi contrattuali.

2.1. — *La contrattazione di secondo livello* — Il contratto collettivo demanda, attraverso apposite clausole di rinvio (9), alla contrattazione aziendale la definizione di determinate materie e istituti, al preciso fine di garantire che i due livelli di contrattazione non si sovrappongano; attraverso la contrattazione aziendale, infatti, potrà essere istituito un premio per obiettivi (10), per il calcolo del quale le parti si dovranno riferire ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concorda-

(7) Con particolare riguardo a quelle relative al lavoro dei minori, la libertà di associazione sindacale e le discriminazioni nell'occupazione.

(8) Art. 71 Ccnl.

(9) Art. 25 Ccnl.

(10) Nel caso di aziende con un numero di dipendenti non superiore a 100, il premio di risultato può essere sostituito con l'indennità sostitutiva prevista all'allegato 1 del Ccnl.

ti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, qualità, redditività e altri elementi di competitività, potendo determinare anche forme, tempi e clausole per la verifica dei risultati e per l'eventuale riesame degli obiettivi prefissati.

Per quanto concerne la scadenza del contratto di secondo livello, questa non potrà sovrapporsi a quella del contratto nazionale, e in tal caso dovrà essere differita di 12 mesi, con conseguente ultrattività dell'efficacia degli accordi aziendali (11).

È affidato a una commissione paritetica, da istituirsi fra le parti nazionali, il compito di dettare delle linee guida dirette a favorire la diffusione della contrattazione aziendale dei premi di risultato adottabili dalle aziende del settore (12).

Tale fine è stato raggiunto con l'Accordo (13) riguardante le linee-guida per la contrattazione del premio di risultato per i dipendenti dalle industrie della gomma, cavi elettrici e affini e delle materie plastiche del 29 ottobre 2010; le parti sociali individuano così le fasi di svolgimento della procedura aziendale e gli obiettivi che potranno essere perseguiti (14).

3. — *L'orario di lavoro* — Oltre all'aggiornamento della tabella dell'orario annuo per l'anno 2012 con l'Accordo di rinnovo in commento si procede a modificare il trattamento delle riduzioni di orario di cui all'art. 9 Ccnl, che vengono scorporate dalla previsione del comma 3 sui riposi e inserite in un nuovo comma 4.

Dal 1° aprile 2010 il calcolo della maturazione delle riduzioni di orario sarà effettuato sulla base delle diverse tipologie di prestazione lavorativa di cui al comma 2, nonché in proporzione diretta con l'effettiva attività lavorativa prestata (15).

(11) Art. 25 Ccnl.

(12) Art. 25, ult. comma, Ccnl.

(13) L'accordo sarà allegato al Ccnl.

(14) Tra cui l'art. 2 dell'Allegato al Ccnl individua l'aumento della produttività; il miglioramento della qualità dei beni prodotti; il miglioramento di alcuni indicatori economici dell'azienda; il miglioramento dei comportamenti interni; l'applicazione di procedure e di sistemi di gestione.

(15) Secondo il comma 4 dell'art. 9 del Ccnl sono considerate facenti parte dell'attività lavorativa prestata: le ferie di cui all'art. 16; le festività di cui all'art. 15; le giornate di riposo e di riduzione dell'orario lavorativo di cui al presente articolo in quanto effettivamente godute; le assenze per infortuni professionali diversi dagli infortuni *in itinere* di cui all'art. 2, comma 3, del d.P.R. n. 1124/1965; le assenze riferibili a un unico e continuativo evento morboso di durata almeno pari a 150

Resta, quindi, fermo il riconoscimento di una riduzione di orario annuo di 116 ore ai lavoratori impiegati su 21 turni settimanali di 8 ore giornaliere; 100 ore per i lavoratori che svolgono la loro attività su 18 o più turni settimanali di 8 ore giornaliere; 80 ore per i lavoratori che svolgono la loro attività su 17 turni settimanali di 8 ore giornaliere e per quelli che prestano la loro opera su 2 turni diurni per 7 giorni la settimana (16); 64 ore per i lavoratori che svolgono la loro attività su 16 o 15 turni settimanali di 8 ore giornaliere; 52 ore per i lavoratori non addetti a turni o addetti a turni diversi da quelli su indicati.

In relazione alle modalità applicative di tale disciplina, viene previsto che le stesse saranno evidenziate alle Rsu durante gli incontri di verifica dei calendari annui di lavoro e in sede di prima applicazione (17).

4. — *L'assetto retributivo* — Per quanto concerne l'assetto retributivo, il maggiore profilo di novità consiste nell'art. 20, del contratto collettivo in commento, dove le parti sociali hanno previsto l'unificazione delle voci retributive. Dal 1° gennaio 2011, infatti, le precedenti voci retributive sono accorpate sotto un'unica voce, denominata «minimo contrattuale», comprendente la retribuzione tabellare, l'indennità di contingenza e l'Edr; sarà necessario, di conseguenza, ricalcolare quegli elementi retributivi aziendali determinati sulla base di solo una parte della nuova voce unica.

Le parti sociali, nel definire la retribuzione tabellare, hanno previsto che nel triennio 2010-2012 sia effettuato un aumento su base unica triennale, corrisposto ai lavoratori in tre *tranche*; per maggiore chiarezza e a titolo meramente esemplificativo, prendendo in considerazione l'aumento attribuito al livello F, l'aumento complessivo è di euro 122,00, di cui euro 32,00 dal 1° aprile 2010, euro 45,00 dal 1° gennaio 2011 ed euro 45,00 dal 1° gennaio 2012.

Ai fini del rinnovo dei minimi contrattuali del triennio 2013-2015, la nuova retribuzione media di riferimento è stata definita, al liv. F, in una somma pari a euro 1.788,00 lordi mensili.

A copertura del periodo dal 1° gennaio al 31 marzo 2010, è prevista, inoltre, l'erogazione di un importo forfettario di euro 100,00, suddivi-

giorni e che abbia comportato il ricovero ospedaliero; le ore per assemblea durante l'orario di lavoro, di cui all'art. 62; i permessi per Rsu di cui all'art. 61, per Rlssa di cui all'art. 42, per cariche sindacali di cui all'art. 64.

(16) Per questi ultimi, a partire dal 1° gennaio 2001 la riduzione sarà di 88 ore.

(17) Chiarimento a verbale II.

sibile in quote mensili (18). Il montante salariale complessivo risulta quindi di euro 3.007,00.

All'art. 12 sono regolati il lavoro straordinario, notturno, festivo e a turni e, secondo la previsione del nuovo comma 5, è dovuta, ai lavoratori turnisti e a quelli addetti a 18 o più turni avvicendati di 8 ore, un'indennità fissa per ogni turno di lavoro notturno effettivamente prestato, il cui ammontare assorbe sino a concorrenza quanto concordato allo stesso titolo a livello aziendale (19). Secondo l'esempio fatto in precedenza, è prevista la corresponsione di euro 10,53 per i primi e di euro 9,95 per i secondi (20).

5. — *Il lavoro a tempo parziale* — Le parti sociali si sono trovate d'accordo nel sancire la necessità di rafforzare la regolamentazione di quegli aspetti del contratto collettivo relativi ai rapporti di lavoro cosiddetti flessibili, con particolare riguardo al contratto di lavoro a tempo parziale.

Anche dalle piattaforme contrattuali (21), infatti, appariva la chiara e univoca esigenza che fosse previsto un sistema di analisi e controllo attraverso il quale valutare i risultati positivi o meno dell'applicazione di tale tipologia contrattuale e che al contempo consentisse l'individuazione e la rimozione dei profili di criticità.

A tal fine, sono stati inseriti all'art. 10 tre nuovi commi per l'applicazione sperimentale di tale tipologia contrattuale nel triennio di vigenza del contratto collettivo, e in particolare il comma 13, secondo il quale le domande di trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a *part-time* dovranno essere valutate positivamente dalle aziende, comunque in «funzione della fungibilità del lavoratore richiedente».

Come limite all'applicabilità di tale previsione è stato, però, individuato quello del 3% del personale dell'unità produttiva, occupato in ciascuna delle aree professionali previste dall'art. 4, all'interno del quale, come previsto dal comma 14, sono compresi i rapporti già trasformati prima dell'entrata in vigore della presente Intesa.

(18) Valido per i lavoratori impiegati al 1° aprile 2010 in ragione dei mesi prestati. Tale importo resterà escluso dalla base di calcolo del Tfr.

(19) Anche tale importo resterà escluso dalla base di calcolo del Trattamento di fine rapporto.

(20) A ciò devono essere sommati i costi derivanti dall'incremento del Fondo di previdenza complementare e quelli relativi all'avvio dell'introduzione dell'assistenza sanitaria integrativa.

(21) La piattaforma Filcem-Cgil per il rinnovo del contratto nazionale del settore gomma-plastica Confindustria richiede espressamente nel capitolo sul mercato del lavoro la previsione di tali strumenti.

Nel comma 15 si risponde, invece, all'esigenza di verifica e controllo dei risultati della sperimentazione, la cui analisi è affidata all'Osservatorio nazionale, che presenterà eventuali aspetti critici alla futura trattativa contrattuale per il triennio 2013-2015.

Resta ferma la disciplina dettata in materia di contratto di lavoro a tempo parziale, che prevede una maggiorazione del 10% sulla retribuzione nel caso in cui, attraverso clausole cd. flessibili, il lavoratore presti la propria opera in orari differenti da quello iniziale nonché in caso, attraverso clausole cd. elastiche, di una variazione in aumento della durata della prestazione, che è consentita nel limite del 30% (22) della durata annua dell'orario di lavoro.

Deve essere tenuto in considerazione, tuttavia, che con l'art. 22, comma 4, legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), sono tornati in vigore i commi 7 e 8 dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, come modificati dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003, per cui oggi, in questo come negli altri settori, non è più necessaria la previa ammissione delle clausole elastiche e flessibili mediante contratto collettivo.

È, altresì, prevista una maggiorazione del 16%, comprensiva degli istituti retributivi contrattuali e legali, indiretti e differiti, sulla retribuzione per la prestazione di lavoro supplementare, che rimane possibile solo nel limite del 30% della durata dell'orario di lavoro *part-time* riferita all'anno. Per le prestazioni eccedenti tale limite il lavoratore avrà diritto a una maggiorazione della retribuzione del 50%, comprensiva degli istituti retributivi contrattuali e legali, indiretti e differiti.

6. — *Il contratto a termine e il contratto di somministrazione lavoro* — La disciplina, a livello contrattuale, del contratto a tempo determinato e del contratto di somministrazione a tempo determinato, regolamentata in un nuovo articolo non numerato, prevede un limite massimo di assunzione mediante le due tipologie contrattuali (cd. «clausole di contingimento») del 25% in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'azienda alla data del 31 dicembre dell'anno precedente (23).

(22) Non è dovuta se il lavoratore abbia richiesto per proprie necessità la variazione della collocazione temporale della prestazione o il suo aumento. È sempre dovuto un preavviso di 7 giorni, altrimenti è dovuta una maggiorazione del 2% per le ore prestate tra il preavviso effettivamente dato e quello dovuto.

(23) Il comma 6 prevede che nel caso in cui tale percentuale indichi un numero di lavoratori inferiore a 8, sia comunque possibile l'utilizzo complessivo di un

Nel caso in cui tra il lavoratore e la stessa azienda siano intercorsi per le stesse mansioni più rapporti di lavoro sia con contratto a tempo determinato che di somministrazione di lavoro per un periodo massimo di 44 mesi (24), anche non consecutivi, il lavoratore acquisisce il diritto alla stabilizzazione del rapporto di lavoro (25).

È inoltre dettata una disciplina separata per quanto concerne il contratto a tempo determinato nel caso di assunzione a termine di un lavoratore per sostituzione di lavoratori in congedo di maternità o paternità oppure parentale, in tal caso, infatti, è consentito, per garantire all'azienda un corretto passaggio delle consegne nelle mansioni del lavoratore, un periodo di affiancamento di due mesi (26).

È anche interessante notare che le parti sociali, nel chiarimento a verbale inserito dopo l'articolo, hanno ritenuto necessario inserire, a titolo meramente esemplificativo, alcune ipotesi di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che possono essere considerate giustificatrici del ricorso a tali tipologie contrattuali (27).

Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza di legittimità (28) che sembra riconoscere all'individuazione, di matrice collettiva, delle ragioni giustificatrici del ricorso al contratto a termine, un ruolo di grande importanza; secondo quanto sancito, infatti, gli accordi collettivi potranno essere richiamati nel contratto costitutivo del rapporto e influire sulla valutazione che il giudice è chiamato a dare di quest'ultimo.

massimo di 8 contratti di lavoro a tempo determinato e di somministrazione di lavoro a tempo determinato.

(24) Tale periodo comprende anche i mesi lavorati in conseguenza di una proroga *ex art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001*.

(25) La misura corrisponde a una facoltà di deroga riconosciuta ai contratti collettivi stipulati da Oo.Ss. comparativamente più rappresentative *ex art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001*.

(26) L'affiancamento potrà essere previsto in tutto o in parte sia all'inizio che alla fine del periodo di congedo: l'art. 5, comma 4-bis, è stato così integrato dall'art. 21 del d.l. n. 112/2008, conv. in legge n. 133/2008.

(27) Sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto; sostituzione di lavoratori assenti in aspettativa o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate; sostituzione di lavoratori temporaneamente a tempo parziale; sostituzione di lavoratori in permesso o in congedo o assenti durante il periodo feriale; esecuzione di un'opera, di un'attività o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo, sia di carattere ordinario che straordinario od occasionale; punte di intensa attività derivante da commesse, da maggiori richieste di mercato e da ordinativi eccezionali cui non sia possibile sopperire col normale organico; progetti temporanei di studio, ricerca e sviluppo prodotti.

(28) Cfr. Cass. 11 maggio 2011, n. 10346, inedita.

7. — *L'apprendistato* — La presente Intesa modifica esclusivamente il comma 12 dell'art. 2 rispetto al contratto di apprendistato, intervenendo a modificare la normativa sul trattamento retributivo dovuto nei periodi di malattia agli apprendisti. Il quadro d'insieme non risulta quindi trasformato, permanendo in vigore quanto previsto dal contratto collettivo precedente.

La durata prevista per il contratto professionalizzante è disciplinata dal comma 4, che prevede un massimo di 3 anni per una qualificazione corrispondente a mansioni di livello Q-A e di 4 anni per una corrispondente a mansioni pari o inferiori al B (29); tra questi possono essere ricompresi anche i periodi di servizio che il lavoratore ha prestato nel medesimo comparto produttivo presso aziende differenti (30), nonché il periodo di prova che, ai sensi del comma 2, resta di 4 settimane per gli apprendisti inquadrati a un livello non superiore al G, di 8 settimane per gli altri.

I lavoratori così assunti potranno essere inquadrati a un massimo di 2 livelli inferiori rispetto all'inquadramento previsto per la qualifica che sarà conseguita a seguito dello stesso (31).

In caso di malattia e infortunio non professionali, l'apprendista non in prova ha diritto alla conservazione del posto per un massimo di 9 mesi se possiede un'anzianità oltre i 3 anni e di 6 mesi se è inferiore; secondo quanto previsto nel nuovo Accordo, agli apprendisti, inoltre, spetterà un'indennità di malattia pari al 75% della retribuzione netta per i primi 2 o 3 mesi di malattia e infortunio e al 30% per il restante periodo in cui ha diritto alla conservazione del posto di lavoro (32).

Resta fermo anche il limite alla facoltà dell'azienda a porre in essere contratti di apprendistato nel caso in cui non abbia trasformato in contratti a tempo indeterminato almeno il 70% di quelli scaduti nei 24 mesi precedenti (33).

8. — *La previdenza complementare* — Il Fondo nazionale di pensione complementare di riferimento è il Fondogommaplastica, a cui possono

(29) Tale tetto massimo può essere di 5 anni nel caso di una qualificazione corrispondente a mansioni di livelli F ed E in assenza di titolo idoneo rispetto al profilo professionale da conseguire.

(30) Non possono essere considerati i periodi separati da interruzioni superiori a un anno.

(31) Art. 2, comma 8, Ccnl.

(32) Il lavoratore avrà diritto all'anticipazione delle indennità a carico dell'Inps.

(33) Restano esclusi dal computo i contratti terminati a seguito di dimissioni dell'apprendista e un numero di mancate trasformazioni pari a 4.

aderire tutti i lavoratori destinatari del presente Accordo; i dipendenti delle Oo.Ss. e imprenditoriali firmatarie dei Ccnl interessati; le imprese da cui dipendono i lavoratori sopra indicati.

Secondo quanto previsto dalla nuova Intesa nel Titolo III, la contribuzione dovuta al fondo si articola in una quota a carico del lavoratore, pari all'1,26% della retribuzione annua utile ai fini del calcolo del Tfr, trattenuta direttamente in busta paga; una quota a carico dell'azienda pari all'1,26% della retribuzione utile ai fini del calcolo del Tfr; una quota Tfr differenziata in funzione dell'anzianità contributiva Inps dell'iscritto (34).

È dovuto, inoltre, un importo *una tantum* di euro 3,62 a carico di ciascun lavoratore che aderisca al Fondo, da versare al momento dell'iscrizione, nonché di euro 3,62 per ciascun dipendente in forza a carico delle aziende che applichino il presente contratto e che non abbiano già provveduto a tale versamento (35).

Il lavoratore iscritto può, in ogni caso, versare ulteriori contribuzioni a proprio carico in aggiunta a quelle minime previste dagli accordi costitutivi, nei limiti e con le modalità stabiliti dal fondo stesso (36).

Per maggiore chiarezza e a titolo meramente esemplificativo, facendo riferimento a un lavoratore occupato dopo il 28 aprile 1993 e che percepisca una retribuzione annua di euro 20.000, la contribuzione a carico dell'azienda diviene di euro 252,00, quella a carico del lavoratore resta di euro 252,00 e la quota di Tfr maturata nell'anno sarà pari a euro 1.382,00 per un versamento totale annuo di euro 1.806,00; in riferimento, invece, a un lavoratore occupato prima del 28 aprile 1993, il versamento totale annuo dipenderebbe dalla scelta fatta in merito alla percentuale della quota di Tfr maturata nell'anno da versare al fondo (37).

9. — *L'Assistenza sanitaria integrativa* — Le parti sociali hanno raggiunto un accordo sulla necessità di istituire un sistema di assistenza

(34) Titolo III, rubrica «Contribuzioni», punto 4. Per il lavoratore di prima occupazione successiva al 28 aprile 1993 il 100% del Tfr (pari al 6,91% della retribuzione); gli altri lavoratori potranno scegliere una tra le seguenti misure della quota di Tfr maturata nell'anno: 33% (misura minima), 50%, 75% o 100%.

(35) Titolo III, rubrica «Contribuzioni», punto 8.

(36) Titolo III, rubrica «Contribuzioni», punto 5.

(37) La fonte dei dati utilizzati è il fondo gomma-plastica: www.fondogomma.plastica.it.

sanitaria integrativa alle prestazioni del Sistema sanitario nazionale, da realizzare attraverso la contrattazione collettiva (38).

È stata, così, prevista l'attivazione di una Commissione paritetica, la cui istituzione era già stata anticipata negli scorsi rinnovi, finalizzata a espletare un lavoro propedeutico all'introduzione dell'assistenza sanitaria integrativa a partire dal 15 dicembre 2012. Tale organo dovrà, quindi, in un primo momento esaminare il quadro normativo in materia e individuare le forme e le modalità di attivazione dell'assistenza sanitaria integrativa a vantaggio dei lavoratori occupati nel settore di riferimento; dal momento della messa in opera dell'istituto, inoltre, avrà anche il compito di eseguire tutte le attività necessarie all'avvio della forma di assistenza sanitaria integrativa e all'informazione dei lavoratori.

Al Titolo III, sotto la rubrica «Assistenza sanitaria integrativa», infatti, le parti hanno concordato una serie di principi da porre alla base del nuovo istituto, tra i quali: l'adesione dei lavoratori su base volontaria; il ricorso per il finanziamento del sistema a una forma a contribuzione definita, per cui è previsto un contributo paritetico pari a 8 euro mensili per ciascun dipendente aderente a partire dal 1° gennaio 2013 (39); la necessità di adottare un modello le cui caratteristiche consentano di garantire l'applicazione del regime contributivo e fiscale stabilito dalla legge per le forme di assistenza sanitaria integrative del Servizio sanitario nazionale.

È stato, infine, affermato che, in sede di contrattazione collettiva nazionale per il triennio 2013-2015, dovranno essere valutati i costi dell'assistenza sanitaria che dovranno essere sopportati dall'azienda.

10. — *Conclusioni* — Dalle molte novità evidenziate nei paragrafi precedenti, si evince la grande influenza che hanno avuto sul rinnovo l'Accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 e il successivo Accordo attuativo del 15 aprile 2009, sulla scorta dei quali è stato previsto un doppio livello di contrattazione e la durata triennale del contratto.

Particolare importanza, inoltre, assume l'unificazione dei tre istituti della retribuzione in una voce unica, che, come sottolineato nel comunicato unitario per il rinnovo del Ccnl gomma plastica industria, potrà consentire in futuro una più approfondita riflessione sulla scala parametrica e sul valore da attribuire alla professionalità espressa dai lavoratori.

(38) Come richiesto dalle sigle sindacali nelle piattaforme rivendicative.

(39) Titolo III, «Assistenza sanitaria integrativa», punto 3, lett. e. Per il mese di dicembre 2012 il contributo sarà ridotto a euro 4,00.

Un punto di svolta potrebbe essere segnato dall'Accordo riguardante le linee-guida per la contrattazione del premio di risultato per i dipendenti dalle industrie della gomma, cavi elettrici e affini e delle materie plastiche del 29 ottobre 2010: tale modello, infatti, potrebbe essere efficacemente seguito per dare una realizzazione effettiva di tutte quelle previsioni contrattuali che coinvolgono gli enti bilaterali e che, nella maggior parte dei casi, rimangono inattuati.

Si dovrà, infine, aspettare per comprendere quale portata avrà la previsione dettata al comma 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 167/2011, secondo cui dovrà essere la contrattazione a livello nazionale a disciplinare il contratto di apprendistato in tutte le sue forme.

Alessandro Veltri (*)
**LE TUTELE DEGLI AGENTI E DEI RAPPRESENTANTI
COMMERCIALI ALLA LUCE DEI RINNOVI DEGLI AEC
NEL SETTORE COMMERCIO**

SOMMARIO: 1. La premessa del nuovo Accordo economico collettivo. — 2. Le definizioni di agente e di rappresentante di commercio. — 3. Il diritto del preponente di variare unilateralmente zona, clienti, prodotti, misura delle provvigioni. — 4. La provvigione. — 5. Gravidanza e puerperio. — 6. Patto di non concorrenza. — 7. La nuova applicazione dell'art. 1751 cod. civ. nell'Accordo economico collettivo. — 8. Ulteriori novità dell'Accordo e considerazioni conclusive.

1. — *La premessa del nuovo Accordo economico collettivo* — Oltre a essere regolato dalle norme del codice civile, agli artt. 1742-1753 cod. civ. (1), all'interno delle forme di lavoro autonomo, unico nel suo genere, il

(*) Dottorando di ricerca di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

(1) Su cui ha profondamente inciso la Direttiva 18 dicembre 1986, n. 653 (n. 86/653 Cee), destinata ad armonizzare la legislazione degli Stati membri in materia di tutela degli agenti commerciali indipendenti. Tale direttiva ha avuto attuazione portando a una sostanziale revisione della disciplina codicistica, mediante il d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303, il d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, la legge n. 422 del 2000. Va, infine, ricordato che la legge n. 204 del 3 maggio 1985 istituisce il ruolo di agenti e rappresentanti di commercio, stabilendo l'obbligatorietà dell'iscrizione degli agenti in possesso di una serie di requisiti di professionalità, qualora questi operino all'interno del territorio italiano. Sul punto, si v., ad es., S. Cecconi, *Il contratto di agenzia*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 40 ss.; S. Dammacco, *Agenti e rappresentanti di commercio*, Napoli, Sistemi Editoriali (Collana Impresa), 2008, pp. 73 ss. La prestazione del non iscritto al ruolo viene intesa come prestazione dell'agente di fatto, sulla quale in più di una occasione è intervenuta la Corte di Giustizia della Comunità europea, da ultimo con decisione del 6 marzo 2003, n. 485/01, in *Corriere giur.*, 2003, p. 720, con nota di E.M. Tripodi, *Brevi note su una nuova pronuncia della Corte di Giustizia in tema di agenti di commercio*, rilevando come una normativa nazionale che subordini la validità del contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente in un apposito albo sia contraria alla Direttiva n. 653 del 1986, qualora la mancata iscrizione leda la tutela degli agenti commerciali.

rapporto degli agenti di commercio è regolato anche dalla disciplina collettiva.

Proprio l'aspetto della integrazione della disciplina legislativa con quella contrattuale emerge con chiarezza sin dalla Premessa nell'Accordo del 16 febbraio 2009, modificato in maniera incisiva in data 10 marzo del 2010, avente validità triennale e applicato agli agenti e rappresentanti di commercio delle associazioni firmatarie. Si prevede, a differenza del precedente Aec del 2002, che: «Le parti si danno atto che il presente Accordo economico collettivo, che per tutto il periodo della sua validità deve essere considerato un complesso normativo unitario e inscindibile, nel realizzare maggiori benefici per gli agenti e rappresentanti di commercio, è globalmente migliorativo e pertanto sostituisce e assorbe a ogni effetto le norme di tutti i precedenti accordi collettivi e accordi speciali riferiti alle medesime parti stipulanti. L'eventuale nullità o annullabilità di una qualunque delle clausole del presente Accordo economico collettivo non comporterà la nullità o annullabilità dell'intero Accordo economico collettivo».

Nella Premessa, quindi, si sottolinea come sia preclusa alle parti l'applicazione parziale dell'Accordo economico, fatta salva la possibilità di disporre clausole più favorevoli agli agenti nelle pattuizioni individuali (2), nonché le condizioni di miglior favore rispetto alla normativa contrattuale, qualora siano previste dalla legge.

2. — *Le definizioni di agente e di rappresentante di commercio* — L'art. 1 dell'Aec del 2009, integrato nel 2010, riprende le definizioni, già elaborate dalla giurisprudenza, di «agente» e di «rappresentante» di commercio – ossia i soggetti ai quali l'Accordo si applica – intesi, rispettivamente, come chi sia «incaricato stabilmente da una o più ditte di promuovere la conclusione di contratti in una determinata zona e chi sia incaricato stabilmente da una o più ditte di concludere contratti in nome delle medesime in una determinata zona».

Il previgente art. 1 viene integrato mediante una Dichiarazione a verbale in calce alla stessa clausola, che ribadisce, anche a livello contrattuale, la prevalenza della sostanza – le modalità di esecuzione della prestazione di lavoro – rispetto alla forma del contratto.

Difatti, mentre l'Aec del 2002 si limitava a stabilire che le definizioni di agente e rappresentante si applicavano «indipendentemente dalla

(2) Sul punto, si v. G. Zuddas, *Il contratto di agenzia*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Sez. II, 3, IX, Torino, Giappichelli, 2005, p. 172.

qualifica o denominazione utilizzata dalle parti», la suddetta Dichiarazione sottolinea come per la sussistenza di un rapporto di agenzia si debba prendere in considerazione non solo il *nomen iuris* con cui le parti hanno denominato il contratto, ma soprattutto il concreto contenuto dello stesso e le modalità con cui si svolge il rapporto. Si deve, cioè, far «riferimento alla sostanza del rapporto affidato e non solo alla forma attraverso cui viene conferito l'incarico».

Si ribadisce, poi, che «l'agente o rappresentante esercita la sua attività in forma autonoma e indipendente, nell'osservanza delle istruzioni impartite dal preponente ai sensi dell'art. 1746 del codice civile senza obblighi di orario di lavoro e di itinerari predeterminati».

In poche parole, viene ricordato il principio di autonomia dell'agente, così come esplicitamente stabilito dalla Direttiva Ce n. 653 del 18 dicembre 1986, all'art. 1, comma 2. La precisazione in esame è necessaria per superare le problematiche nascenti dalla distinzione del contratto di agenzia con il lavoro subordinato: annosa questione sottoposta al vaglio della giurisprudenza e della dottrina (3).

L'art. 1-*bis*, poi, stabilisce che: «Le norme contenute nel presente accordo, ivi compresi i successivi articoli 11 e 12, in materia di indennità di fine rapporto, in quanto compatibili con la natura del rapporto, si applicano anche ai contratti a tempo determinato, con esclusione comunque delle norme relative al preavviso».

Mentre l'Aec del 2002 si limitava a prevedere che le norme contenute nello stesso Accordo si applicassero anche ai contratti a tempo determinato, in quanto compatibili con la natura del rapporto, escludendo co-

(3) Per ragioni sistematiche, l'utilizzo del termine «agente» all'interno del testo del commento in esame include anche la figura del «rappresentante» di commercio (*n.d.a.*). Sulla problematica della distinzione tra rapporto subordinato e contratto di agenzia, soprattutto alla luce della prassi della stipula di contratti di agenzia per elidere i vincoli nascenti dalla subordinazione, si v., su tutti, G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 16 ss. Più recentemente, la questione è stata affrontata da F. Bortolotti, G. Bondanini, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, Cedam, 2003, p. 45. In giurisprudenza, *ex multis*, si v. Cass. 16 luglio 2009, n. 16603, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 755; Cass. 23 aprile 2009, n. 9696, *ivi*, 2009, voce *Agenzia*, n. 13; Cass. 1° settembre 2003, n. 12756, in *Arch. civ.*, 2004, p. 903. I criteri individuati dalla Cassazione per distinguere le due diverse tipologie di rapporto di lavoro sono, appunto, quelli dello svolgimento di una attività autonoma organizzata, con mezzi propri e assunzione del rischio da parte dell'agente, in forma imprenditoriale, con autonomia dei tempi e modalità di esecuzione della prestazione, ferma restando la sottoposizione alle direttive del preponente *ex art.* 1746 cod. civ.

munque, le norme relative al preavviso, il nuovo Accordo equipara il rapporto di agenzia a termine con quello a tempo indeterminato.

Pertanto, se nel vigore del vecchio Accordo l'indennità di clientela veniva liquidata solo laddove il rapporto a termine fosse stato rinnovato o prorogato, ora, alla luce della nuova disposizione, l'indennità stessa è sempre dovuta al termine del rapporto, a prescindere da rinnovi o proroghe del contratto di agenzia a tempo determinato.

Con l'attuale Aec viene poi stabilito il principio secondo cui, in sede di rinnovo di rapporti a termine aventi lo stesso contenuto di attività, ossia relativo a medesimi clienti, prodotti o zona, il contratto individuale non potrà prevedere un altro periodo di prova.

Inoltre, viene precisato che il rinnovo del contratto a tempo determinato deve necessariamente avvenire con la forma scritta, con l'espresso consenso dell'agente e con l'indicazione del termine di durata. In mancanza della forma scritta, il rapporto si considera a tempo indeterminato (4).

3. — *Il diritto del preponente di variare unilateralmente zona, clienti, prodotti, misura delle provvigioni* — L'adempimento dell'incarico dell'agente deve svolgersi, a norma dell'art. 1746 cod. civ., secondo il cd. dovere di conformazione. L'agente deve agire «in conformità con le istruzioni ricevute» (5).

Fra queste istruzioni rientra anche il potere del preponente di modificare unilateralmente elementi essenziali del contratto quali la zona, i prodotti, la clientela, la misura delle provvigioni (6).

Sulla norma incide anche il disposto dell'art. 1743 cod. civ. che, nel prevedere il diritto di esclusiva a carico dell'agente e del preponente per zona e ramo di attività, ne consente tuttavia, *secondo l'opinione unanime della dottrina*, la deroga convenzionale (7).

Le aziende preponenti, in applicazione della contrattazione collettiva

(4) Art. 1-*bis*, comma 3.

(5) Secondo la giurisprudenza, tale obbligo è assolutamente compatibile con l'autonomia dell'agente, intesa come indipendenza di struttura organizzativa e assunzione del rischio, essendo questi sottoponibile a direttive e controlli da parte del preponente. Così, Cass. 27 agosto 2001, n. 11264, in *Rep. Foro it.*, voce *Agenzia*, n. 27. In dottrina, sul punto, si v. V. Franceschelli, voce *Agenzia (contratto di)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Milano, Giuffrè, 1999, p. 97, che ritiene che il dovere di conformazione determini indubbiamente una limitazione dell'autonomia dell'agente.

(6) Art. 2 dell'Accordo economico del 2002 e del 2009.

(7) A titolo puramente esemplificativo. Si v. G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, cit., pp. 60 ss.

del 2002, potevano apportare al contratto mutamenti «di media entità», e cioè variazioni dal 5 al 20% del valore delle provvigioni di competenza dell'agente dell'anno precedente la variazione, anche cumulativa, rispetto alla zona, ai prodotti, alla clientela o alla stessa misura delle provvigioni, su semplice comunicazione e con un preavviso di soli 2 o 4 mesi, a seconda che si fosse in presenza di un agente/rappresentante plurimandatario o monomandatario, senza necessità di accettazione da parte di quest'ultimo (8).

Restavano escluse le modifiche di piccola entità, ossia inferiori al 5%, per le quali non era necessario neppure il preavviso.

In ipotesi, invece, di sensibili (ossia superiori al 20 per cento) variazioni unilaterali, la comunicazione scritta all'agente o rappresentante di commercio doveva avere un preavviso non inferiore a quello previsto per la risoluzione del rapporto, e l'agente tuttora gode di un periodo di tempo di 30 giorni dalla comunicazione per iscritto delle variazioni per esprimere la propria accettazione o, eventualmente rifiutare, con conseguente risoluzione del rapporto (9).

I problemi maggiori, nel vigore dell'Aec del 2002, si erano posti rispetto alle variazioni di media entità, che, secondo una interpretazione letterale della norma, portavano a escludere la necessità del consenso dell'agente, con conseguente scelta tra il mantenimento del rapporto con le dette trasformazioni, ovvero la risoluzione dallo stesso alla scadenza del periodo di preavviso oppure la risoluzione immediata, ma senza possibilità di monetizzazione di tale periodo.

Con il rinnovo in esame, in merito alla variazione unilaterale di media o sensibile entità, è stata istituita una indennità sostitutiva del preavviso, tanto nel caso in cui il preponente non voglia dare all'agente il preavviso previsto dalla norma collettiva, quanto nel caso in cui il preposto intenda risolvere legittimamente il contratto con effetto immediato (10).

L'indennità sostitutiva viene «calcolata sulla base della media delle provvigioni incassate dall'agente nell'anno solare precedente (ovvero nei dodici mesi precedenti la variazione qualora l'anno precedente non

(8) Art. 2, comma 6, Aec 2002.

(9) P. Tradati, *Le variazioni unilaterali del contratto di agenzia*, in *Agenti e Rappresentanti*, 2003, 5, p. 12. La comunicazione del preponente diviene il *dies a quo* per la decorrenza del periodo di preavviso per la cessazione del rapporto di agenzia o rappresentanza, a iniziativa della casa mandante (art. 2, comma 10).

(10) Art. 2, comma 12.

sia stato lavorato per intero) sui clienti e/o zona e/o prodotti e/o misura delle provvigioni che sono stati oggetto della riduzione. Tale indennità sostitutiva sarà pari a tanti dodicesimi delle provvigioni incassate dall'agente nell'anno solare precedente (ovvero nei dodici mesi precedenti la variazione qualora l'anno solare precedente non sia stato lavorato per intero) quanti sono i mesi di mancato preavviso».

Inoltre, è espressamente stabilita nella nuova normativa l'inderogabilità del termine di preavviso di 2 e 4 mesi per mono e plurimandatari, prima derogabile da parte delle pattuizioni individuali (11).

Infine, il periodo dei 12 mesi antecedenti, entro cui l'insieme delle variazioni di lieve entità e *media entità* può considerarsi come una unica variazione, viene elevato a un arco di tempo di 18 mesi per i plurimandatari e 24 mesi per i monomandatari, sia ai fini della richiesta di preavviso di 2 o 4 mesi, sia ai fini della possibilità di intendere il rapporto cessato a iniziativa della casa mandante (12).

4. — *La provvigione* — Come è noto, l'agente o il rappresentante ottiene il corrispondente diritto alla provvigione, ai sensi dell'art. 1748, comma 1, cod. civ. (13), solo qualora si determini una effettiva persuasione della clientela, e l'affare si concluda per l'effetto della propria attività.

Uno dei problemi posti dal vecchio Aec era quello relativo agli affari conclusi con l'apporto prevalente dell'agente, dopo la cessazione del rapporto con il preponente o la sua sospensione, qualora la proposta stessa di conclusione dell'affare fosse pervenuta anteriormente allo scioglimento del contratto di agenzia o in un termine *ragionevole* dallo scioglimento del contratto: in tali casi, la provvigione è dovuta solo all'agente precedente, *salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione tra gli agenti intervenuti*.

Fra le norme dell'Accordo del 2002 non vi era menzione di alcuna regolamentazione relativa alla ragionevolezza del termine nei cd. «affari postumi», mentre l'art. 4 dell'Aec attualmente in vigore fissa in un mas-

(11) Art. 2, comma 8.

(12) Art. 2, comma 11.

(13) Cass. 8 luglio 2008, n. 18686, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Agenzia*, n. 17. Sostiene la giurisprudenza, poi, che l'attività tipica dell'agente di commercio non necessariamente richiede la ricerca del cliente e dà, pertanto, diritto alla provvigione, purché sussista un nesso di causalità tra l'opera promozionale svolta dall'agente e la conclusione dell'affare cui si riferisce la provvigione. Sul punto, Cass. 1° aprile 2004, n. 6482, in *Contr.*, 2004, p. 905.

simo di 6 mesi dalla data di conclusione o di sospensione del rapporto il periodo entro cui debbono essere finite le trattative per la realizzazione dell'affare.

Viene così colmata tale lacuna normativa, prevedendo l'onere per l'agente, alla conclusione del rapporto, di informare dettagliatamente il preponente su tutti gli affari che si stanno per concludere grazie al proprio apporto e precisando che, decorso il termine in esame, la conclusione di ogni eventuale ordine, inserito o meno nella relazione dell'agente, non potrà più essere considerata conseguenza dell'attività da lui svolta e non sarà quindi riconosciuta alcuna provvigione (14).

È inoltre prescritto l'obbligo a carico del preponente di corrispondere la provvigione nel caso in cui l'ordine non abbia avuto esecuzione per cause a lui imputabili. Qualora le due parti dell'affare si accordino per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha comunque diritto, per la parte oggetto dell'accordo che non abbia avuto esecuzione, a una provvigione ridotta «nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità» (art. 4, commi 1 e 2, del nuovo Aec).

In tema di liquidazione delle provvigioni, il nuovo Accordo riporta integralmente i commi 2, 3 e 4 dell'art. 1749 cod. civ., che pongono inderogabilmente in capo al preponente un dovere di consegna all'agente di un estratto conto delle provvigioni oggetto di liquidazione, «al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre nel corso del quale esse sono maturate» (15).

L'estratto conto deve indicare gli elementi essenziali in base ai quali è stato effettuato il calcolo. Entro il medesimo termine le provvigioni liquidate devono essere effettivamente pagate all'agente. Di converso, all'agente spetta la possibilità di esigere che gli siano fornite tutte le informazioni necessarie per verificare l'importo delle provvigioni liquidate e in particolare un estratto dei libri contabili.

Non vi è più, invece, alcun riferimento alla possibilità di contestazione del conto provvigionale da parte dell'agente, nel termine di 30 giorni dal suo ricevimento (16).

È importante la clausola, che recepisce la disciplina dell'art. 5, d.lgs. n. 231 del 2002, in caso di ritardato pagamento da parte del preponente, prevedendo interessi di mora sicuramente più vantaggiosi per gli agenti, in quanto dovuti in misura «pari al saggio d'interesse del principale stru-

(14) Art. 4, comma 8.

(15) Art. 6, comma 1, dell'Accordo attualmente in vigore.

(16) Art. 6, comma 2, dell'Accordo del 2002.

mento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali», mentre la precedente normativa regolamentava la misura degli interessi in funzione del tasso ufficiale di sconto (17).

5. — *Gravidanza e puerperio* — Una novità importante è prevista in tema di sospensione del rapporto per gravidanza e puerperio su richiesta dell'agente (18).

Il termine è stato elevato a 12 mesi, rispetto agli 8 previsti dall'Aec 2002 (19), all'interno dei quali deve considerarsi la data del parto e durante i quali la ditta proponente non può procedere alla risoluzione del rapporto.

Lo stesso periodo di sospensione viene concesso anche in caso di adozione e affidamento del minore: in tal caso il *dies a quo* coincide con la data di effettivo ingresso del minore nella famiglia.

La sospensione è altresì estesa al caso di interruzione volontaria della gravidanza *ex artt.* 4, 5 e 6 della legge 22 maggio 1978, n. 194, sebbene per un termine massimo più breve, di 5 mesi (20).

6. — *Patto di non concorrenza* — Tornando sull'obbligo di esclusiva, esso è senza dubbio un elemento naturale del contratto, inderogabile salvo diversa pattuizione individuale.

Chiaramente, l'obbligo di esclusiva e, di converso, di non concorrenza cessa con la fine del rapporto, fatto salvo il disposto dell'art. 1751-*bis* cod. civ., che prevede la possibilità di limitare la concorrenza dell'agente, in virtù di un accordo scritto, la cui durata non può essere superiore ai due anni successivi alla cessazione del contratto, remunerato, nel caso di agenti singoli o in società di persone, con una *indennità di natura non provvisoria*, limitatamente alla stessa zona, clientela e genere di beni o servizi per i quali è stato concluso il contratto di agenzia. La remunerazione è tuttavia lasciata dal Codice alla volontà delle parti, tenendo conto degli Aec, ed è commisurata alla durata del patto di non concorrenza, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. L'Accordo del 2002 aveva regolamentato la materia, preve-

(17) Art. 6, comma 2, dell'Accordo vigente.

(18) Art. 9 dell'Aec del 2009, così come modificato e integrato nel marzo 2010.

(19) Art. 9 dell'Aec del 2002.

(20) Art. 9, comma 3, Aec del 2009.

dendo una indennità non provvigionale calcolata sulla media delle provvigioni spettanti all'agente negli ultimi cinque anni di durata del contratto.

L'Aec sottoscritto il 16 febbraio 2009 ha mantenuto intatta la disciplina introdotta dall'Accordo del 2002, che prevede per gli agenti monomandatari un importo riconosciuto all'85% nel caso di rapporto con durata inferiore a 5 anni, per l'intero invece nel caso di durata superiore dello stesso. Diverso è invece il calcolo per i plurimandatari, alla cui base di calcolo va detratta una percentuale pari al 20%. Il valore così ottenuto è riconosciuto al 100% solo per i rapporti superiori a 10 anni, mentre per i rapporti di durata fra i 5 e i 10 anni e per quelli inferiori a 5 anni la somma riconosciuta è pari, rispettivamente, al 75 e al 50% del valore calcolato.

Due sono però le novità importanti: *in primis*, il fatto che l'accordo di non concorrenza può essere pattuito solo al momento dell'inizio del rapporto di agenzia; in secondo luogo, in ordine alle modalità di pagamento, fatta salva la necessità di corrispondere tale remunerazione alla cessazione del rapporto, il corrispettivo non potrà essere corrisposto in più rate, ma dovrà essere corrisposto inderogabilmente, e in un'unica soluzione, alla fine del rapporto.

Il nuovo Aec, poi, esclude espressamente ogni possibilità di variazione unilaterale delle intese raggiunte al riguardo del patto di non concorrenza post-contrattuale. Ciò non impedirebbe alle parti di inserire da subito in tale pattuizione un diritto di recesso a favore del preponente, ai sensi dell'art. 1373 cod. civ. (21).

7. — *La nuova applicazione dell'art. 1751 cod. civ. nell'Accordo economico collettivo* — L'istituto dell'indennità di fine rapporto è quello che, nel nuovo Aec, ha subito maggiori modifiche, divenute necessarie, in particolare, con l'intervento della Corte di Giustizia dell'Ue in materia di indennità di risoluzione del rapporto (22), a cui la Corte è stata obbligata dalla nuova formulazione dell'art. 1751 cod. civ., operata con il d.lgs. n. 65 del 1999, in attuazione degli artt. 17, 18, 19 della Direttiva n. 86/653/Cee. Più specificamente, l'articolo in esame prevede che all'agente sia corrisposta, alla cessazione del contratto, un'indennità, se ricorrono una serie di condizioni, quali aver procurato nuovi clienti o

(21) Art. 7, comma 1, Aec del 2009.

(22) Corte di Giustizia Ce 23 febbraio 2006, causa C-465/04, in *Foro it.* 2006, IV, p. 572.

aver sviluppato sensibilmente gli affari con i clienti esistenti, con sostanziali vantaggi a favore del preponente, derivanti dagli affari del nuovo cliente. *La disposizione stabilisce inoltre che il pagamento della indennità sia equo*, tenendo conto di tutte le circostanze del caso, in particolar modo delle provvigioni perse dall'agente e che risultano dagli affari con questi clienti. Allo stesso tempo, la causa ostativa all'applicazione dell'art. 1751 cod. civ. risiede nel fatto che, se la norma applica un criterio meritocratico ed è inderogabile a svantaggio dell'agente, è tuttavia fondata su un elemento di calcolo – l'equità – assolutamente incerto.

La norma codicistica, difatti, si limita solo a stabilire che il tetto massimo dell'indennità non possa superare la media annuale delle provvigioni degli ultimi cinque anni o del minor periodo lavorato.

Le clausole dell'Aec del 2002, di converso, prevedevano un criterio di calcolo certo, ma che non teneva conto del connotato meritocratico dell'art. 1751 cod. civ., articolato, agli artt. 11 e 12 dell'Accordo, in tre diversi emolumenti: l'indennità di risoluzione del rapporto (Firr), l'indennità suppletiva di clientela e l'indennità meritocratica.

La Corte di Giustizia, nella sentenza citata, si è posta il problema se, alla luce della Direttiva comunitaria n. 653 del 1986 e del d.lgs. n. 65 del 18 febbraio 1999, fosse possibile una deroga, a opera della contrattazione collettiva, della disciplina dell'art. 1751 cod. civ., in relazione, in particolare, al comma 10 della norma in esame, che prevede la sua non modificabilità «a svantaggio dell'agente».

La Corte, più specificamente, ha affermato che una deroga alla disciplina dell'indennità di fine rapporto potrebbe ammettersi soltanto nel caso di una disciplina collettiva quantomeno non sfavorevole all'agente, ossia una normativa che garantirebbe a quest'ultimo un'indennità superiore o almeno pari a quella calcolata secondo l'art. 17 della Direttiva europea, così come recepito dall'art. 1751 del nostro codice.

Tutto ciò ha comportato la necessità di riscrivere gli artt. 11 e 12 dell'Accordo, pur rimanendo intatta la distinzione dell'indennità in tre distinti emolumenti.

Alcune modifiche sono state apportate al Firr, che viene considerato dall'Aec 2009 come avente natura di vero e proprio trattamento di fine rapporto, avvicinando il rapporto di agenzia con quello subordinato.

Viene, infatti, previsto che le somme annualmente accantonate dal preponente presso il cd. Fondo per l'indennità di risoluzione del rapporto, gestito dall'Enasarco, siano di esclusiva proprietà dell'agente. Inoltre, tale somma è dovuta in ogni caso di cessazione del rapporto, ivi compreso il recesso per giusta causa del preponente. Se difatti, nel

vigore del vecchio Accordo del 2002, l'indennità non veniva riconosciuta nei casi di concorrenza sleale, violazione del vincolo di monomandato e ritenzione indebita di somme di spettanza della preponente, con l'Aec del 2009, così come modificato nel marzo 2010, rimane solo l'ultima delle fattispecie citate come ipotesi di esclusione del diritto a percepire il Firr.

Il nuovo Accordo ha aggiunto alle fattispecie in cui il preponente è tenuto a corrispondere all'agente l'indennità suppletiva, già tipizzate dall'Aec del 26 febbraio 2002 (23), anche quello della pensione di vecchiaia Inps e il recesso dell'agente dovuto «a circostanze attribuibili al preponente», ossia per giusta causa.

Infine, in ordine all'indennità meritocratica, le nuove modalità di calcolo previste dall'Accordo attualmente in vigore sono senza dubbio più sfavorevoli per il preponente, premiando, di converso, gli agenti che abbiano ottenuto il maggior incremento di fatturato tra l'inizio e la fine del rapporto di agenzia e il cui contratto sia durato più anni.

Ciò in quanto i coefficienti attraverso cui si ricava l'indennità meritocratica sono affidati a due tabelle dalle quali si ricavano importi indubbiamente superiori a quelli ricavati dagli stessi artt. 11 e 12 dell'Accordo del 2002.

La prima tabella determina i criteri di calcolo dell'incremento del fatturato. Questo deve essere inteso come il volume delle vendite effettuato dalla casa mandante nella zona o per la clientela affidata all'agente. Il coefficiente in esame viene determinato dalla differenza tra un valore finale, consistente nel volume del fatturato ottenuto alla fine del rapporto, e un valore iniziale, ossia il volume del fatturato ottenuto all'inizio del rapporto.

La seconda tabella individua, invece, la percentuale dell'indennità di cui all'art. 1751 cod. civ. che corrisponde a ciascun incremento del fatturato. Questa percentuale è direttamente proporzionale all'incremento di fatturato e alla durata del rapporto di agenzia: fatte salve le ipotesi di incrementi di fatturato inferiori al 5% in rapporti di durata inferiori a dodici mesi, per i quali non è dovuta alcuna indennità meritocratica, tale percentuale è pari a un minimo del 25% della media delle provvigioni degli ultimi cinque anni di rapporto o del minor periodo di durata del rapporto, sino a un massimo del 100% di tale media in ipotesi di incremento di fatturato superiore al 150%.

(23) Fra le quali vi era il solo conseguimento della pensione di vecchiaia Enasarco.

Ai fini del calcolo dell'indennità, dalla base di calcolo risultante da queste due tabelle va detratto l'ammontare del Firr e dell'indennità suppletiva di clientela.

Infine, il pagamento dell'indennità suppletiva di clientela e dell'indennità meritocratica da parte del preponente viene subordinato alla sottoscrizione di un verbale di conciliazione sindacale, dinanzi a una delle autorità indicate dagli artt. 2113, comma 4, cod. civ. e 410-411 cod. proc. civ., entro il termine di trenta giorni dalla cessazione del rapporto di agenzia (24).

In caso di rifiuto alla sottoscrizione, l'agente perderà il diritto a percepire dette indennità, con riserva di agire esclusivamente per ottenere l'indennità prevista dal codice civile.

Il preponente è quindi obbligato a corrispondere le indennità solo dinanzi a una rinuncia, non impugnabile, dell'agente a richiedere altre somme, ai sensi dell'art. 1751 cod. civ., per lo stesso titolo (25).

8. — *Ulteriori novità dell'Accordo e considerazioni conclusive* — È prevista una novità importante inerente al cd. «campionario», ossia i prodotti necessari per la promozione delle vendite.

Spetta all'agente l'obbligo di custodire tali merci con diligenza, e l'obbligo di riconsegna al preponente alla cessazione del rapporto o al rinnovo dello *stock* dei prodotti; tuttavia, il nuovo Aec prevede che il campionario stesso possa essere addebitato all'agente nei soli casi di mancata o parziale restituzione o di danneggiamento non derivante dal normale utilizzo (art. 3).

In buona misura si può affermare che le norme contenute nell'Accordo siano destinate a muovere verso una maggior tutela degli agenti, ma anche verso un riavvicinamento degli stessi alla categoria dei lavoratori subordinati. Infatti, dalle norme relative al Firr, alla regolamentazione delle variazioni di prodotti/zona/clientela/provvigioni di media entità, tutto lascia intendere che la figura mediana degli agenti e dei rappresentanti di commercio, sicuramente dotata di maggiori tutele, viri verso una sempre maggiore assimilazione alla omologa categoria del dipendente del settore commerciale della medesima società preponente.

Ciò nonostante, devono essere valutati in maniera estremamente positiva l'effettivo adeguamento dell'Accordo alla disciplina dettata

(24) Art. 12, dichiarazione a verbale.

(25) Sul punto, si possono consultare le tabelle di cui agli artt. 12 e 12-*bis* per il calcolo dell'indennità meritocratica.

dall'art. 17 della Direttiva n. 653 del 1986 e all'art. 1751 cod. civ., sicuramente favorevole all'agente, la nuova disciplina della sospensione del rapporto, che tiene conto anche delle adozioni e delle interruzioni di gravidanza, nonché le riforme in materia di provvigioni e liquidazione delle stesse e quelle sul patto di non concorrenza.

