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 LVII - 2006 - N. 4
Trimestrale
ottobre-dicembre 2006

DIRETTORE
Piergiovanni Alleva

VICE DIRETTORI
Mario Napoli, Adalberto Perulli, Bruno Veneziani

REDATTORI CAPO
Amos Andreoni, Ginevra Galli, Carmen La Macchia, Andrea Lassandari

COMITATO SCIENTIFICO E DIRETTIVO

TEMI E RUBRICHE	COORDINATORI
Rapporto di lavoro e tipologie contrattuali	*Mario Giovanni Garofalo e Gianni Loy*
Mercato del lavoro	*Giuseppe Ferraro e Patrizia Tullini*
Lavoro e pubbliche amministrazioni	*Vittorio Angiolini e Alessandro Garilli*
Diritto comunitario del lavoro	*Bruno Caruso e Massimo Roccella*
Diritto sindacale e relazioni industriali	*Franca Borgogelli e Valerio Speziale*
Sicurezza e diritto penale del lavoro	*Raffaele Guariniello e Carlo Smuraglia*
Previdenza sociale	*Lorenzo Fassina e Canio Lagala*
Processo del lavoro	*Domenico Borghesi e Francesco Fabbri*

REDAZIONE
Andrea Allamprese, Gianni Arrigo, Alessandro Bellavista, Olivia Bonardi, Guido Canestri, Gaetano D'Auria, Carlo de Marchis, Antonio Di Stasi, Fabio Fonzo, Fausta Guarriello, Luigi Menghini, Massimo Pallini, Antonino Sgroi, Sergio Vacirca, Lucia Valente

Ne fanno inoltre parte
Gian Guido Balandi, Maria Vittoria Ballestrero, Marco Barbieri, Paolo Boer, Franco Carinci, Maria Teresa Carinci, Laura Castelvetri, Valerio Cerritelli, Pasquale Chieco, Maurizio Cinelli, Franco Coccia, Adolfo Di Majo, Madia D'Onghia, Germano Dondi, Franco Focareta, Gino Giugni, Enrico Gragnoli, Mariorosario Lamberti, Alberto Lepore, Franco Liso, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Naccari, Stefano Oriano, Angelo Pandolfo, Mara Parpaglione, Alberto Piccinini, Andrea Proto Pisani, Federico Maria Putaturo Donati, Alessandra Raffi, Giovanni Roma, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Maria Luisa Serrano, Ugo Spagnoli, Tiziano Treu

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Maria Clotilde Domenichini

EDIESSE

Editore
EDIESSE s.r.l.
Via dei Frentani, 4/A – 00185 Roma
Tel. 06/44870283 Fax 06/44870335
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Direttore responsabile
Piergiovanni Alleva

Redazione
Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma
Tel. 06/44870260 - Fax 06/44870335
E mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Tariffe di abbonamento
ordinario 80,00 euro; estero 160,00 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: 27,00 euro; arretrati: 54,00 euro

Progetto grafico e fotocomposizione
EDIESSE

Stampa
O.GRA.RO. s.r.l.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

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

DOTTRINA

IL TEMA
Percorsi di rientro dalla precarietà

Piergiovanni Alleva
Presentazione 671

Andrea Lassandari
Sulla crisi della regolamentazione tra lavoro e flessibilità 675

Luigi Menghini
Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine
dopo le sentenze della Corte di Giustizia 695

Adalberto Perulli
Lavori atipici e parasubordinazione
tra diritto europeo e situazione italiana 731

Franco Scarpelli
Regolarità del lavoro e regole della concorrenza:
il caso degli appalti pubblici 753

Federico Martelloni, Thomas Pasquier
I licenziamenti in Italia e in Francia: la tutela del datore di lavoro 779

Natalia Paci
La tutela dei disoccupati e le politiche di *workfare* 819

Pietro Capurso
La riforma del mercato del lavoro:
riflessi sulle obbligazioni contributive previdenziali 853

SAGGI

Mario Rusciano
Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea 891

DOCUMENTAZIONE

Disegno di legge n. 927 del 3 agosto 2006
sulla riforma del contratto a termine 911

Disegno di legge n. C 104 del 28 aprile 2006
sulla Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori 921

Progetto di legge del 26 ottobre 2006 recante nuove norme
per il superamento del precariato e per la dignità del lavoro 945

GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE
Le decisioni nel trimestre luglio-settembre 2006
Rapporto di lavoro 593
Sicurezza sociale 599
A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Alessia Gabriele
Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione
di contratti a termine alle dipendenze della p.a.
al vaglio della Corte di Giustizia
(Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, C-212/2004
Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, C-53/2004
Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, C-180/2004) 601

Serena Zitti
Quietanze a saldo ed effetti dispositivi *ex* art. 2113 cod. civ.
(Cassazione, 15 giugno 2006, n. 15792) 622

Michelangelo Salvagni
Il *mobbing* e l'onere della prova:
fattispecie a formazione complessa
Antonio Federici
Mobbing: quando il lavoratore vorrebbe licenziare
il datore di lavoro!
(Cassazione, 25 maggio 2006, n. 12445
Cassazione, 6 marzo 2006, n. 4774) 632

Diego Del Biondo
Lo svuotamento di mansioni quale comportamento
legittimante l'assenza dal lavoro
(Cassazione, 16 maggio 2006, n. 11430) 651

Enrico Gragnoli
Trasferimento di azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge
Lucia Valente
Frode alla legge e trasferimento d'azienda:
il cedente non ha l'onere di verificare
la consistenza imprenditoriale del cessionario
(Cassazione, 2 maggio 2006, n. 10108) 663

Barbara Caponetti
Rilevanza disciplinare dell'assenza
alla visita domiciliare di controllo
(Cassazione, 6 aprile 2006, n. 8012) 683

CONTROVERSIE DI LAVORO

Enrico Maria Terenzio
Il requisito della «nazionalità» delle associazioni sindacali
e la legittimazione ad agire *ex* art. 28, legge n. 300/70
(Cassazione, 23 marzo 2006, n. 6429) 691

DIRITTO SINDACALE

Milena Anna Impicciatore
Limiti alla sostituzione dei lavoratori in sciopero
(Cassazione, 9 maggio 2006, n. 10624) 703

SICUREZZA SOCIALE

Antonio Mazziotti
Divieto di discriminazione in materia previdenziale
per lavoratori/lavoratrici che hanno mutato sesso
(Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 aprile 2006) 715

Raffaella Cultrera
Accertamenti sanitari e decadenza nell'invalidità civile
(Cassazione, 8 marzo 2006, n. 7548) 727

DOTTRINA

PRESENTAZIONE

Abbiamo deciso di dedicare questo numero della Rivista alla nuova stagione di intensa produzione legislativa che si annunzia – a meno di sempre possibili rivolgimenti politici – per la prossima primavera, quando saranno attivati i due «tavoli» di riforma più volte annunciati. Quello riguardante la riforma del sistema pensionistico e l'altro riguardante il mercato del lavoro e, in specifico, il superamento della precarietà. È innegabile che proprio questo sia stato il terreno, durante la passata legislatura, del conflitto politico-sociale più acceso, nel cui ambito le parole «destra» e «sinistra» hanno riacquistato un senso preciso nell'esaltazione o, al contrario, nel totale rifiuto della filosofia di regolazione sociale annunziata nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*. Una filosofia poi realizzata, per buona ventura, non totalmente, ma certo in larga parte con specifici e impegnati interventi legislativi promossi dal governo di centro-destra quali il d.lgs. n. 368/2001, la legge delega n. 30/2003 e il d.lgs. n. 276/2003 (e successive modificazioni e integrazioni).

Da lì dunque si ricomincia: dalle vie di superamento della legge n. 30/2003 e dai modi di questo superamento, che hanno costituito una parola d'ordine unificante per i partiti della coalizione del centro-sinistra, ma che ora ripropongono inevitabilmente quelle due diverse declinazioni che già si erano affacciate negli anni 2000-2001. Si allude com'è chiaro, da un lato, a quella ipotesi di «Carta dei lavori» già proposta allora da un folto numero di parlamentari del centro-sinistra e che è ora in via di ripresentazione proprio per tener conto dei cambiamenti indotti dalla legislazione del centro-destra e adeguatamente metabolizzati; dall'altro, a quelle proposte di diverso assetto regolativo del quadro generale dei rapporti di lavoro che sono state avanzate dalla C.G.I.L. nel 2002, e che hanno incontrato l'adesione di 5 milioni di lavoratori e cittadini, nonché di una ampia parte della sinistra

politica. Quelle idee e quelle proposte ritornano, anch'esse in funzione di superamento della legge n. 30 e normative connesse, in una proposta di legge in via di presentazione da parte di alcuni parlamentari dell'Unione. Questi due testi pubblichiamo perché sia possibile al lettore apprezzare differenze o analogie di ispirazione e strumentazione delle ipotesi di partenza, sicuramente oggi alquanto distanti – come tra poco avremo modo di meglio notare –, ma sperabilmente destinate a convergere verso soluzioni unitarie. Su un tema, comunque, la convergenza appare già oggi possibile e prossima, e non per nulla si tratta del tema che segnò il traumatizzante debutto della legislazione del centro-destra, ossia quello del contratto di lavoro a termine, che con il d.lgs. n. 368/2001 fece da antesignano al *corpus* delle innovazioni introdotte dal 2003 in poi.

Pubblichiamo pertanto anche il disegno di legge n. 927 (primo firmatario il Senatore Salvi), i cui contenuti risultano sufficientemente condivisi dai partiti dell'Unione e che si caratterizza per quella riaffermazione della «normalità» del rapporto a tempo indeterminato, che il d.lgs. n. 368/2001 ha invece tanto teoricamente quanto praticamente contraddetto, così da incontrare infine una implicita censura anche da parte della Corte di Lussemburgo sotto il profilo della consentita possibilità, non solo teorica, di una reiterazione senza fine di contratti a temine tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro.

Non è difficile, peraltro, individuare diversità di approccio tra quanti intendono la stabilizzazione dei rapporti a termine, e il ridimensionamento del loro numero e importanza, come frutto essenzialmente di una politica di incentivi mirati e premianti la trasformazione a tempo indeterminato, e quanti invece, pur senza negare l'importanza degli incentivi, ritengono irrinunciabile una modifica dei diritti e degli obblighi giuridici originanti dal contratto a termine, a partire da quel «diritto di preferenza» in future assunzioni che costituisce, all'evidenza, il vero pegno di una futura stabilizzazione che l'ordinamento può accordare al lavoratore precario.

Le altre due proposte di legge, non ancora stampate nel loro testo definitivo, evidenziano comunque una fondamentale differenza metodologica nell'approccio all'altro grande ambito del lavoro precario, quello, cioè, riguardante i rapporti «atipici» e, in particolare, le collaborazioni coordinate e continuative. In termini generalissimi, le due soluzioni che si confrontano sono, da un lato, quella che mira a ricondurre l'attuale rapporto di lavoro subordinato e le collaborazioni

suddette a un più comprensivo tipo contrattuale al quale siano comunque collegate tutte le tutele oggi accordate al solo lavoro subordinato; dall'altro, quella che invece intende mantenere la distinzione tipologica tra le due figure del lavoro subordinato e parasubordinato, ma dotando quest'ultimo di un «pacchetto» di garanzie, per così dire «miniaturizzate», rispetto a quelle esistenti per il primo. Peraltro è necessario che l'una e l'altra soluzione facciano i conti con la indiscutibile – seppur forse velleitaria – novità contenuta negli artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003, i quali, prevedendo come unica forma legittima (salve specifiche eccezioni) di collaborazione coordinata e continuativa quella «a progetto», hanno di fatto «messo in mora» l'ipotesi contenuta nella «Carta dei lavori» di semplice rafforzamento di tutele per le collaborazioni continuative anche a tempo indeterminato. Poco importa, da questo punto di vista, che la prassi applicativa e le circolari amministrative abbiano poi cercato di svuotare il pregnante significato della limitazione suddetta, allargando al limite del paradosso e dell'incredibile il concetto di «progetto», sia perché la giurisprudenza non appare affatto accondiscendente, sia perché un intervento riformatore non potrebbe condividere questa tendenza «gattopardesca». Vi è da decidere, insomma, cosa fare dei rapporti di prestazione d'opera economicamente dipendenti, contrassegnati dalla «doppia alienità» di mezzi e di risultato ma non da una specifica eterodirezione datoriale: il primo dei due progetti di legge sopra ricordati li ingloba semplicemente nella tipologia di contratto unico come semplice modalità esecutiva alternativa; ma l'altro progetto dovrà pur decidere se vorrà tornare o non tornare indietro rispetto al d.lgs. n. 276/2003.

È difficile fare previsioni, se non quella che sarà probabilmente questo il «ponte dell'asino» nella ricerca della soluzione unitaria. Se il ritorno all'indietro risulterà comunque anche politicamente improponibile, allora i sostenitori della soluzione «binaria» dovranno prendere atto che avremmo un quadro tipologico del tutto asimmetrico, perché, da una parte, vi sarebbe il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e determinato, dall'altra, un contratto di collaborazione a progetto a requisiti rafforzati rispetto alle prassi attuali, ma comunque solo a termine e, per coerenza sistemica, non reiterabile se non in modesti limiti.

Il dibattito, però, è solo all'inizio e i saggi dottrinali che vengono pubblicati in questo numero (e, segnatamente, quello di A. Perulli),

sostenitore quanto mai valente della soluzione «binaria», costituiscono i primi contributi per una discussione che è in parallelo scientifica e politica, e di cui ci ripromettiamo di seguire attentamente ogni sviluppo con il convincimento – pensiamo da tutti condiviso – che le questioni in gioco si collocano nel cuore stesso del diritto del lavoro.

Roma, 6 dicembre 2006

Piergiovanni Alleva

Andrea Lassandari (*)

SULLA CRISI DELLA REGOLAMENTAZIONE TRA LAVORO E FLESSIBILITÀ (**)

SOMMARIO: 1. La parabola della flessibilità del lavoro. — 2. L'intervento sul lavoro nella quattordicesima legislatura: la disciplina del d.lgs. n. 276/2003 tra flessibilità e rigidità. — 3. Ipotesi per una «svolta»: esercizi di stile alla verifica di mercato. — 4. Oltre la flessibilità: governare la globalizzazione.

1. — *La parabola della flessibilità del lavoro* — Più interpreti individuano nel 2003, anno di entrata in vigore della legge n. 30 e del d.lgs. n. 276, una netta soluzione di continuità, volta a valorizzare in forme radicalmente innovative la flessibilità del lavoro; a incentivare, anzi – all'interno di una dicotomia tanto fortunata (nella *vulgata* politica dei partiti allora d'opposizione) quanto vaga, ove si contrappongono flessibilità a precarietà –, proprio la diffusione di quest'ultima. Si tratta di un indirizzo che pare tuttavia bisognoso di alcune integrazioni e correzioni.

La flessibilità (1) è, in effetti, costante compagno di viaggio dell'intervento normativo sul lavoro almeno degli ultimi venti anni. Ove si voglia individuare una legislazione idonea a segnare una sorta di «spartiacque», non pare improprio il riferimento alla legge n. 863/1984, che peraltro raccoglie e stabilizza tendenze così come istituti presenti già da anni all'interno del cd. «diritto del lavoro nell'emergenza» (2). L'impatto sociale di questa regolamentazione è risultato alla prova dei fatti superiore a quello provocato da numerosi altri (pur rilevanti) provvedimenti

(*) Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna – sede di Ravenna.

(**) Parte del paragrafo due, oltre ai paragrafi tre e quattro, sono pubblicati in *Dopo la flessibilità, cosa*?, a cura di L. Mariucci, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 289 ss. Il volume è dedicato a Umberto Romagnoli.

(1) Cfr., da ultimo, 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, pp. 501 ss.

(2) Vedi R. De Luca Tamajo e L. Ventura, a cura di, *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979.

successivi: si pensi solamente alle fortune del contratto di formazione e lavoro negli anni ottanta; alle decisive aperture realizzate quanto alla richiesta nominativa di manodopera; con funzione distinta, alla stessa legittimazione del contratto di solidarietà cd. «difensivo», come misura alternativa ai licenziamenti collettivi.

Facendo un considerevole salto nel tempo, meno significativo potrebbe ritenersi lo stesso rilievo della legge n. 196/1997, se non altro perché la disciplina del contratto di lavoro temporaneo – al di là del *vulnus* recato, attraverso la legittimazione della dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro subordinato e utilizzo della prestazione, nella ricostruzione della fattispecie (3) – ha coinvolto (e non poteva che coinvolgere) un numero molto inferiore di prestatori, rispetto appunto alle folle di giovani già assunti con contratto di formazione e lavoro al crepuscolo della Prima Repubblica. Piuttosto deve darsi importanza a un altro provvedimento del cd. «Pacchetto Treu», sovente oggi ingiustamente dimenticato, volto a consentire nuove (illimitate?) stipulazioni tra i medesimi contraenti, una volta risolto il rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato (4).

All'interno di questo ordine di considerazioni, è tutto da verificare il «radicale» impatto del d.lgs. n. 276/2003. Esattamente a tale profilo si dedicherà il successivo paragrafo: viene però qui innanzi tutto descritto, in sintesi, il contesto giuridico con cui il d.lgs. n. 276/2003 e, più correttamente, la politica del lavoro della precedente quattordicesima legislatura si sono confrontati. Nel 2001, momento di insediamento dell'Esecutivo che ha così fortemente voluto il d.lgs. n. 276/2003, si parlava innanzi tutto da un considerevole lasso di tempo di «fuga dal lavoro subordinato», mediante il ricorso a figure giuridiche diverse, in prevalenza ricondotte in dottrina alla cd. «parasubordinazione» (5): le collaborazioni coordinate e continuative, innanzi tutto; ma pure le prestazioni di lavoro rese all'interno del contratto di associazione in partecipazione. Finanche il ricorso a forme giuridiche qualificate dal legislatore «in negativo», poiché si pre-

(3) Vedi O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, 2003, I, pp. 265 ss.

(4) Si fa riferimento all'art. 12, legge n. 196/1997: disposizione integralmente trasposta, con minime varianti di forma, nell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001.

(5) Cfr. già gli interventi in *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, a cura di M. Pedrazzoli. Vedi in seguito G. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, e M. Pedrazzoli, *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Impresa e nuovo modi di organizzazione del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro A.I.D.L.A.S.S. tenutesi a Salerno il 22-23 maggio 1998, Giuffrè, Milano, 1999.

cisava non costituissero rapporto di lavoro (6): tra queste il tirocinio di formazione e orientamento, che potrebbe dirsi reiteri lo schema giuridico del tirocinio sorto nelle corporazioni medievali e resistito fino almeno al diciannovesimo secolo (7), se non fosse nella specie assai incerta proprio l'esistenza del diritto alla formazione (8).

D'altra parte la «frammentazione» tipologica interna alla fattispecie lavoro subordinato era a sua volta significativamente sviluppata. È possibile sostenere che non fosse stata neanche ipotizzata una strategia – da intendersi come serie di misure coerenti rispetto a uno scopo esattamente prefigurato – volta a favorire la pur auspicata «stabilizzazione» dei prestatori coinvolti (nella stragrande maggioranza giovani). Ci si affidava al mercato, con un numero tutto sommato ridotto se non estemporaneo di norme – e ancora più limitato di risorse – volte a perseguire l'obiettivo. Mediante il ricorso a questi contratti, da tempo definiti «atipici», le imprese fondamentalmente ricercavano una riduzione dei costi. Non necessariamente però accompagnata da un corrispondente incremento dei profitti: per non poche tra esse, infatti, coinvolte senza sostanziale potere contrattuale nell'organizzazione del committente (a sua volta non di rado appaltatore o mero subappaltatore), l'opzione risultava essenziale alla sopravvivenza. Il fenomeno della cd. «esternalizzazione» del processo produttivo era d'altra parte già favorito, sul piano giuridico, dalla legittimazione di quella vera e propria «via maestra», data dal trasferimento di ramo d'azienda e successivo appalto al cessionario (9).

Una ricostruzione dettagliata della mappa delle soluzioni ricercate, nelle pieghe della legge, al fine di raggiungere l'obiettivo della riduzione dei costi, risulterebbe di estremo interesse, mostrando soluzioni tanto o-

(6) Cfr. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, I, pp. 63 ss., nonché L. Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *LD*, 1993, pp. 32 ss.

(7) Si fa riferimento allo scambio tra obbligo di prestazione e obbligo di formazione, su cui cfr. G. Suppiej, *Apprendista*, in *ED*, vol. II, 1958, p. 823. In materia vedi pure L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della C.E.C.A.*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 442.

(8) Cfr. M. Tiraboschi, *Problemi e prospettive nella disciplina giuridica dei tirocini formativi e di orientamento*, in *DRI*, 2001, p. 65, e P. A. Varesi, *La disciplina dello stage formativo e di orientamento*, in *DPL*, 1996, p. 974.

(9) Cfr. R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro A.I.D.L.A.S.S. tenutesi a Trento il 4-5 giugno 1999, Giuffrè, 2000, p. 139. Ivi v. pure P. Ichino, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, e P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*.

riginali quanto fantasiose, anche con forti peculiarità locali. Si va dalla vera e propria «invenzione» di contratti collettivi, poi ribattezzati «pirata», all'utilizzo massiccio di apprendisti per lavoro stagionale, in apparente armonia con l'art. 21, comma 4, legge n. 56/1987, ma certamente non con le disposizioni concernenti l'obbligo formativo e la durata minima. Altri tuttavia, senza perdersi nella ricerca di ingegnose (ma sovente improbabili) soluzioni, semplicemente non applicavano le regole fissate dalla legge e dal contratto collettivo a tutela del prestatore: l'enorme diffusione del fenomeno, ben noto come lavoro nero, endemica nel Meridione ma con presenza tutt'altro che trascurabile in tutto il paese (10), era contrastata attraverso misure rivelatesi del tutto inadeguate.

In questo scenario, per più aspetti rivoluzionato in poco più di venti anni, erano peraltro rimasti immobili architravi fondamentali del sistema di sicurezza sociale: in tal modo inoperanti proprio a protezione dei numerosi nuovi bisognosi. Si fa riferimento agli strumenti di sostegno del reddito (*alias* ammortizzatori sociali), in Italia beneficianti persone già occupate esclusivamente con contratto di lavoro subordinato.

D'altra parte le regole sui trattamenti previdenziali erano state modificate ma nell'assorbente ottica di consentire il finanziamento delle prestazioni (soprattutto pensionistiche) erogate: conseguendone in particolare che i giovani lavoratori venivano chiamati a contribuire al finanziamento di esse; nel mentre si riduceva almeno della metà ciò che sarebbe loro spettato, dopo un intervallo di tempo peraltro destinato progressivamente a crescere. Per inciso le prestazioni pensionistiche che invece sarebbero state garantite al lavoratore non subordinato, anche lui chiamato da un certo momento a contribuire, risultavano in gran parte dei casi – facendo cioè riferimento a redditi comparabili a quelli di operai o anche impiegati – addirittura inesistenti: finivano, infatti, con essere corrispondenti o inferiori all'assegno sociale comunque spettante a tutti i cittadini. Ciò realizzando una sorta di «espropriazione» legale ai danni di categorie tra le più bisognose, e favorendo altresì processi di «immersione» nell'interesse dello stesso prestatore (11).

Può aggiungersi, guardando all'insieme dei provvedimenti emanati nell'ampio arco di tempo considerato, che la flessibilità introdotta abbia soprattutto riguardato il mercato del lavoro; quasi mai si è fatto in-

(10) Vedi A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, 2000.

(11) Cfr. C. Lagala, *Un welfare compassionevole per i lavoratori precari?*, in q. *Riv.*, 2004, I, nonché in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., pp. 925 ss.

vece riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato. I due ambiti sono tuttavia connessi, perché proprio le limitate modificazioni concernenti (in questa ottica) la regolamentazione del rapporto hanno favorito lo sviluppo dell'intervento sul mercato, nell'obiettivo prevalente di aggirare i sistemi di tutela, specie quanto al licenziamento. Ciò ha fatto sorgere una contrapposizione tra prestatori – anche generazionale, come si è cercato di mostrare – sottolineata con forza in dottrina quasi esclusivamente da una elaborazione assai discussa per le soluzioni proposte (12).

Questo è il contesto con cui interagisce il d.lgs. n. 276/2003. Può ben dirsi che molteplici segnali di difficoltà nella protezione dei lavoratori, guardando alle tendenze di mercato come anche al sostegno pubblico, fossero già emersi; era altresì piuttosto evidente una certa diffusa resistenza del sistema produttivo ad accollarsi i «costi» (per così dire) del diritto del lavoro.

2. — *L'intervento sul lavoro nella quattordicesima legislatura: la disciplina del d.lgs. n. 276/2003 tra flessibilità e rigidità* — Nella quattordicesima legislatura resta innanzi tutto ferma la tendenza a regolamentare il mercato del lavoro piuttosto che il rapporto subordinato. Il *Libro bianco sul mercato del lavoro* – che pur mette in discussione il principio di inderogabilità della disciplina tipica del lavoro subordinato e nel contempo prospetta, vigente il nuovo Titolo quinto della Costituzione, una potenziale «frantumazione» al livello regionale degli statuti protettivi (13) – accoglie tale approccio (anzi radicalizzandolo), poiché concepisce l'intervento sul rapporto individuale come parte della regolamentazione di mercato. E altrettanto fa l'originario testo del d.d.l. n. 848/2001, quanto alle controverse norme sull'art. 18, legge n. 300/1970.

È ben vero che con d.lgs. n. 66/2003 viene emanata una innovativa disciplina concernente l'orario dei lavoratori subordinati, la quale certamente asseconda le esigenze di flessibilità delle imprese (14). La quattordicesima legislatura – lasciando da parte il settore pubblico – si carat-

(12) Si fa riferimento a P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

(13) Si veda per tale profilo F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, I, pp. 17 ss.

(14) Vedi U. Carabelli e V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, 2004, n. 44, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca. Cfr. pure A. Allamprese, *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, in q. *Riv*., 2005, I, pp. 85 ss.

terizza però soprattutto per una serie di misure riguardanti il mercato del lavoro, concernenti, in particolare: servizi pubblici per l'impiego (d.lgs. n. 297/2002); nuova regolamentazione d'ingresso dell'«offerta» non comunitaria (d.lgs. n. 145/2002); intermediari nel mercato, esternalizzazioni e lavori atipici (d.lgs. n. 276/2003 e d.lgs. n. 368/2001); attività ispettiva (d.lgs. n. 124/2004). Ne resta pertanto sostanzialmente confermata l'opzione storica, che evita il confronto (salva la pur importante eccezione sull'orario) con la disciplina del rapporto individuale di lavoro subordinato.

Dedicando un rapido sguardo ai menzionati provvedimenti, il d.lgs. n. 297/2002 completa innanzi tutto un percorso di riforma da tempo avviato ma incomprensibilmente rimasto a metà del guado. Si introducono attese misure, a cominciare dalla abolizione di gran parte delle liste di collocamento: condizione perché potessero acquisire significato istituti quali l'«elenco anagrafico» e la «scheda professionale», già previsti fin dal 2000. Non mancano nel testo opzioni discutibili: in particolare il collegamento della condizione di inoccupato/disoccupato alla percezione di reddito da lavoro, scelta che crea notevoli problemi di ordine gestionale (oltre che interpretativo) (15). Ma il decreto risulta necessario per la stessa concreta operatività dei servizi provinciali e regionali dell'impiego.

Attraverso il d.lgs. n. 124/2004 il legislatore prova invece a rendere l'ispettore del lavoro una sorta di consigliere/fiduciario dell'imprenditore, nella corretta applicazione del diritto. L'indirizzo, maturato guardando anche a esperienze di altri paesi europei, potrebbe in astratto risultare condivisibile. Il problema – al di là di istituti che generano il dubbio di «composizioni» realizzate a danno del lavoratore: per es. la discussa conciliazione monocratica (16) – è però dato dal fatto che le ispezioni, per innumerevoli ragioni, costituiscono in Italia evento raro: e se l'impresa non viene sanzionata, nelle pochissime occasioni in cui infrazioni siano individuate, l'applicazione della normativa rischia di divenire puro e semplice *optional*. Anche in precedenza è tuttavia difficile sostenere che il timore delle ispezioni abbia assunto ruolo decisivo, rispetto all'effettività della disciplina lavoristica: se il d.lgs. n. 124/2004 non pare al-

(15) Vedi A. Lassandari, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Esi, Napoli, 2004, pp. 404 ss.

(16) Vedi, in materia, L. Zaccarelli, *La conciliazione monocratica*, in q. *Riv.*, 2005, I, pp. 839 ss.

lora esattamente procedere nella direzione giusta, neanche è ragionevole ipotizzare che esso arrechi nel breve (o anche medio) periodo danni irrimediabili.

Ancora la legge Bossi-Fini – cui è dovuta l'invenzione del contratto di soggiorno per motivi di lavoro, da ritenersi incivile e incostituzionale in punto di principio (posto che il soggiorno di una persona è trattato alla stregua di un bene giuridico patrimoniale, nella piena disponibilità del datore di lavoro) – ha reso molto più macchinoso il primo ingresso in Italia di lavoratori provenienti da paesi esterni alla Comunità europea. E non solamente il primo ingresso, considerato che – stando alla successiva normativa di fonte secondaria – il cittadino non comunitario potrebbe essere sempre e solo assunto con questa modalità (e connessi oneri di garanzia dell'abitazione come delle spese di rientro, ricadenti su chi assume) (17). Le nuove regole stanno però operando (sulla carta) solamente dal 2005, anno di entrata in vigore del regolamento attuativo. Mentre i diffusissimi e talora enormi ritardi delle questure, nei rinnovi dei permessi di soggiorno, fanno sì che, perduto il lavoro, sia in concreto possibile trattenersi legalmente nel territorio italiano ben oltre i sei mesi stabiliti, sovente anche con accesso alle prestazioni offerte dai servizi per l'impiego (18). È inoltre ben noto che contemporaneamente il «legislatore del contratto di soggiorno» rendeva operante la più ampia sanatoria mai realizzata. Certamente questa regolamentazione si è caratterizzata per una marcata impronta repressiva: ma i cd. C.P.T. (Centri di permanenza temporanea), oggetto di numerosissime polemiche e contestazioni negli ultimi anni, erano già stati introdotti ben prima del 2002.

Infine si rivolge attenzione al fondamentale d.lgs. n. 276/2003, da analizzare *ratione materiae* in raccordo con il d.lgs. n. 368/2001, di gran lunga il più significativo nella legislatura. È introdotta qui una prima serie di norme, volte a realizzare una virtuale moltiplicazione degli intermediari nel mercato del lavoro ma, in sostanza, soprattutto un rafforzamento delle vecchie agenzie di lavoro temporaneo (ora divenu-

(17) Cfr. l'art. 36-*bis* del d.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, come modificato dal d.p.r. 18 ottobre 2004, n. 334 (pubblicato sulla *GU* n. 33 del 10 febbraio 2005).

(18) Il punto G.3 dell'allegato 1 della deliberazione della Giunta regionale Emilia-Romagna 10 maggio 2004, n. 901, stabilisce, ad es., che «I Centri per l'impiego accettano la ricevuta della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno, al fine di consentire la conservazione dell'inserimento nell'elenco anagrafico nonché dello stato di disoccupazione».

te di somministrazione), legittimate a svolgere l'insieme delle attività e operazioni consentite. L'opzione può incidere negativamente sul governo locale del mercato, da parte di Regioni e Province; potrebbe anche ostacolare processi di consolidamento dei nuovi servizi pubblici (19). In un mercato che conferisce da sempre ruolo del tutto predominante ai contatti informali, quanto al reperimento del lavoro, e che vede ben attivi «caporali» (di genere tradizionale, moderno e post-moderno), non è tuttavia possibile attribuire a tali disposizioni la capacità di stravolgere tendenze.

Nel decreto legislativo del 2003 grande importanza è, d'altra parte, certamente attribuita alle esternalizzazioni. Assumono rilievo il contratto di somministrazione a tempo determinato e indeterminato, così come il distacco, quanto all'impiego della prestazione di lavoro senza titolarità del rapporto; l'indirizzo volto a incentivare il ricorso al contratto di appalto, attraverso la prefigurazione di ipotetica nuova nozione (20) ma soprattutto l'eliminazione dell'obbligo di parità di trattamento già sancito dall'art. 3, legge n. 1369/1960; la nuova definizione di «ramo d'azienda» (21); infine – a ben guardare – lo stesso adempimento degli obblighi sanciti dalla legge n. 68/1999 mediante

---

(19) Cfr., in materia, M. Miscione, *Sub artt. 4 e 5*, in *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. Miscione e M. Ricci, tomo I del *Commentario al d.lgs. 20 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, pp. 119 ss.; P. Tullini, *Sub artt. 4-11*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 67 ss.; A. Lassandari, *Sub artt. 4-5*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, pp. 92 ss. Vedi pure F. Torelli, *Le agenzie del lavoro: legislazione statale e regionale*, in *LD*, 2006, pp. 253 ss.

(20) Cfr. le diverse opinioni di P. G. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 2004, pp. 165 ss.; F. Bano, *La somministrazione di lavoro*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, cit., pp. 30 ss.; M. T. Carinci, *Sub artt. 20, 27, 29*, in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M. T. Carinci e C. Cester, tomo II del *Commentario al d.lgs. 20 settembre 2003, n. 276*, cit., pp. 13 ss.; R. Del Punta, *Le nuove regole dell'outsourcing*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 630; P. Ichino, *Sub artt. 20-29*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., pp. 258 ss.; F. Scarpelli, *Sub artt. 27-29*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 421; G. Zilio Grandi, *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2006, pp. 440 ss.

(21) Anche questa ampiamente controversa: cfr., per tutti, S. Mainardi, *«Azienda» e «ramo d'azienda»: il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, pp. 683 ss.

commessa a cooperative sociali, le quali assumono pertanto disabili in luogo degli originari vincolati (ci si troverebbe pertanto di fronte a esternalizzazione di obbligo giuridico) (22).

Sembra inequivoca l'intenzione del legislatore di favorire tali processi: l'operazione è però realizzata talvolta in modo tecnicamente «pasticciato» o ambiguo, ciò consentendo interpretazioni in continuità con orientamenti consolidati (in particolare quanto alle nozioni di appalto e ramo d'azienda), di probabile diffusione in giurisprudenza. Va comunque sottolineato come l'abrogazione dell'art. 3, legge n. 1369/1960, elimini la più rilevante norma, pur desueta e spesso inapplicata, protesa a indirizzare i processi di decentramento, certamente non nuovi in Italia (23): assumendo conseguentemente grandissima importanza il problema di assicurare garanzie minime di protezione ai dipendenti dell'appaltatore (o sub-appaltatore). Si parla di sicurezza del lavoro, spesso carente o inadeguata; di trattamento retributivo, normalmente inferiore a quello riconosciuto dal committente, poiché individuato attraverso distinto contratto collettivo o addirittura pattuizione individuale; di sanzione nei confronti del licenziamento illegittimo, protezione sindacale, ammortizzatori sociali, profili tutti condizionati dal numero dei dipendenti di unità produttive e imprese; di affidabilità e solvibilità dei datori ecc.

Sia ben chiaro: niente di diverso o peggiorativo, rispetto a quanto normalmente garantito ai dipendenti delle piccole imprese o addirittura ai prestatori atipici. Ma nel caso di specie ci si rivolge sovente – in presenza, ad esempio, di trasferimento di ramo d'azienda e successivo appalto – proprio a lavoratori subordinati già assunti a tempo pieno e indeterminato, da parte di imprese medio-grandi: quella che da tempo viene, cioè, definita la «fortezza» del mercato del lavoro (24). Vengono quindi notevolmente ridotti statuti protettivi già assicurati: ciò toccando pesantemente pure l'interesse sindacale. Insomma attraverso questo fenomeno si comincia a dare concretezza all'obiettivo manifestato in ben noto disegno dottrinale: incidere sulla tutela degli *insiders*. Emerge anche tuttavia come a ciò non conse-

(22) Cfr. M. Garattoni, *Misure per il sostegno dell'inserimento di lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratti di apprendistato*, in *LD*, 2006, pp. 388 ss.

(23) Vedi L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Angeli, Milano, 1979. Cfr. pure V. Speziale, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in q. *Riv*., 2006, I, pp. 3 ss.

(24) Cfr. M. Paci, *La struttura sociale italiana*, Il Mulino, Bologna, 1982.

gua, secondo pronostico ampiamente prevedibile, alcun miglioramento nella condizione degli *outsiders*.

Decisamente meno preoccupante, alla prova dei fatti, si è invece rivelata l'ipotesi di ricorso al cd. *staff leasing*: al di là della portata teorica e simbolica della novità, che ne ha fatto una delle «icone negative» del d.lgs. n. 276/2003, l'istituto non ha visto per ora sostanziale attuazione. E anche l'indubbio allargamento della possibilità di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato (erede del «vecchio» lavoro temporaneo) non ha comportato impieghi massicciamente più vistosi. Resta, in effetti, la netta sensazione che tutto quanto implichi per l'impresa costi superiori ai normali (anche minimi) difficilmente ottenga grande successo.

Il rilievo costituisce perfetto *incipit* per l'ulteriore sintetica analisi della novella regolamentazione dei cd. contratti atipici. Attraverso di esso può, in effetti, comprendersi perché taluni istituti non siano stati utilizzati: questo emblematicamente il caso del lavoro intermittente con obbligo di rispondere alla chiamata (e diritto all'indennità di disponibilità). Sulla ineffettività degli istituti ha comunque talora forse inciso pure la disciplina, oscura o incoerente o «irragionevolmente» favorevole al datore (così per il lavoro ripartito e ancora per l'intermittente; in parte, come si vedrà, per il «lavoro a progetto»).

È stato invece stipulato, a quel che pare, un discreto numero di contratti di lavoro a tempo parziale: non sembrerebbe tuttavia possibile darne merito alla riforma del 2003, poiché i contratti collettivi hanno sovente reintrodotto buona parte dei profili di disciplina espunti dal d.lgs. n. 276 (25).

Passando a figure con ben superiore importanza, nelle dinamiche di mercato, va assegnato centrale rilievo al contratto di lavoro a tempo determinato (26). La forte diffusione di questo si deve da ultimo alla «norma generale» prevista dal d.lgs. n. 368/2001; anche però alla indefinita possibilità di nuove stipulazioni (con la semplice accortezza di lasciar trascorrere breve intervallo di tempo) operante invece, come si osservava, fin dal 1997. Proprio quest'ultimo aspetto sembra peraltro in contrasto con la Direttiva n. 1999/70/Ce, di cui uno degli obiettivi fondamenta-

(25) V. M. Roccella, *Lavoro flessibili o lavori precari*?, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., pp. 63 e 71.

(26) Cfr. ora M. P. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *LD*, 2006, pp. 459 ss., e L. Zappalà, *Tra diritto e economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti a termine*, in q. *Riv*., 2006, I, pp. 171 ss.

li è quello di evitare «abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» (27).

Più conveniente della stipulazione del contratto di lavoro a tempo determinato risulta tuttavia, se si consente una ovvietà, la sottoscrizione di un contratto a tempo determinato che garantisca nel contempo riduzione degli oneri contributivi. Proprio questo spiega la notevolissima diffusione storicamente avuta dal contratto di formazione e lavoro (nel nord del paese: quanto al Meridione il confronto di convenienza è spesso perdente per definizione, avvenendo con il lavoro nero). E nel contempo aiuta a comprendere perché buona parte dei datori si sia dimostrata tutt'altro che felice quando, in luogo del contratto di formazione e lavoro, è stato disciplinato il contratto di inserimento: infatti quest'ultimo non prevede più riduzioni degli oneri contributivi, ove siano assunti giovani fino ai ventinove anni; mentre le imprese si dimostrano ben poco interessate a impiegare le persone appartenenti alle altre categorie prese in considerazione dalla normativa.

L'attenzione si è allora di fatto spostata sul «nuovo» contratto di apprendistato cd. professionalizzante, stipulabile con giovani fino a ventinove anni, che garantisce la più ampia riduzione degli oneri contributivi oltre a considerevoli ulteriori benefici. E poiché il d.lgs. n. 276/2003 rinvia per l'operatività dell'istituto alla regolamentazione regionale, dimostrandosi nel complesso le Regioni tutt'altro che solerti, con d.lgs. n. 80/2005 è stato successivamente accellerato il processo volto a conferire vigenza alla riforma. Qui viene infatti stabilito che, in attesa di legislazione regionale, «la disciplina dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi nazionali di categoria stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (28). In effetti solo la disciplina regionale (ma – fino a intervento di questa – la stessa contrattazione collettiva), chiamata a regolamentare l'obbligo formativo, consente di individuare esattamente l'assetto di convenienze per le imprese, precisando in particolare gli oneri (formativi), al cospetto di vantaggi già adesso ben visibili.

Vigente peraltro la legge n. 196/1997, non va dimenticato come l'obbligo formativo per le imprese che assumevano apprendisti fosse condizionato a «proposte formali da parte dell'amministrazione pubbli-

(27) Vedi A. Lassandari, *La durata del contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, tomo 15, Utet, Torino, 2004, p. 458.

(28) Così l'art. 13, comma 13-*bis*, del d.lgs. n. 80/2005, il quale introduce il nuovo comma 5-*bis*, nell'art. 49, d.lgs. n. 276/2003.

ca competente» (vere e proprie raccomandate con ricevuta di ritorno, inviate da Regioni o Province) (29). E poiché queste «proposte» sono state concretamente avanzate in numeri percentuali ridottissimi, nell'intero paese, la quasi totalità dei contratti di apprendistato ha a suo tempo distribuito vantaggi per gli imprenditori, senza che fosse garantita alcuna formazione per gli apprendisti. Nello stesso tempo si ricorda che la possibilità di doppio declassamento degli apprendisti, oggi riconosciuta dal d.lgs. n. 276/2003, garantisce al giovane lavoratore una retribuzione comunque più elevata di quella già spettante, secondo le tariffe «speciali» storicamente previste dai contratti collettivi.

Quanto, infine, alle forme contrattuali esterne alla subordinazione, il legislatore del 2003 dichiara di intervenire a tutela dei prestatori, combattendo le forme elusive. In concreto può darsi abbia tuttavia dissuaso gli abituali utilizzatori delle collaborazioni coordinate e continuative, soprattutto poiché gli elementi ricostruttivi delle nuove collaborazioni «a progetto» sono risultati quanto mai incerti (30). Ne è, in effetti, derivata una nuova «piccola fuga», questa volta dal lavoro para-subordinato autonomo, a vantaggio del contratto di associazione in partecipazione (per cui il d.lgs. n. 276/2003 prefigura pure elementi protettivi, sia pure di incerta pregnanza); del lavoro autonomo professionale così come dell'impresa individuale (spesso mediante imposizione al collaboratore coordinato e continuativo di mera «apertura» di partita I.V.A.); dello stesso lavoro nero.

Ecco allora evidenziarsi un doppio paradosso. Il legislatore del 2003 «articola» ulteriormente la fattispecie lavoro subordinato, introducendo nuovi tipi e sotto-tipi contrattuali, allo scopo di legittimare fenomeni ritenuti concretamente esistenti e meritevoli di considerazione, così ridu-

---

(29) Così l'art. 16, comma 2, legge n. 196/1997, come modificato dall'art. 2, d.l. n. 214/1999, convertito con legge n. 263/1999.

(30) Cfr., anche per una ricostruzione del dibattito, M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, e C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro A.I.D.L.A.S.S. tenutesi ad Abano Terme e Padova il 21-22 maggio 2004, Giuffrè, 2005, rispettivamente pp. 36 ss. e pp. 81 ss. Vedi, da ultimo, R. De Luca Tamajo, *L'impatto del lavoro a progetto nella sistematica del diritto del lavoro*, e M. Pedrazzoli, *Le complicazioni dell'inutilità: note critiche sul lavoro a progetto*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, *op. cit.*, pp. 111 ss. e pp. 119 ss.; A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, in q. *Riv.*, 2005, I, pp. 713 ss.; F. Martelloni, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *LD*, 2006, pp. 339 ss.

cendo il lavoro nero (uno dei conclamati obiettivi del proprio complessivo intervento). Nel contempo persegue tuttavia strategia di dichiarato rigore e controllo, rispetto a quanto accade ai margini della subordinazione. Accade però che buona parte dei nuovi tipi subordinati non incontri interesse presso gli imprenditori; mentre il lavoro nero forse addirittura aumenta, nel momento in cui le imprese reagiscono, anche «immergendosi», alle collaborazioni a progetto (si tratti di pericolo reale o semplice «spaventapasseri» non rileva).

Il legislatore contemporaneamente intende realizzare ulteriore significativa «flessibilizzazione» del mercato: a dire il vero l'art. 1, d.lgs. n. 276/2003, parla di promozione della «qualità e stabilità del lavoro», ma l'intero conflitto che accompagna genesi e applicazione del testo si svolge su tale presupposto, legittimato da tutte le forze in campo (31). Ciò si ritiene sia concretamente avvenuto quanto alle esternalizzazioni, come già precisato. A proposito dei contratti atipici il ragionamento diviene invece assai più complesso: in particolare se si guarda – andando pertanto oltre le intenzioni del legislatore – ai soli contratti che hanno interessato il mercato. Attraverso il contratto di inserimento, il nuovo apprendistato professionalizzante, le collaborazioni ricondotte a progetto e l'associazione in partecipazione parzialmente riformata è, in effetti, difficile dire che il legislatore abbia reso più flessibile il mercato; potrebbe anche sostenersi l'abbia irrigidito.

Motivo in più per diffidare delle letture che tendono a fare del 2003 l'*annus horribilis* nella protezione dei prestatori, all'interno del nostro paese.

3. — *Ipotesi per una «svolta»: esercizi di stile alla verifica di mercato* — Non è comunque sulla pregnanza dell'aggettivo (*horribilis*) che si esprimono perplessità: la contemporanea situazione risulta, in effetti, tutt'altro che rosea, quanto alla tutela dei lavoratori. Merita tra l'altro ricordare, a integrazione delle precedenti osservazioni, come pure gli operai e parte degli impiegati assunti a tempo pieno e indeterminato, presso imprese medie e grandi, godano sovente di retribuzioni inadeguate rispetto a esigenze di – non si dice «esistenza libera e dignitosa» ma – sostentamento. L'incremento garantito dai contratti collettivi è risultato, di massima, inidoneo a compensare la crescita dei prezzi al consumo.

(31) Cfr. G. Ghezzi, *Presentazione*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, cit., pp. XIII ss.

Mentre «piattaforme» di rinnovo più ambiziose – incidenti sul trattamento retributivo ma anche su disciplina del rapporto come governo del mercato interno alle imprese, per quanto concerne soprattutto il ricorso ai contratti atipici – hanno condotto a crisi senza precedenti (si fa riferimento alla cd. stipulazione «separata» del contratto collettivo dei lavoratori metalmeccanici) ovvero a «tornate» difficilissime (come è da ultimo accaduto, sempre a proposito dei lavoratori metalmeccanici).

Si contesta tuttavia che l'insieme di problemi e inadeguatezze descritti si sia prodotto in un solo anno (2003) ovvero anche con contributo determinante di quanto accaduto in quell'anno o nella stessa quattordicesima legislatura. In assenza delle più recenti evoluzioni si tornerebbe, in effetti, pur sempre al non splendido scenario descritto nel paragrafo introduttivo: ulteriormente derivandone che ove fosse accolto l'orientamento favorevole alla abrogazione pura e semplice del d.lgs. n. 276/2003, già prospettato dall'ala cd. «massimalista» dell'attuale maggioranza, i termini della questione si sposterebbero in modo insufficiente, se non addirittura irrilevante.

La possibilità che l'attuale legislatura veda comunque una modificazione di segno, quanto alle politiche del lavoro, ha sollecitato un confronto di idee. C'è innanzi tutto una prima serie di proposte che, focalizzando l'attenzione critica su aspetti caduchi o ineffettivi della riforma del 2003, si propone di eliminarli o modificarli. In tali casi sovente emerge una operazione quasi illusionistica, volta a presentare come modificatrici istanze prive in realtà di tale capacità: in effetti l'eliminazione dello *staff leasing* o del contratto di lavoro intermittente la modificazione della disciplina del lavoro a tempo parziale così come del lavoro ripartito, in considerazione della modestissima incidenza esercitata al riguardo dalla legislazione del 2003 (nel caso del *part-time*, grazie tuttavia all'intervento della contrattazione collettiva), non produrrebbero quasi effetto alcuno sulle dinamiche di mercato. Con ciò non si intende negare l'opportunità pure di tali provvedimenti: risulta però corretto precisarne il significato; e soprattutto sottolineare che ove la nuova politica del lavoro si limitasse a ciò realizzerebbe – al di là appunto delle apparenze – ben poca cosa.

Altre prospettive segnalano invece l'opportunità di una vera e propria «svolta» (32). Rientrano in questo ambito una nuova allargata configu-

(32) Cfr. in particolare P. G. Alleva, *Proposte di riforma della legislazione del lavoro*, in q. *Riv.*, II, 2005, pp. 121 ss., e L. Mariucci, *Dopo la flessibilità cosa?*

razione della fattispecie subordinazione (e quindi del campo di applicazione della regolamentazione di tutela) nonché la prefigurazione di strumenti protettivi, a beneficio di prestatori non subordinati i quali tipologicamente subiscano il potere contrattuale del committente. Le due istanze, supportate da approcci teorici e di politica del diritto differenziati, sono spesso presentate come alternative: un «grande» lavoro subordinato, per così dire, talora giustifica la carenza di tutela, quanto alla disciplina del rapporto, all'esterno di esso (33) o comunque la rende irrilevante; un lavoro dipendente, invece, «dimagrito» sollecita un adeguato sviluppo di questa. Ancora la legittimazione di un numero più ridotto e razionale di forme giuridiche di lavoro subordinato, rispetto all'esistente inflazione, in una con la sottolineatura della permanente centralità del «prototipo». Assume poi particolare significato la soluzione legale del problema di verifica della rappresentatività sindacale, soprattutto per quel che concerne la legittimazione degli stipulanti il contratto collettivo. Infine compaiono con qualche frequenza, a proposito della riforma degli ammortizzatori sociali, cenni al cd. reddito di cittadinanza.

Senza entrare nel pur fondamentale dettaglio tecnico, non c'è dubbio sul fatto che in tal caso ci si confronti con prospettive ambiziose di riforma. Che prospettive di successo si può tuttavia immaginare abbiano?

Il ragionamento sul reddito di cittadinanza sembrerebbe al momento il più remoto (34): per la delicatezza politica che lo circonda, sottolineata pure da una storica diffidenza sindacale; in ogni caso per gli oneri finanziari che con grande probabilità l'introduzione dell'istituto comporterebbe. Argomento, quest'ultimo, dirimente, nelle ristrettezze economiche con cui oggi ci si confronta. Pare comunque chiaro che una riforma degli ammortizzatori sociali, volta a realizzare un serio confronto con la diffusione del lavoro atipico, non possa essere rinviata ancora molto a lungo: pena – salvo non emerga una drastica riduzione nella diffusione del fenomeno – la produzione d'una lacerazione sempre più profonda e vistosa nel sistema di sicurezza sociale.

Riflessioni sulle politiche del lavoro, in q. *Riv*., 2005, I, nonché in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., pp. 1107 ss.

(33) La conclusione è motivata anche sul piano teorico: cfr. L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro A.I.D.L.A.S.S. tenutesi a Ferrara i giorni 11-13 maggio 2000, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 3 ss.

(34) Vedi A. Durante, *Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello di protezione sociale*?, in q. *Riv*., 2006, pp. 403 ss.

All'interno di una società in grado di produrre ricchezza sufficiente a soddisfare l'intera popolazione, attraverso un numero però progressivamente sempre più ridotto di lavoratori (35), può dirsi venga creato lo spazio economico e, per così dire, «logico» necessario all'introduzione del reddito di cittadinanza. Al di là delle innumerevoli difficili scelte che il disegno richiede di compiere (ad esempio, con grande probabilità, una chiara opzione per un forte prelievo fiscale) nonché della attenta valutazione di possibili controindicazioni (dovute innanzi tutto al consolidamento di approcci assistenzialistici), comincia tuttavia a risultare appannata la condizione di fondo, ove si rifletta sulle *performances* complessive del paese: vale a dire la capacità di produrre sufficiente ricchezza.

Tema da lungo tempo ma senza esito affrontato è invece quello della disciplina legale della rappresentatività sindacale (36): la soluzione della questione è stata storicamente impedita soprattutto dalla divisione sindacale. A ragione si ritiene comunque fondamentale affrontare tale profilo (37), nel momento in cui vengono affidate sia al sindacato che al contratto collettivo funzioni decisive per il complessivo equilibrio sociale del sistema (38).

Il sindacato versa peraltro al momento in notevoli e crescenti difficoltà: colpito «al cuore» dalle esternalizzazioni, appare disattento e co-

---

(35) Il dato è da tempo rilevato nelle analisi: v., tra i tanti, R. Dahrendorf, *Libertà attiva*, Laterza, Bari, 2003, p. 51.

(36) Cfr. almeno G. Ghezzi, *Modificare l'art. 39 della Costituzione?*, e G. Giugni, *La ragione pratica di una riforma*, in *PD*, 1985, rispettivamente pp. 219 ss. e pp. 481 ss. Cfr., in seguito, G. Ghezzi, *Forme di rappresentanza degli interessi organizzati e relazioni industriali in azienda: le ragioni per un intervento legislativo*, in *DRI*, 1996, pp. 37 ss., e G. Giugni, *La rappresentanza sindacale dopo il referendum*, in *DLRI*, 1995, pp. 357 ss. Da ultimo v. Giorgio Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale*, Giappichelli, Torino, 2004, e S. Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, Padova, 2005.

(37) Vedi P. G. Alleva, *Rappresentanza, rappresentatività, partecipazione. Le proposte metodologiche*, in q. *Riv.*, I, 2005, pp. 495 ss.; L. Mariucci, *op. ult. cit.*, p. 1123; M. Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni sindacali nella XIV legislatura*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 1510. *Contra* però M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *Studi ult. cit.*, pp. 871 ss. Cfr. pure B. Caruso, *op. cit.*, pp. 535 ss., e U. Romagnoli, *Giorgio Ghezzi, un idealista senza illusioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 70.

(38) Cfr. U. Romagnoli, *Il contratto collettivo di lavoro nel novecento italiano*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, cit., pp. 49 ss.; M. Rusciano, *Il contratto collettivo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, tomo 15, Utet, Torino.

munque non efficace nel tutelare i prestatori atipici; più in generale non si dimostra in grado di superare il confine nazionale, a differenza delle imprese, nell'elaborare strategie di protezione dell'interesse collettivo (39). Tale situazione sta sollecitando distinzioni che paiono di carattere identitario, nelle diverse organizzazioni, ciò conducendo a conflitti intersindacali e rendendo appunto quanto mai urgente la regolamentazione dei medesimi. Occorre però anche dire che il tema, così continuando le cose, può solamente perdere di importanza. Perché un sindacato progressivamente più debole risulta socialmente sempre meno utile: e a quel punto – che per l'Italia, considerata l'importanza delle organizzazioni, non sembra vicinissimo, ma in altri paesi occidentali è ben visibile, se non già raggiunto – la verifica di rappresentatività riuscirebbe solo imbarazzante.

L'elemento decisivo, all'interno della strategia che dovrebbe condurre oltre il vigente assetto, riguarda comunque la configurazione della fattispecie subordinazione, nella sua interna frammentazione, nel raccordo con figure «esterne» di lavoro. Profilo che in estrema e quasi cruda sintesi – al di là delle diverse opzioni di merito – può così essere precisato: che accade nel mercato se, ampliando in vario modo la tutela dei prestatori, si accresce il costo del lavoro?

La risposta parrebbe scontata: si teme proprio che le imprese cercheranno in ogni modo, attraverso alchimie al limite della legge nonché vera e propria violazione delle norme, di evitare tali oneri. Tutto soprattutto oggi lascia pensare che, secondo risalente metafora, il cavallo non berrà. Si rischia cioè di creare un impianto magari convincente, in termini sia teorici che di politica del diritto, destinato però – come accade peraltro già al diritto del lavoro, comprese le «flessibili» norme introdotte dal d.lgs. n. 276/2003, in gran parte del paese – a restare sulla carta.

Primo fondamentale profilo – normalmente trascurato nell'agone teorico come in quello politico (40) – è allora proprio dato dal confronto con l'elusione: sia mediante simulazione, nel ricorso improprio a forme negoziali alternative, che attraverso puro e semplice mancato rispetto delle regole. Una strategia attenta ed efficace che vada in questa direzione – sulla cui estrema difficoltà non c'è comunque bisogno

(39) Vedi B. Caruso, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro*?, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, a cura di S. Scarponi, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 217 ss., e T. Treu, *Il diritto del lavoro: realtà e possibilità*, in *ADL*, 2000, I, p. 496.

(40) V., però, P. G. Alleva, *Proposte di riforma*…, cit., p. 124.

di soffermarsi – potrebbe eliminare numerosi comportamenti opportunistici, speculativi e talora delinquenziali, tradizionalmente emergenti nel nostro mercato; quando però le opzioni elusive rispondono a reale logica di sopravvivenza dell'impresa, anch'essa è destinata a segnare il passo.

Insomma la prospettiva di «svolta», come qui è stata definita, pur del tutto auspicabile e condivisa in termini di principio, rischia di incontrare enormi problemi sul piano della effettività: limiti che non possono essere semplicemente ignorati.

4. — *Oltre la flessibilità: governare la globalizzazione* — Non si intende così esprimere dissenso rispetto alle ipotesi sopra preconizzate. Appare necessaria – si ribadisce – una riforma degli ammortizzatori sociali coerente al vigente assetto: in tale ambito merita quantomeno approfondimento, sul piano giuridico ed economico, la tematica del reddito di cittadinanza. Resta altresì profilo irrisolto, da cui derivano contraddizioni e considerevoli limiti nella tutela dei lavoratori, quello della carenza di una legislazione sulla rappresentatività sindacale. Occorre soprattutto garantire talune forme di protezione a chi, contando su di un potere contrattuale del tutto insufficiente, ne è oggi completamente privo (41).

Tali prospettive di intervento devono essere innanzi tutto integrate mediante attenta considerazione delle possibili «vie di fuga», in grado di minarne la credibilità. Al di là di ciò, sembra però necessario sottolineare come, ove non mutino in qualche modo le generali tendenze presenti nel mercato globale, i provvedimenti indicati – così come ipotetici altri, volti a garantire alle persone, in termini generici, una soddisfacente qualità della vita – siano destinati ad assai incerto destino.

Si tocca così un profilo del tutto centrale, nelle strategie di tutela dei lavoratori nonché di buona parte dei cittadini, oggi nel mondo intero. L'interconnessione profonda delle economie così come dei mercati al momento esistente non sembrerebbe reversibile: sperando non susciti «regressioni» distruttive quale, secondo una nota teoria, rappresentò lo stesso fascismo negli anni venti e trenta del secolo scorso (42). Le com-

(41) Cfr. U. Romagnoli, *La Costituzione delegittimata*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 1537.

(42) Così K. Polanyi, *La grande trasformazione*, New York, 1944, Einaudi, Torino, 1974. Il rischio è peraltro ritenuto sussistente da R. Dahrendorf, *op. cit.*, p. 80, e J. Habermas, *La costellazione postnazionale*, Feltrinelli, Milano, 1999, p. 65.

plesse dinamiche in tal modo emergenti non possono tuttavia essere completamente lasciate a sé stesse ovvero – più probabilmente – a sapienti nonché (più o meno) occulti indirizzi: altrimenti si produrrebbe un tendenziale azzeramento dei sistemi di protezione sociale, a vantaggio di un numero straordinariamente ristretto (se paragonato agli esclusi) di privilegiati.

In molti, anche appartenenti all'area di pensiero liberale, stanno oggi sottolineando i rischi dei contemporanei processi di globalizzazione (43). Risulta allora singolare che il principale fattore responsabile di tendenze, ritenute negative e di auspicabile superamento, quasi neanche compaia in analisi critiche settoriali, ma dense di capacità rivelatrici, come quelle concernenti, ad esempio, il diritto del lavoro (44).

In effetti pare difficile negare che la globalizzazione dei processi economici risulti componente strutturale – per citare linguaggio desueto ma chiaro – e in ogni caso decisiva e condizionante, dei fenomeni contemporanei qui analizzati, li si apprezzi o meno. La «svolta» oltre (una certa modalità di concepire e impiegare) la flessibilità, oggi da più parti auspicata, non può allora evitare di confrontarsi con il problema del governo della globalizzazione. A partire da una rinnovata considerazione del ruolo dello Stato-Nazione, che continua a sussistere (sia pur per pochi paesi); a maggior ragione delle alleanze sovranazionali di Stati, prima tra le quali l'Unione europea, potenzialmente decisiva in considerazione dell'importanza economica dei propri componenti. Può altresì auspicarsi che comprenda e aderisca a tale logica, prima che ne sia fondamentalmente «azzerato» il potere, il sindacato dei lavoratori (45).

Per quanto la prospettiva in oggetto appaia allora oggi lontanissima e astratta, se non addirittura eversiva (e ciò dice già molto sul pesante condizionamento ideologico esistente), occorre cominciare a confrontarsi da subito con essa.

---

(43) V. i riferimenti in A. Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in q. *Riv*., 2005, I, nonché in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., pp. 980 ss.

(44) Cfr., tuttavia, U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, in *LD*, 2003, pp. 569 ss., e M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1999, pp. 24 ss.

(45) Cfr. Lassandari, *op. ult. cit*. Vedi, però, L. Zoppoli, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro A.I.D.L.A.S.S. tenutesi a Lecce, il 27-28 maggio 2005, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 89 ss.

Altri scenari ricostruttivi, compatibili con le indicate ipotesi di riforma, risultano convincenti solo in parte e comunque non sembrano in grado di cogliere il «nodo» decisivo, nella serie di cause ed effetti. Ci si riferisce in particolare all'ipotesi di «conversione» dell'economia nazionale, nel senso di favorire un transito quanto ai modelli di competitività: dagli attuali e storici, basati sul basso costo del lavoro (nonché, prima dell'euro, su di una moneta debole), ai futuri incentrati invece, mediante investimenti in ricerca e formazione del personale, sulla qualità dei prodotti nonché sull'aggiornamento dei processi produttivi (46).

Non vi è dubbio sul fatto che questa mutazione – o forse vera e propria metamorfosi – sarebbe oltre modo auspicabile, e quindi vada perseguita. A parte però la considerazione che l'evoluzione in oggetto non è affatto semplice né rapida (apparendo quindi piuttosto discutibile ritenerla realizzata, sulla base di meri auspici e intendimenti), non sembra neanche così sicuro che il sistema sociale ed economico sarebbe in conseguenza messo al riparo dai «vincoli» generati dalla «libera» competizione globale. È opportuno, in effetti, riflettere sui problemi oggi emergenti (senz'altro quanto alla tutela dei lavoratori e al radicamento sindacale) anche presso economie tradizionalmente molto forti – e che già si sono espanse, esattamente al contrario dell'italiana, impiegando una moneta particolarmente competitiva nonché garantendo elevati salari – quali la tedesca.

(46) Cfr., da ultimo, T. Treu, *Per un nuovo programma di politiche del lavoro*, in *Dopo la flessibilità, cosa?*, *op. cit.*, pp. 377 ss.

Luigi Menghini (*)

PRECARIETÀ DEL LAVORO E RIFORMA DEL CONTRATTO A TERMINE DOPO LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. La funzione della giurisprudenza contro la liberalizzazione del ricorso al lavoro a termine. — 2. Il silenzio dell'accordo separato e i timori dei giuslavoristi di sinistra. — 3.a) Giurisprudenza e permanente eccezionalità del contratto a tempo determinato. — 4.b) Giurisprudenza e carattere oggettivo e temporaneo delle «ragioni» per cui si può assumere a termine *ex* art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001. — 5.c) Giurisprudenza e conseguenze dell'apposizione del termine in difetto dei requisiti richiesti. — 6.d) Giurisprudenza europea e possibilità di successive assunzioni a termine intervallate da più di 10 o 20 giorni. — 7. Riforma del 2001 ed effetti sulla interpretazione della disciplina pregressa. — 8. Le pronunce della Corte di Giustizia e le possibili iniziative dei lavoratori. — 8.1. Carattere temporaneo delle «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01. — 8.2. Conseguenze dell'illegittimità delle successive assunzioni di carattere fraudolento. — 8.3. Le conseguenze delle successive assunzioni di dipendenti pubblici. — 8.4. Clausola di non regresso e difese davanti al Tribunale di Rossano. — 9. La precarietà deriva dalla riforma del lavoro a termine?

1. — *La funzione della giurisprudenza contro la liberalizzazione del ricorso al lavoro a termine* — Uno dei principale obiettivi che l'Unione si era posta nel corso della recente campagna elettorale era costituito dalla lotta contro la precarietà del lavoro; situazione ormai molto diffusa e considerata un male per i possibili effetti negativi sia sulla professionalità che sulla maturazione personale soprattutto dei giovani, costretti a rimanere nella casa dei genitori e impediti a formarsi una famiglia e ad avere qualsiasi progetto per il futuro (1). Appena vinte le elezioni, nel corso della formazione del nuovo governo, la C.G.I.L. e alcune formazioni della sinistra hanno ritenuto che la lotta alla precarietà richiedesse l'immediata abrogazione della non meglio definita «Legge Biagi». I giuslavoristi di sinistra hanno subito opportunamente puntualizzato che il problema della precarietà non richiedeva la semplice a-

(*) Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Trieste.

(1) Sui tanti effetti negativi della precarietà v., ad es., Baiani, *Mi spezzo ma non mi impiego*, Einaudi, Torino, 2006.

brogazione della «Legge Biagi», ma un intervento normativo più complesso e innovativo: si è chiarito, infatti, che la precarietà è prodotta non solo dal d.lgs. n. 276 del 2003, ma anche dal d.lgs. n. 368 del 2001 sul lavoro a termine e dal d.lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro a tempo indeterminato (2). Anzi, si è sostenuto che il d.lgs. n. 368 del 2001, al quale sarebbe ascrivibile «la quasi-totale libreralizzazione del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato», ha probabilmente prodotto la proliferazione del lavoro precario di questi ultimi anni molto di più di quanto non abbia fatto il d.lgs. n. 276 del 2003 (3). Mi riservo di affrontare questa seconda questione alla fine di questo scritto. Prima di essa bisogna, infatti, stabilire se davvero il decreto n. 368 del 2001 ha provocato la quasi-liberalizzazione del ricorso al lavoro a termine. Sul punto ritengo, attraverso l'analisi della giurisprudenza di questi anni, comprese le ultime sentenze della Corte di Giustizia, che la riforma del contratto a termine del 2001, pur consentendo indubbiamente un maggior ricorso al contratto a tempo determinato, laddove ha sostituito il sistema della tassatività delle causali ammesse con una formula generale, non ha assolutamente prodotto una quasi liberalizzazione dell'istituto, il quale per i giudici può essere utilizzato solo in presenza di rigorosi requisiti sostanziali e formali: la differenza con il sistema normativo precedente è innegabile, ma non è poi tanto grande.

2. — *Il silenzio dell'accordo separato e i timori dei giuslavoristi di sinistra* — Sia ben chiaro: non difendo il d.lgs. n. 368/01, che considero un pessimo atto normativo, frutto di un accordo separato molto equivoco e compromissorio in quanto pieno di silenzi su aspetti decisivi della disciplina della materia (4). I più importanti di questi silenzi concernono: a) il mantenimento o no del carattere eccezionale del lavoro a termine; b) la necessità o no che le «ragioni» per cui si assume a tempo determinato debbano essere di carattere temporaneo; c) la con-

(2) V., in particolare, Carabelli, *Leggi sul lavoro, ricominciamo da cinque*, in www.eguaglianzaelibertà.it/articolo.asp?id=620, maggio 2006. Dopo questo chiarimento anche da parte della C.G.I.L. si è detto che non si alludeva a una abrogazione in senso tecnico-giuridico, ma a una profonda modifica e a un superamento delle disposizioni della «Legge Biagi» produttrici di precarietà.

(3) Idem, p. 2. Similmente v. anche Roccella, *La politica del lavoro oltre i «cento giorni»*, *ivi*, luglio 2006.

(4) Di soluzione «opaca e compromissoria» parla Tursi, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e di lavoro a termine*, in *RIDL*, 2002, I, p. 470.

figurabilità o no delle conseguenze dell'illegittimità del contratto a tempo determinato in termini di conversione del rapporto; d) la legittimità o no (e se no con quali conseguenze) delle successive assunzioni a termine intervallate da più di 10 o 20 giorni. Tanti sono questi silenzi che mi viene da pensare che la decisione di concludere, malgrado il disaccordo sugli aspetti più rilevanti, sia stata presa per ragioni politiche di carattere generale che hanno spinto C.I.S.L. e U.I.L. a raggiungere un'intesa a tutti i costi.

Di fronte a questi silenzi, i giuslavoristi di sinistra hanno fatto bene a evidenziare tutti i pericoli che sarebbero derivati per i lavoratori quando l'accordo fosse stato recepito in un decreto legislativo (5). E in effetti, una volta emanato, se il decreto fosse stato interpretato dalla giurisprudenza seguendo le indicazioni fornite da una dottrina minoritaria, e cioè nel senso di un sensibile ridimensionamento del significato dei requisiti richiesti e delle conseguenze della loro assenza, i lavoratori avrebbero perso delle garanzie fondamentali e la partita si sarebbe dovuta giocare davanti alla Corte di Giustizia e alla Corte Costituzionale, facendo valere la violazione delle norme dell'Accordo quadro europeo recepito dalla Direttiva n. 1999/70/Ce e in particolare della clausola di non regresso. *Questo esito, tuttavia, è stato scongiurato* sia dalla giurisprudenza italiana, che, in misura di gran lunga prevalente e seguendo le indicazioni della dottrina maggioritaria, ha interpretato il decreto in combinazione con la direttiva, giungendo a configurare limiti ancora importanti all'utilizzo dell'istituto, sia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Vediamo come ciò è avvenuto in relazione ai quattro silenzi sopra indicati.

3.a) — *Giurisprudenza e permanente eccezionalità del contratto a tempo determinato* — Poiché il decreto n. 368/01 non riporta il frammento di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge n. 230 del 1962, per il quale «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate», nulla dicendo sul punto, si è discusso se la riforma abbia reso il contratto a termine e quello a tempo indeterminato del tutto equivalenti tra loro ovvero se la stessa, pur introducendo importanti novità, non abbia toccato il rapporto di regola ed eccezione da tanto tempo corrente tra di essi.

(5) V., per tutti, Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine,* in www.cgil.it/giuridico, 2001.

Le risposte al quesito sono duplici in dottrina e univoche in giurisprudenza. Per una prima opinione dottrinale, invero, il nuovo decreto avrebbe l'effetto di impedire il mantenimento della configurazione dei rapporti tra le due tipologie contrattuali come rapporti di regola ed eccezione (6) e di rendere il contratto a termine figura realmente alternativa e non più subalterna rispetto al contratto *sine die*, anche se rimangono, se pur attenuati, i vincoli quantitativi per arginare una incontrollata diffusione dell'istituto (7) ovvero anche se il contratto a tempo indeterminato resta il modello di riferimento (8). La negazione della permanenza del precedente rapporto di regola ed eccezione viene anche fondata sulla considerazione per la quale ormai tutte (o quasi) le nuove forme di lavoro presentano il connotato di una durata temporanea limitata, il lavoro *sine die* non costituendo più la figura assolutamente dominante (9). Tale negazione (e la conclusione per la quale il contratto a termine non può più essere considerato un contratto speciale) da altri viene basata sul fatto che oggi le ragioni richieste a giustificazione dell'apposizione del termine non devono avere indefettibilmente il requisito della temporaneità (10). In questo ambito vi è pure chi ritiene che con il nuovo decreto il lavoro a termine è divenuto da fattispecie eccezionale a fattispecie secondaria (11) e chi afferma che con il decreto stesso è scomparso quel pregiudizio nei confronti del contratto a termine che ne faceva il figlio di un dio minore, uno strumento da maneggiare con cautela e sospetto, perché potenzialmente lesivo degli interessi dei lavoratori: ora le due tipologie contrattuali sarebbero del tutto parallele – l'una destinata a soddisfare certe esigenze, l'altra destinata a soddisfarne altre, quelle di carattere temporaneo – e il termine non fungerebbe più da elemento accidentale del contratto (12).

---

(6) Bianchi D'Urso, Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, pp. 118 e 121.

(7) Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, 2002, p. 46.

(8) Biagi, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di Biagi, Milano, 2002, p. 18.

(9) Montuschi, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *DLRI*, 2003, p. 152.

(10) Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2002, p. 180.

(11) Sandulli, *Spunti sull'interrogativo primario del nuovo contratto a termine: l'intrinseca temporaneità del presupposto*, in *DL*, 2002, I, p. 66.

(12) Romei, *Spunti sul termine, temporaneità e tipo contrattuale*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, p. 532.

Per una seconda opinione, invece, con l'avvento del d.lgs. n. 368/01 non sarebbe venuto meno né lo sfavore nei confronti del contratto di lavoro a tempo indeterminato (13) né il rapporto tra le due tipologie contrattuali come regola/deroga o eccezione (14), con la conseguenza che le figure stesse non sarebbero nemmeno oggi pienamente fungibili tra di loro (15).

Questo secondo indirizzo è stato fatto proprio da tutta la giurisprudenza che ha affrontato il problema, la quale ha affermato che il d.lgs. n. 368/01 ha ripetuto l'impostazione propria della legge n. 230 del 1962 e ha rispettato quella propria della direttiva europea, considerando ancora il contratto di lavoro a termine come una deroga o un'ecce-

---

(13) Viscomi, *Intervento,* in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., p. 219; Mazziotti, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 2005, p. 139.

(14) Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, pp. 378-379; Mazziotti, *Limiti alla flessibilità*, Relazione svolta al convegno di Trieste del 6 ottobre 2001, p. 7; Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2001, p. 918; Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del lavoro a termine*, in *RIDL*, 2001, I, p. 369; Menghini, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di Menghini, Milano, 2002, p. 26; De Angelis, *Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, cit., p. 126; Romeo, *I limiti percentuali di lavoratori a termine rispetto al numero dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato ed i casi di esclusione*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, cit., p. 195; Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *RIDL*, 2002, II, p. 16; De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *FI*, 2002, V, 96; Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, p. 617; Pera, *Diritto del lavoro,* Padova, 2003, p. 375; Speziale, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., pp. 429 ss.; Menghini, in Menghini, Nunin, *Il lavoro a termine*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 15, I, II ed., Torino, 2004, p. 824; Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, p. 364. Per Foglia, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, Intervento svolto al convegno organizzato dall'Ordine degli avvocati in Roma il 14 febbraio 2006, p. 3 del dattiloscritto, il contratto a termine è un sottotipo rispetto al contratto a tempo indeterminato.

(15) Altavilla, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano, 2001, p. 241; Papaleoni, *op. loc. cit.*; Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, p. 309; Dondi, *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *LG*, 2002, p. 33; Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., p. 92; Proia, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., p. 163; Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Schlesinger, Milano, 2003, p. 405.

zione rispetto alla regola del contratto *sine die* (16). A volte i giudici negano espressamente che la nuova normativa abbia l'effetto di equiparare le due tipologie contrattuali in esame e sottolineano come una simile equiparazione comunque contrasterebbe con la direttiva europea (17). Anche la Cassazione, in un noto *obiter dictum*, ha affermato che *la tendenza legislativa della progressiva apertura nei confronti del lavoro a termine ha trovato un limite nella direttiva europea* (in particolare nel punto in cui questa afferma che il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuisce alla qualità della vita dei lavoratori e ad accrescerne il rendimento), *limite ripreso dal fondamento stesso del decreto legislativo n. 368 del 2001 il quale*, richiedendo per l'apposizione del termine un atto scritto e motivato e restringendo la possibilità di proroghe, *esprime un principio sottinteso, quello per il quale il contratto di lavoro a termine costituisce una deroga alla regola generale del contratto di lavoro a tempo indeterminato* (18). Questo orientamento è stato in seguito ribadito dalla Corte in una sentenza in cui in modo ancora più esplicito si afferma che il decreto in questione introduce una riforma «nel segno di una minore rigidità (ma non certo di una liberalizzazione)» (19).

Questo secondo indirizzo pare quello fondato. Esso non è il frutto dell'incapacità di guardare avanti e di scrollarsi di dosso la vecchia disciplina, ma soltanto il frutto della considerazione del dato normativo, senza confondere la disciplina vigente con una disciplina auspicata e desiderata, ma inesistente. È chiaro, infatti, che solo la piena liberalizzazione del ricorso al lavoro a termine avrebbe potuto porre le due tipologie contrattuali di cui si discute sullo stesso piano, rendendole perfettamente alternative quali strumenti da potersi utilizzare entrambi in

(16) Trib. Arezzo 14 giugno 2002, in *RFI*, 2003, *Lavoro (rapporto)*, 917; Corte d'App. Salerno 18 settembre 2002, in *LG*, 2003, p. 188; Trib. Milano 31 ottobre 2003, in *D&L*, 2003, p. 936; Trib. Milano 13 novembre 2003, in *D&L*, 2003, p. 937; Corte d'App. Milano 9 dicembre 2003, in *D&L*, 2004, p. 78; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in *D&L*, 2004, p. 325; Trib. Milano 25 novembre 2004, in *D&L*, 2005, p. 152; Trib. Firenze 30 dicembre 2004, in *OGL*, 2005, p. 422; Trib. Monza 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, p. 152; Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *ADL*, 2006, p. 260; Corte d'App. Firenze 27 maggio 2005, in *RGL News*, 2005, n. 3, p. 15; Trib. Genova 16 settembre 2005, in *RGL News*, 2005, n. 6, p. 12; Trib. Catania 25 gennaio 2006, in *RGL News*, 2006, n. 1, p. 21.

(17) Trib. Milano 13 novembre 2003, in *D&L*, 2003, p. 937; Corte d'App. Firenze 27 maggio 2005, cit.

(18) Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 49.

(19) V. Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858.

piena libertà. Questa piena liberalizzazione, invece, non è avvenuta: è stata bloccata dalla Corte Costituzionale; sarebbe stata macroscopicamente incompatibile con l'accordo europeo e non ha trovato attuazione nel decreto del 2001. Quest'ultimo, infatti, continua a richiedere, solo per il contratto a termine e non per il contratto a tempo indeterminato, la sussistenza di condizioni sostanziali e formali: ne vieta l'utilizzo in alcune ipotesi, ne limita la prorogabilità e la ripetizione, mostrando anche nella disciplina di altri aspetti (limiti quantitativi e diritti di precedenza nelle riassunzioni da concordarsi in sede sindacale, formazione per i lavoratori a termine finalizzata alla conquista di posti stabili, informazioni da dare sull'esistenza di possibilità di occupazione duratura in azienda, monitoraggio sindacale sull'utilizzo dell'istituto in ogni azienda) che nella normativa vigente permane, pur se attenuato rispetto alla normativa pregressa, un atteggiamento di sfavore nei confronti del lavoro a termine, considerato ancora come uno strumento da guardare con diffidenza e sospetto per la condizione negativa di precarietà in cui pone il lavoratore e, quindi, da controllare e limitare, similmente a quanto avviene nell'ambito della direttiva europea.

L'inesistenza di una completa liberalizzazione risulta anche dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, da un lato, considerando un unico e isolato contratto a termine, ha ritenuto contrastare con la direttiva europea che vieta le discriminazioni basate sull'età una legge tedesca che autorizza senza alcuna restrizione la stipula di contratti a tempo determinato solo in relazione a una certa età del lavoratore (20); dall'altro, considerando una successione di contratti, ha considerato contrastante con l'Accordo quadro europeo sul lavoro a termine una normativa greca che definisce «successivi» soltanto i contratti stipulati entro 20 giorni e ammette ogni tipo di successione di contratti purché prevista dalla legge nazionale (21).

4.b) — *Giurisprudenza e carattere oggettivo e temporaneo delle «ragioni» per cui si può assumere a termine* ex *art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001* — Se le «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01 sono ragioni tecniche, produttive e organizzative, dovrebbe essere abbastanza scontato che le stesse, per legittimare l'apposizione del termine, devono avere carattere oggettivo. Questa conclusione è fatta

(20) V. Corte di Giustizia (Grande Sezione) 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in q. *Riv.*, 2006, II, p. 205.

(21) V. Corte di Giustizia (Grande Sezione) 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*.

propria da quasi tutta la dottrina (22) e pure l'opinione che nega la necessità del carattere della temporaneità non si scosta dal richiedere il carattere dell'oggettività delle «ragioni» in questione (23). In effetti il nuovo decreto ammette l'apposizione del termine per causali oggettive nell'art. 1, comma 1, e nelle particolari ipotesi di cui agli artt. 2 e 10, comma 5, e per causali soggettive nelle ipotesi richiamate nell'art. 10 (dirigenti, operai agricoli, lavoratori in mobilità, pensionati). La distinzione è netta e chiara e questo è un ulteriore punto in cui la nuova disciplina è più restrittiva di quella precedente, dato che quest'ultima ammetteva le assunzioni a termine per causali soggettive in modo più ampio, e cioè anche nei casi disciplinati dall'Accordo interconfederale del 1988, accordo che ormai ha perso vigore, di modo che oggi le assunzioni a termine per causali soggettive sono solo quelle previste legislativamente (24).

Anche la Suprema Corte, in alcuni *obiter dicta*, ha mostrato di attribuire carattere oggettivo alle «ragioni» di cui si discute, rinvenendo una conferma della sua interpretazione dell'art. 23 della legge n. 56 del 1987 nel senso della possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre ipotesi di carattere soggettivo nello *ius superveniens* costituito dal d.lgs. n. 368/01: le ipotesi di legittima apposizione del termine, invero, quando venivano individuate dalle parti sociali, potevano essere anche di carattere soggettivo, dato che il controllo sindacale garantiva la tutela del lavoratore, mentre nel sistema attuale, in mancanza di predeterminazione eteronoma, tale tutela è affidata al carattere oggettivo delle ipotesi ammesse e dal loro controllo *ex post* (25). Infondata pare, viceversa, la soluzione di un giudice di merito che ha considerato priva del necessario carattere dell'oggettività una «ragione» costituita dal-

(22) Centofanti, *op. cit.*, p. 918; Papaleoni, *op. cit.*, p. 379; Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 182; Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2002, p. 546; Angelini, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *LG*, 2002, Perulli, *op. cit.*, p. 92.

(23) Vallebona, Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 25; Trib. Roma 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 706; Circolare Ministero del lavoro 1° agosto 2002, n. 42.

(24) Si è esattamente affermato che così facendo il legislatore ha sacrificato dosi apprezzabili di flessibilità certa e di certezza del diritto in cambio dell'introduzione di una formula generale così equivoca da poter essere interpretata dai giudici in modo sia ampio che restrittivo (v. Turci, *op. cit.*, p. 471).

(25) V. Cass. 6 settembre 2003, n. 13044, in *MGL*, 2004, p. 93; Cass. 2 marzo 2006, n. 4588; anche Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, in *LG*, 2004, p. 1283, e Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *ADL*, 2006, p. 260, hanno richiesto il requisito dell'oggettività.

la sperimentazione di un nuovo modello organizzativo basato sulla «internalizzazione» del servizio di sorveglianza di un museo, prima affidato all'esterno a una cooperativa, dato che la sperimentazione sul piano organizzativo consentita dal decreto del 2001 deve attenere esclusivamente a elementi oggettivi e non a risorse umane e a prestazioni personali (26). A mio avviso, invece, anche la sperimentazione basata su una «internalizzazione» di servizi prima affidati all'esterno ha carattere oggettivo, in quanto attiene all'organizzazione aziendale e non a qualità o condizioni in cui si trovano determinati soggetti, con la conseguenza che se è predefinita nel tempo può legittimare l'apposizione del termine.

Se vi è un largo consenso sull'esigenza che le «ragioni» abbiano carattere oggettivo, più discusso è il punto relativo alla necessità che le stesse abbiano anche il carattere della temporaneità. Per una prima tesi la generica formula usata dal legislatore non richiederebbe che le «ragioni» per cui si procede alla stipula del contratto di lavoro a termine debbano per forza di cose essere temporanee, ciò derivando anche da varie ragioni sistematiche (27). Va anche sottolineato che a volte a essere negata è una temporaneità ontologica (28) o intrinseca (29). Per una seconda tesi, invece, le «ragioni» di cui si discute per legittimare l'apposizione del termine al contratto di lavoro devono essere temporanee ovvero limitate nel tempo (30). Non è questa la sede per poter analizzare

(26) V. Trib. Milano 18 luglio 2003, in *D&L*, 2003, p. 937.

(27) Roccella, *op. cit.*, p. 3; Vallebona, Pisani, *op. cit.*, pp. 25 ss.; Sandulli, *op. cit.*, p. 66; Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 179; Tiraboschi, *Apposizione del termine,* in *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di Biagi, Milano, 2002, p. 103; Menghini, *La nuova disciplina del contratto a termine*, cit., p. 31; Bianchi D'Urso, Vidiri, *op. cit.*, pp. 120 ss.; Biagi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II ed., continuata da Tiraboschi, 2003, Milano, p. 156; Menghini, in Menghini, Nunin, *op. cit.*, p. 829; Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro. II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2005, p. 577.

(28) Bianchi D'Urso, Vidiri, *op. cit.*, p. 121.

(29) Sandulli, *op. cit.*, p. 66.

(30) Lambertucci, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *ADL*, 2001, p. 530; Carabelli, *Intervento* al seminario sulla nuova legge in materia di contratto a termine promosso dal C.E.S.R.I., Roma, 22 ottobre 2001, in www.unicz.it/lavoro/carabelli_368.htm., p. 9; Centofanti, *op. cit.*, pp. 918-919; Ruggiero, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della Direttiva Ce 99/70*, in *GL*, 2001, n. 41, p. VI; Papaleoni, *op. cit.*, p. 379; Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., p. 380; Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *DL*, 2002, I, p. 32; Angelini, *op. cit.*, p. 613; Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002, p. 40; Dondi, *op. cit.*, p. 33; Salvatori, *La giustificazione del*

funditus gli argomenti su cui si basano queste opinioni. È sufficiente rilevare come la seconda tesi sia quella da seguire. In precedenti studi sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 368/01 ho sostenuto che il decreto consente l'apposizione del termine in presenza di «ragioni» sia temporanee che permanenti, e avevo tratto questa conclusione dall'analogo significato che attribuivo all'accordo europeo per quanto concerne il primo contratto a termine (31). Rimeditando sul significato dell'accordo europeo, sono, tuttavia, giunto alla conclusione per la quale l'intesa limita la possibilità di stipulare il primo contratto a tempo determinato, vincolando gli Stati membri nel senso che i loro ordinamenti possono ammettere il lavoro a termine purché giustificato o da causali oggettive (che possono essere più ampie o più strette, bastando che si differenzino dalle ragioni per le quali solitamente si ricorre al lavoro stabile) o da causali soggettive, e cioè in relazione a qualità o condizioni in cui si trovi il lavoratore da assumere, essendo, invece, precluso agli Stati membri lasciare che al primo contratto si possa addivenire a piacimento, del tutto liberamente, così come si può addivenire al contratto di lavoro *sine die*. Queste conclusioni mi inducono ora a mutare opinione anche per quanto concerne l'interpretazione dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01: se dall'Accordo europeo recepito nella Direttiva n. 1999/70 deriva l'indicazione per la quale l'apposizione del termine può avvenire per causali oggettive o soggettive, ma con la precisazione che quelle oggettive non possono coincidere con le ragioni per le quali si può assumere anche a tempo indeterminato, si deve per forza ritenere che l'interpretazione del su indicato art. 1, comma 1, che voglia essere coerente con la disciplina comunitaria, è quella che lo intende, pur nel silenzio della

---

termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di Perone, Torino, 2002, pp. 34-52; Piccinini, *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *ADL*, 2002, p. 197, nota 14; Mazzotta, *op. cit.*, p. 310; Del Punta, *op. cit.*, p. 547; M. Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di Garilli e Napoli, Torino, 2003, p. 55; Perulli, *op. cit.*, pp. 90 ss.; Proia, *op. cit.*, p. 164; Cester, *Intervento*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., pp. 212-213; Viscomi, *op. cit.*, p. 331; Romei, *op. cit.*, p. 532; Speziale, *Il contratto a termine*, cit., p. 430; Lassandari, *La durata del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, Torino, 2004, 15, I, pp. 451-452; Mazziotti, *Nozioni di diritto del lavoro*, cit., pp. 141-142; Ludovico, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*, in *ADL*, 2006, p. 270.

(31) Menghini, *La nuova disciplina del contratto a termine*, cit., p. 31; Menghini, in Menghini, Nunin, *op. cit.*, p. 829.

lettera della norma, come tale da ammettere il contratto a tempo determinato solo in presenza di «ragioni» di carattere temporaneo (32).

Questa conclusione, peraltro, trova conforto in tutta una serie di argomenti di carattere sistematico derivanti dalla considerazione di altre norme del d.lgs. n. 368/01, già evidenziati dalla dottrina. In effetti, se fosse possibile assumere a termine anche per ragioni tecniche, produttive od organizzative indeterminate nel tempo, e cioè tali da poter durare anche vari decenni, non avrebbero senso tutti i limiti posti dall'art. 4 del decreto alla possibilità di prorogare il contratto, specie quello relativo al vincolo dei tre anni, né quelli posti dall'art. 5 alla prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine e alla riassunzione ravvicinata del tempo. Ma è pure fondato sottolineare come, se fosse possibile assumere a termine anche in presenza di «ragioni» indeterminate nel tempo e continuative, non avrebbe senso esigere che le stesse siano specificate nel contratto o ipotizzare alcun controllo sulle medesime.

Va precisato, peraltro, che la temporaneità delle «ragioni» di cui si discute è diversa dalla temporaneità delle ipotesi tassative di cui alla legge n. 230 del 1962: la prima, infatti, è una temporaneità non intrinseca e ontologica, come era quella che caratterizzava le originarie ipotesi di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 230 del 1962, ma una temporaneità che può derivare anche da scelte organizzative imprenditoriali e che inoltre non deve necessariamente connotarsi anche dei caratteri della straordinarietà, occasionalità, imprevedibilità e non ripetitività (33). La temporaneità, inoltre, deve sussistere solo nel momento della stipula del contratto, potendo poi anche venir meno (34).

Sul punto in giurisprudenza vi sono solo degli *obiter dicta*. La maggior parte delle sentenze affermano che le «ragioni» in parola devono ancorarsi a specifiche esigenze temporanee (35) ovvero debbano qualificarsi con

---

(32) Per Foglia, *op. cit.*, p. 4, il carattere temporaneo delle «ragioni» di cui si discute deriva anche dall'interpretazione dell'Accordo europeo, e in particolare dalla clausola 3.1.

(33) In tal senso v. anche Centofanti, *op. cit.*, p. 918; Hernandez, *op. cit.*, p. 32; M. Marinelli, *op. cit.*, p. 56; Salvatori, *op. cit.*, p. 51; Perulli, *op. cit.*, p. 93; Viscomi, *op. cit.*, p. 221; Proia, *op. cit.*, pp. 165-166; Speziale, *Il contratto a termine*, cit., p. 434; Ludovico, *op. cit.*, p. 272.

(34) In tal senso v. già Del Punta, *op. cit.*, p. 549; Proia, *op. loc. cit.*; Mazziotti, *op. ult. cit.*, p. 141.

(35) Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in *D&L*, 2004, p. 325; Trib. Firenze 30 dicembre 2004, in *OGL*, 2005, p. 422; Trib. Catania 25 gennaio 2006, in *RGL News*, n. 1, p. 21.

i connotati della «strutturale temporaneità» (36); non mancano, peraltro, pronunce che ammettono ipotesi nelle quali l'occasione di lavoro non è temporanea ma permanente, purché sussistano esigenze connesse a un oggettivo interesse aziendale (37) ovvero purché si tratti di ragioni oggettive e verificabili in concreto (38). Vi è l'impressione, tuttavia, che quando queste pronunce respingono l'esigenza di temporaneità rifiutino non la temporaneità «leggera», ma solo quella intrinseca.

La tesi della temporaneità delle «ragioni» per cui si assume a termine ha trovato di recente una conferma, se pure indiretta, nella sentenza della Corte di Giustizia del luglio scorso (39). Chiamata a interpretare il requisito delle «ragioni obiettive» al quale gli Stati membri possono condizionare la successone di contratti a termine, a mente della lett. *a* del n. 1 della clausola 5 dell'accordo europeo, la Corte, dopo aver richiamato i passi del preambolo e delle considerazioni generali dell'accordo che affermano che i rapporti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, mentre i contratti a termine rispondono alle esigenze delle parti soltanto in alcune circostanze, precisa che per dette ragioni si devono intendere «circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività […] tali da giustificare in tale particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro».

Dalle parole della Corte emerge che le ragioni che possono giustificare la successione dei contratti possono essere legate o al tipo di attività da svolgere o a condizioni soggettive in cui si trovano i lavoratori. Il tipo di attività o di funzioni da svolgere idoneo a giustificare la stipula di un ulteriore contratto a termine non può che essere temporaneo, e cioè limitato nel tempo. È vero che tutto ciò viene espressamente affermato per «l'ulteriore», e non per il primo, contratto a tempo determinato, ma se dall'insieme della direttiva si ritiene di poter evincere, come si è detto

(36) Corte d'App. Firenze 27 maggio 2005, cit.

(37) Trib. Roma 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 706.

(38) Trib. Pavia 12 aprile 2006, in *ADL*, 2006, p. 260.

(39) V. la sentenza del 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*. La sentenza, insieme a quelle del 7 settembre 2006 C-53/04 e C-180/04, è pubblicata in questo fascicolo nella sezione *Giurisprudenza*, pp. 601 ss.

più sopra, che gli Stati non possono lasciare le parti del tutto libere di addivenire al primo contratto, dovendo, invece, porre dei limiti, anche molto ampi, sul piano oggettivo o soggettivo, la sentenza in esame pare confermare che anche con riguardo al primo contratto i limiti oggettivi vanno intesi nel senso della temporaneità delle esigenze dell'impresa.

5.c) — *Giurisprudenza e conseguenze dell'apposizione del termine in difetto dei requisiti richiesti* — Il terzo punto sul quale il d.lgs. n. 368/01 tace del tutto è quello relativo alle conseguenza dell'illegittimità dell'apposizione del termine. In dottrina sulla questione si è molto discusso. Per una prima tesi, mancando nell'attuale disciplina una norma per la quale la regola è costituita dal rapporto a tempo indeterminato, la stipula di un contratto al di fuori delle condizioni richieste comporterebbe non la trasformazione del rapporto, ma soltanto l'applicazione del principio generale della nullità del contratto contrario a norma imperativa (art. 1418 cod. civ.), con la precisazione, tuttavia, che dalla nullità della sola clausola di apposizione del termine si potrebbe facilmente passare alla nullità dell'intero contratto in considerazione della possibilità per il datore di lavoro di allegare e comprovare, in virtù della regola della nullità parziale di cui all'art. 1419, comma 1, cod. civ., di non aver voluto concludere il contratto senza il termine nullo (40). Per questa opinione l'applicabilità dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. deriverebbe dal fatto che nel contesto dell'attuale disciplina non sarebbe più rinvenibile la norma imperativa destinata a sostituire di diritto la clausola invalida, dato che sarebbe venuta meno la presunzione di indeterminatezza nel tempo del rapporto di lavoro.

Per una seconda tesi, nettamente maggioritaria, invece, anche dopo l'emanazione del decreto in commento la conseguenza della stipula di un contratto a termine al di fuori delle condizioni richieste rimarrebbe la trasformazione dello stesso in un rapporto a tempo indeterminato (41).

---

(40) Vallebona, Pisani, *op. cit.*, pp. 35-36; Spadafora, *Gli effetti dell'accertamento in sede giudiziale della mancanza delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit., p. 67; Montuschi, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, cit., p. 156.

(41) Altavilla, *op. cit.*, p. 246; Pera, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine…*, cit., p. 2; Centofanti, *op. cit.*, p. 917; Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., p. 408; De Angelis, *Scadenza del termine e sanzioni…*, cit., p. 125; Idem, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FI*, 2002, V, 39; Menghini, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., p. 32; Ferraro, *op. cit.*, p. 47;

Anche in questo caso non è possibile esaminare tutti gli argomenti addotti da questi Autori a sostegno della loro opinione. La seconda soluzione sembra in ogni caso preferibile. Superabile, innanzi tutto, è la tesi per la quale nel contesto dell'attuale disciplina non sarebbe più rinvenibile la norma imperativa destinata a sostituire di diritto la clausola invalida, dato che sarebbe venuta meno la presunzione di indeterminatezza nel tempo del rapporto di lavoro: come s'è visto, invero, la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ritengono, con pieno fondamento, che l'attuale normativa in materia, costituita dalla direttiva comunitaria e dal decreto in commento, mantenga fermo il principio per il quale il lavoro a tempo indeterminato è la regola e quello a termine l'eccezione, ammesso solo con precisi limiti formali e sostanziali per proteggere il lavoratore. Vi è, poi, un argomento *a fortiori*: se in base al nuovo decreto deve considerarsi a tempo indeterminato il contratto a termine la cui durata si protragga al di là di quella concordata dalle parti e brevemente allungata dal legislatore, ovvero quello stipulato entro 10 o 20 giorni dalla cessazione di un precedente contratto, ovvero, ancora, quello che violi i requisiti formali, per forza di cose la stessa conseguenza deve essere applicata al caso in cui il termine non poteva alla radice essere apposto. L'argomento *a fortiori*, infine, viene corroborato da un ulteriore argomento, che afferma l'applicazione nella fattispecie del comma 2 dell'art. 1419 cod. civ. In proposito ritengo fondato sostenere che tale norma è stata introdotta per consentire la sopravvivenza del contratto quando, nella disciplina dello stesso, sono coinvolti interessi generali espressi da norme inderogabili, con la precisazione che la sostituzione della clausola nulla con la disciplina legale può avvenire anche in difetto di una espressa previsione legislativa in tal senso, potendo l'effetto legale sostitutivo della volontà delle parti essere ricavato in via interpretativa della disciplina legale inderogabile. In proposito va ricordato che la Corte Costituzionale, nella sentenza 11 maggio 1992 (42) ha sancito che l'art. 1419, comma 1, non trova applicazione quan-

---

Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 181; Balestrieri, *op. cit.*, p. 166; Ghera, *op. cit.*, p. 619; Mautone, *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 161; Cester, *op. cit.*, p. 213; Viscomi, *op. cit.*, p. 222; Speziale, *Il contratto a termine*, cit., p. 449; M. Marinelli, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 79; Ichino, *op. cit.*, p. 422; Menghini, in Menghini, Nunin, *op. cit.*, p. 833; Lassandari, *op. cit.*, p. 460.

(42) Vedila in *FI*, 1992, I, c. 3232.

do la nullità della clausola derivi dalla contrarietà a norme imperative poste a tutela del lavoratore, perché sarebbe irrazionale che dalla violazione di una norma imperativa posta a protezione del lavoratore derivi la liberazione del datore di lavoro da alcun vincolo contrattuale. Nel caso in esame a mio avviso siamo in presenza di una nullità per violazione di norme inderogabili di trattamento minimo, perché la normativa sul lavoro a termine, pur avendo ampliato la possibilità di ricorrere all'istituto per favorire l'occupazione, continua a limitarne l'utilizzo, vantaggioso per il datore di lavoro, per proteggere il lavoratore.

D'altra parte, se anche si volesse sostenere l'applicazione al caso in esame del comma 1 dell'art. 1419 cod. civ., non mi pare fondato ritenere che la conservazione del negozio senza la clausola nulla dipenda solo dalla prova che il datore di lavoro non avrebbe stipulato il contratto senza tale clausola. Per la Cassazione, invero, ai fini della decisione (che spetta al giudice di merito) se la nullità della singola clausola comporti la nullità dell'intero contratto oppure la nullità parziale della singola clausola con conservazione del contratto, bisogna individuare l'essenzialità o meno di detta clausola; essenzialità che va ricercata attraverso l'oggettiva ricostruzione della perdurante utilità del contratto (dopo la rimozione della clausola nulla) rispetto agli interessi con esso perseguiti (43). La valutazione dell'essenzialità della clausola nulla deve attenere,

(43) V., ad es., Cass. 11 agosto 1998, n. 7871. Di contrario avviso è andata, di recente, la Corte Costituzionale (v. Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283, in *MGL*, 2005, p. 736) che ha dichiarato non contrastante con i princìpi costituzionali la normativa che non prevedeva la conversione in contratto di lavoro a tempo pieno del contratto a tempo parziale privo della forma scritta *ad substantiam* per il fatto che alla fattispecie poteva applicarsi l'art. 1419, comma 1, cod. civ., ritenuto espressione di una esigenza di carattere generale di tendenziale conservazione del contratto, «sempre che la clausola nulla non risulti avere carattere essenziale per entrambe le parti del rapporto, nel senso che, in particolare, anche il lavoratore, il quale di regola aspira a un impiego a tempo pieno, non avrebbe stipulato il contratto se non con la clausola della riduzione di orario». Come si vede, per la Consulta si può giungere alla nullità dell'intero contatto solo se entrambe le parti del rapporto di lavoro non lo avrebbero stipulato senza la clausola nulla: per evitare, quindi, la caducazione dell'intero contratto, basta che il lavoratore provi che avrebbe stipulato il contratto anche se questo (per quanto qui interessa) fosse stato a tempo indeterminato. La soluzione della Consulta è molto favorevole per i lavoratori, ma si deve ribadire che, laddove riferisce la valutazione della essenzialità della clausola nulla non all'oggettivo regolamento contrattuale, ma alla soggettiva posizione di ciascuna delle parti, contrasta con un consolidato indirizzo dei giudici di legittimità (l'infondatezza della soluzione della Corte Costituzionale è ben colta da Vallebona, *La gabbia non è il sistema: la conversione legale dei lavori atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *MGL*, 2005, p.

quindi, alla congruità o alla giustificazione oggettiva del mantenimento del contratto senza la clausola invalida rispetto al complessivo contesto fattuale in cui il contratto è stato stipulato. Applicando questi princìpi al contratto a termine, ne deriva che, se la nullità della clausola dipende dal fatto che la «ragione» specificata in contratto è priva dei caratteri della temporaneità, il mantenimento del contratto senza la clausola nulla sarebbe del tutto congruo rispetto a una situazione in cui un posto a tempo indeterminato verrebbe coperto con un contratto *sine die*. Se, invece, la nullità della clausola deriva dalla mera assenza di specificazione della «ragione» nel contratto, di fronte a un'oggettiva esistenza di una occasione solo temporanea di lavoro, il contratto a tempo indeterminato non sarebbe congruo rispetto a questa situazione, con conseguente possibilità di giungere alla nullità dell'intero contratto.

La giurisprudenza italiana ha aderito quasi sempre alla tesi dottrinale maggioritaria. A volte, a dire il vero, i giudici nemmeno si soffermano sul problema delle conseguenze dell'illegittimità della clausola e dispongono immediatamente la trasformazione del rapporto (44). Quando, invece, i giudici di merito si soffermano sul punto, sostengono la tesi della conversione del rapporto usando tutti gli argomenti fatti valere in sede dottrinale. Viene innanzi tutto utilizzato l'argomento *a contrariis*, ritenendosi la soluzione in termini di conversione del rapporto coerente con le norme del decreto n. 368/01 che prevedono la conversione per difetto dei requisiti di forma o per la prosecuzione del rapporto o per le riassunzioni ravvicinate (45). Si afferma, in secondo luogo, che dalle espressioni usate dal decreto stesso («è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato…»: art. 1, comma 1; «l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa…»: art. 3, comma 1) si ricava che l'apposizione del termine costituisce una eccezione alla regola del rapporto a tempo indeterminato, con la conseguenza che quando man-

740). Non è detto, tuttavia, che utilizzando un criterio di valutazione oggettivo del requisito della essenzialità si giunga a soluzioni meno favorevoli per il lavoratore, come quelle che propongo nel testo e che mi paiono anche equilibrate e razionali.

(44) Trib. Milano 31 ottobre 2003, in *D&L*, 2003, p. 936; Trib. Milano 15 ottobre 2003, in *D&L*, 2003, p. 937; Trib. Milano 13 novembre 2003, in *D&L*, 2003, p. 937; Trib. Milano 21 aprile 2004, in *D&L*, 2004, p. 319; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, in *D&L*, 2004, p. 325; Trib. Firenze 30 dicembre 2004, in *OGL*, 2005, p. 422; Trib. Arezzo 14 giugno 2002, in *RFI*, 2003, *Lavoro (rapporto)*, p. 917.

(45) Corte d'App. Milano 9 dicembre 2003, in *D&L*, 2004, p. 78; Trib. Monza 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, p. 152.

cano i presupposti per detta apposizione il rapporto di lavoro deve naturalmente considerarsi a tempo indeterminato (46). Si sostiene, in terzo luogo, che la soluzione che porta alla nullità dell'intero contratto porterebbe immediatamente alla violazione della clausola di non regresso inserita nell'accordo europeo e a una illegittimità costituzionale per la negazione di ogni tutela giudiziale a beneficio del lavoratore (47). Si fa riferimento, infine, alla norma di cui al comma 2 dell'art. 1419 cod. civ. (48). Soltanto un giudice ha fatto propria la tesi dottrinale per la quale, una volta accertata l'invalidità del termine, in mancanza di una esplicita previsione nel senso della conversione del rapporto, deve applicarsi la disciplina codicistica che porta alla nullità dell'intero contratto se viene provata la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza la clausola oppositiva del termine; nullità affermata nella fattispecie in quanto ritenuta provata dal fatto notorio del massiccio ricorso del datore di lavoro (Poste Italiane S.p.a.) al contratto a tempo determinato (49).

La posizione maggioritaria della giurisprudenza, che va condivisa per i motivi sopra illustrati, trova conforto in una pronuncia della Cassazione intervenuta nel caso di un contratto a termine stipulato al di fuori delle specifiche ipotesi consentite con riguardo ai dipendenti dei servizi pubblici di trasporto; anche se la particolare disciplina dettata per questo personale non prevede espressamente la conversione del rapporto in caso di apposizione del termine al di fuori delle ipotesi ammesse, la Cassazione ha affermato che l'inosservanza della legge non determina la nullità dell'intero contratto, ma solo l'eliminazione della clausola relativa alla durata (50).

6.d) — *Giurisprudenza europea e possibilità di successive assunzioni a termine intervallate da più di 10 o 20 giorni* — Il quarto punto sul quale il d.lgs. n. 368/01 tace del tutto è quello relativo alla possibilità di successive assunzioni a termine intervallate da più di 10 o 20 giorni. Su questo punto, a dire il vero, tace anche la prima Circolare della Confindustria e tacciono molti commentatori, i quali si limitano a con-

(46) Trib. Milano 25 novembre 2004, in *D&L*, 2005, p. 152.

(47) Corte d'App. Milano 9 dicembre 2003, in *D&L*, 2004, p. 78; Trib. Milano 10 novembre 2004, in *D&L*, 2005, p. 152; Trib. Monza 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, p. 152; Trib. Roma 3 febbraio 2005, in *RGL News*, 2005, n. 1, p. 20.

(48) Trib. Catania 25 gennaio 2006, cit.

(49) Trib. Roma 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, II, p. 706.

(50) Cass. 19 dicembre 2000, n. 15909.

siderare ciò che risulta scritto nei commi 3 e 4 dell'art. 5, senza tener conto che il problema qui in esame si presentava anche dopo la modifica dell'art. 2 della legge n. 230 del 1962 apportata dall'art. 12 della legge n. 196 del 1997.

Se le uniche tutele per i lavoratori di fronte alle ripetute assunzioni a termine fossero solo quelle espressamente previste nell'art. 5 del decreto, la loro condizione risulterebbe davvero pesante. Questa situazione, tuttavia, può essere evitata, dato che anche nell'attuale contesto normativo la maggioranza della dottrina, con pieno fondamento, ritiene possibile fare ricorso all'istituto del *negozio in frode alla legge* di fronte a massicce ripetute assunzioni, anche se intervallate da più di 10 o 20 giorni, con conseguente trasformazione dei vari rapporti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato (51). Anche la giurisprudenza italiana, pur solo in un *obiter dictum*, ha configurato, con riguardo alla disciplina oggi in vigore, la possibilità di sanzionare con la conversione del rapporto la clausola oppositiva del termine che riveli, nel collegamento con altri contratti a termine precedenti o successivi, l'intento elusivo della disciplina imperativa di legge (52).

Non è il caso di approfondire in questa sede gli argomenti che sorreggono questa tesi. Preme, invece, sottolineare come solo ammettendo che dall'uso della frode alla legge deriva la conversione del rapporto si rende la disciplina italiana conforme alle prescrizioni dell'accordo europeo recepito dalla direttiva comunitaria. Le blande norme contenute nell'art. 5 del decreto n. 368/01, infatti, da sole, non sono certo sufficienti per garantire uno dei due obiettivi fondamentali della direttiva, e cioè quello di reprimere gli abusi del ricorso al lavoro a termine mediante una successione di assunzioni (53). La direttiva impone che que-

---

(51) V., tra gli altri, Centofanti, *op. cit.*, p. 923; Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., p. 409; Ferraro, *op. cit.*, p. 45; Piccinini, *op. cit.*, p. 199; De Luca, *op. cit.*, p. 98; De Angelis, *Il nuovo contratto a termine…*, cit., p. 130; Menghini, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., p. 28; Proia, *op. cit.*, p. 149; Dentici, *Scadenza del termine e successione di contratti: il regime sanzionatorio*, in *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di Garilli e Napoli, Torino, 2003, p. 131. In senso contrario vedi Vallebona, Pisani, *op. cit.*, p. 51; Bozzao, *L'estensione del lavoro a termine oltre il primo contratto: la nuova disciplina*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di Perone, Torino, 2002, p. 126.

(52) V. Trib. Milano 10 novembre 2004, in *D&L*, 2005, p. 152. Alla stessa conclusione, con riferimento alla disciplina previgente, quale risultante dopo l'intervento dell'art. 12 della legge n. 196 del 1997, v. Pret. Milano

(53) Nello stesso senso v. Dentici, *op. cit.*, p. 131; Lassandari, *op. cit.*, p. 458.

sto obiettivo sia perseguito con l'introduzione nei paesi membri di una o più delle misure previste nelle lettere *a*, *b* e *c* del paragrafo 1 della clausola 5. Il decreto in esame fa propria, secondo la tesi difesa in questo scritto, solo la prima di queste misure, esigendo che i successivi contratti siano giustificati, uno per uno, da «ragioni obiettive», e cioè da ragioni costituenti occasioni di lavoro limitate nel tempo, senza fissare un periodo massimo oltre il quale i vari contratti successivi vengono trasformati in un rapporto a tempo indeterminato (come fa, ad esempio, l'art. 326, commi 2 e 3, cod. nav.) e senza indicare il numero massimo di rinnovi oltre i quali avviene la medesima trasformazione; si limita, invece, introducendo delle norme non richieste, a fissare dei brevissimi periodi superati i quali la riassunzione, ripetuta anche per decenni, sarebbe del tutto libera, se non intervenisse, appunto, l'istituto del contratto in frode alla legge. La clausola 5 della direttiva impone agli Stati non tanto di recepire formalmente almeno una delle misure indicate, ma di inserire nel proprio ordinamento norme effettivamente in grado di scongiurare gli abusi. Ebbene, tutta la storia italiana del lavoro a termine dimostra che la sola condizione della giustificazione sostanziale del termine apposto a ciascun contratto non è in grado di scongiurare vasti fenomeni abusivistici (54): la giurisprudenza, infatti, ha sancito la trasformazione di tanti rapporti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato sempre in presenza di singoli contratti con clausola concernente il termine legittima, e cioè tale da manifestare l'esistenza di un'esigenza di assunzione di carattere temporaneo. Ciò significa che nel nostro paese l'esatta trasposizione della direttiva richiede qualcosa di più che il semplice requisito della temporaneità delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine e tale «di più» non può che essere rappresentato dall'istituto della frode alla legge, con conseguente conversione dei rapporti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato.

Questa conclusione ha ricevuto ora l'autorevole avallo della Corte di Giustizia (55). Un giudice greco aveva posto a quest'ultima una serie di questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione della clausola 5, paragrafo 2, dell'accordo quadro europeo, per la quale gli Stati possono stabilire a quali condizioni i vari rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati «successivi» e devono essere ritenuti rapporti a tempo indeterminato. Per rispondere a questi interrogativi la Corte pre-

(54) Nello stesso senso v. Lassandari, *op. cit.*, p. 459.

(55) Si tratta della già citata sentenza del 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*.

mette che l'accordo europeo ha lo scopo di creare un contesto normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, a tal fine elencando, nella clausola 5, n. 1, tre tipi di misure che gli Stati membri sono tenuti a introdurre in via alternativa (nel senso che possono scegliere anche solo una delle tre) nel loro ordinamento. Il n. 2 della stessa clausola – prosegue la Corte – lascia, invece, gli Stati membri, in via di principio, liberi di stabilire o meno a quali condizioni i contratti possono definirsi successivi e vanno considerati a tempo indeterminato. I giudici di Lussemburgo precisano, tuttavia, che «il potere discrezionale così lasciato agli Stati membri non è illimitato, poiché esso non può in nessun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo quadro». In questo contesto, per la Corte «una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi dev'essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'accordo quadro»; per una simile normativa, infatti, al datore sarebbe sufficiente «al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego, sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo», ma permanenti e durevoli.

Applicando questa pronuncia al diritto italiano, ne deriva che i commi 3 e 4 dell'art. 5 del decreto n. 368/01, laddove ammettono la conversione del rapporto soltanto se la successione dei contratti avviene entro 10 o 20 giorni, senza considerare la loro durata complessiva e l'eventualità che gli stessi sopperiscano a esigenze permanenti e durature, non sono conformi alla direttiva, qualora alla fattispecie non potesse applicarsi l'istituto generale del negozio in frode alla legge.

7. — *Riforma del 2001 ed effetti sulla interpretazione della disciplina pregressa* — La riforma del 2001 riserva delle sorprese anche per quanto riguarda i suoi effetti sull'interpretazione della disciplina previgente. Al succedersi delle varie modifiche alla legge n. 230 del 1962, tutte nel senso di una attenuazione del rigore di quest'ultima, solitamente i giudici hanno risposto, anche se non sempre e non tutti, con una inter-

pretazione più elastica della normativa del 1962. Dopo l'emanazione del d.lgs. n. 368/01, invece, la maggioranza delle sentenze della Cassazione non ha interpretato la normativa del 1962 in modo più elastico per effetto delle innovazioni introdotte dal decreto in questione. Qualche volta la Cassazione dice espressamente che l'ampliamento delle ipotesi che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro non può condurre a una eccessiva valorizzazione dell'interpretazione evolutiva, perché la considerazione della mutata realtà normativa deve comunque avvenire «nel rispetto dei costanti canoni di interpretazione» (56), ovvero che una interpretazione eccessivamente flessibile trova un ostacolo proprio nella direttiva europea e nel decreto del 2001, i quali esprimono il principio generale per cui «il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine» (57); negli ultimi anni, a ogni modo, pur in assenza di queste esplicite considerazioni sul rilievo delle innovazioni normative, la sua interpretazione va più nel senso del rigore che nel senso della flessibilità. Non è certo questa la sede per esaminare questa giurisprudenza. Si può solo ricordare che la Suprema Corte continua a pronunciarsi restrittivamente in tema di forma del contratto (58), di ipotesi di lavoro a termine per attività definite e predeterminate nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale (59) (salva una pronuncia sull'incremento di attività per eventi bellici) (60), di ipotesi di lavoro a termine per specifici programmi radiofonici o televisivi (61); le soluzioni flessibili sono variamente mantenute, invece, per i casi di sostituzione di lavoratori assenti (62).

8. — *Le pronunce della Corte di Giustizia e le possibili iniziative dei lavoratori* — Per cogliere l'effettivo significato della normativa italiana ed europea sul lavoro a termine è necessario, infine, considerare le possibili iniziative che i lavoratori possono mettere in campo dopo l'intervento della Corte di Giustizia con le due sentenze sopra indicate.

(56) Cass. 2 dicembre 2002, n. 17070, in *OGL*, 2003, p. 130.

(57) Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *FI*, 2002, I, c. 1956.

(58) Cass. 11 dicembre 2002, n. 17574, in *FI*, 2003, I, c. 443.

(59) Cass. 7 giugno 2003, n. 9163, in *AC*, 2004, p. 534; Cass. 15 febbraio 2005, n. 3005.

(60) Cass. 4 ottobre 2004, n. 19850, in *CD-Rom FI*, 1997-2004.

(61) Cass. 2 dicembre 2002, n. 17070, cit.; Cass. 8 aprile 2004, n. 6918, in *Banche dati giuridiche Infoutet*, 2005.

(62) Cass. 30 luglio 2003, n. 11699, in *AC*, 2004, p. 666; Cass. 7 agosto 2003, n. 11921, in *OGL*, 2003, p. 556; Cass. 16 agosto 2004, n. 15958.

8.1. — *Carattere temporaneo delle «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01* — Come chiarito più sopra, dal punto della sentenza *Adeneler* nel quale la Corte indica il significato dell'espressione «ragioni obiettive» di cui alla clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro europeo può trarsi una indiretta conferma della convinzione che fa derivare dall'intero accordo (compreso Preambolo e Considerazioni generali) un vincolo per gli Stati membri nel senso di regolare la materia in questione non ammettendo il ricorso all'istituto in esame in modo del tutto libero, per qualsiasi ragione, comprese le ragioni che di per sé giustificherebbero il ricorso al contratto a tempo indeterminato, ma legittimandolo solo in presenza di particolari condizioni soggettive o di ragioni oggettive che, dovendo essere diverse da quelle che normalmente giustificano un'assunzione a tempo indeterminato, non possono che essere limitate nel tempo. È chiaro che la conferma è solo indiretta, perché la Corte riferisce la sua pronuncia solo ai contratti a termine successivi al primo, e non anche all'unico e isolato contratto. Su quest'ultimo aspetto la Corte non si è mai pronunciata: anche nella sentenza *Mangold* i giudici di Lussemburgo hanno taciuto sui limiti all'unico contratto, nulla potendo dire in sede di pronuncia pregiudiziale, dal momento che, in presenza di un solo contratto, era stata loro richiesta dal giudice tedesco una interpretazione della clausola 5 dell'accordo, che implica una successione di contratti. Anche da questa sentenza, tuttavia, è possibile trarre una conferma indiretta della convinzione che dall'insieme della direttiva sono enucleabili dei limiti anche per il primo contratto: la Corte ha ritenuto, invero, che la normativa tedesca che autorizza l'assunzione a termine di lavoratori di una certa età senza alcuna restrizione contrasta con la direttiva sul divieto delle discriminazioni e ciò significa che i giudici lussemburghesi non concepiscono il primo contratto a termine come assolutamente libero e immune da qualsiasi limite.

Queste conferme, se pur indirette, del significato dell'accordo europeo possono essere spese davanti al giudice italiano per rafforzare la tesi per la quale le «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01 devono avere carattere temporaneo. Non è sicuro, invece, che la Corte di Giustizia, qualora fosse debitamente investita della questione, interpreti l'intero accordo ponendo limiti al primo contratto che alla fin fine conducano (quando non si tratta di contratti per causali soggettive) all'esigenza della temporaneità delle ragioni per cui si assume. Sembra quindi preferibile che i lavoratori insistano presso i giudici italiani per la

necessaria temporaneità delle «ragioni» di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/01. Solo se si formasse un indirizzo giurisprudenziale nazionale negativo sul punto (il che, però, sembra poco probabile), è consigliabile chiedere alla Corte di Giustizia una pronuncia sui limiti al primo contratto; se la Corte individuasse limiti nel senso della temporaneità, smentiti dai giudici italiani, si potrebbe poi ricorrere alla Corte Costituzionale per far dichiarare l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, del decreto del 2001 per violazione dell'art. 76 Cost., dato che il decreto non avrebbe tenuto conto dei criteri indicati dalla legge delega, primo fra tutti quello che impone la conformità alla direttiva europea. Se, invece, anche la Corte di Giustizia non individuasse limiti nel senso della temporaneità, si potrebbe sollevare davanti alla Corte Costituzionale la questione della violazione da parte dello stesso art. 1, comma 1, dell'art. 76 Cost. sotto il profilo del contrasto tra la norma delegata e quella dell'accordo europeo concernente il divieto dell'abbassamento delle tutele, potendosi configurare un complessivo peggioramento della posizione dei lavoratori nel passaggio dalle ipotesi individuate dalla legge e dalla contrattazione collettiva a una clausola generale interpretata nel senso dell'irrilevanza del requisito della temporaneità.

8.2. — *Conseguenze dell'illegittimità delle successive assunzioni di carattere fraudolento* — Un secondo punto della sentenza *Adeneler* è più facilmente spendibile a tutela dei lavoratori italiani. Mi riferisco a quello in cui la Corte ha affermato che la clausola 5 dell'Accordo quadro europeo osta a una normativa nazionale che stabilisca che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati tra di loro da più di 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi di tale clausola. L'affermazione è stata fatta con riferimento a una normativa greca, ma è chiaro che essa vale anche per l'analoga disciplina italiana (commi 3 e 4 dell'art. 5 del decreto del 2001).

Questo punto della sentenza può essere innanzi tutto utilizzato per rafforzare l'interpretazione della normativa italiana nel senso della possibilità di giungere all'unificazione dei vari rapporti a termine in un unico rapporto a tempo indeterminato per il tramite del ricorso all'istituto generale del negozio in frode alla legge. Se, invece, il giudice italiano ritenesse che tale istituto non può far raggiungere tale unificazione, si paleserebbe un insanabile contrasto tra la nostra disciplina interna e quella comunitaria, non risolvibile mediante l'interpretazione adeguatrice. Poiché tale contrasto va imputato al mancato rispetto, da parte del de-

creto delegato del 2001, dei criteri contenuti nella legge delega (criteri che imponevano il rispetto della direttiva e la sua fedele trasposizione nel diritto interno), ne risulta una palese violazione dell'art. 76 Cost., con possibilità di chiedere al giudice *a quo* di sollevare una questione di legittimità costituzionale con riguardo ai commi 3 e 4 dell'art. 5 del decreto n. 368/01 in rapporto all'art. 76 Cost. Come risultato si potrebbe ottenere una sentenza additiva, che affermi, sull'innegabile premessa sia del contrasto di detti commi con la direttiva europea, sia della violazione da parte degli stessi dei criteri di delega e quindi della violazione dell'art. 76 Cost., l'illegittimità costituzionale di detti commi nella parte in cui non prevedono la trasformazione in un unico rapporto a tempo indeterminato dei successivi contratti a termine, stipulati, se pur oltre i 10 o 20 giorni l'uno dall'altro, in frode alla legge.

8.3. — *Le conseguenze delle successive assunzioni di dipendenti pubblici* — Un terzo punto della sentenza *Adeneler* è parimenti interessante per la tutela dei lavoratori, ma il suo utilizzo è molto problematico, dato che implica la soluzione di notevoli problemi che richiederebbero un apposito esame molto approfondito. Si tratta del capo della sentenza che affronta la questione della conformità alla clausola 5 dell'Accordo quadro europeo di una norma greca che, dopo aver ammesso, con vari limiti, i contratti a termine nell'ambito del pubblico impiego, quando si tratta di far fronte a esigenze stagionali, temporanee o periodiche, pone un divieto assoluto di trasformazione dei contratti a termine in un rapporto a tempo indeterminato, anche quando tali contratti soddisfino in realtà fabbisogni duraturi e permanenti.

Per risolvere la questione la Corte di Giustizia premette che «l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato», ma impone a essi di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1. Pertanto, in applicazione della norma del Trattato che lascia agli Stati la libertà di scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive, la Corte ribadisce che, quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate alla situazione, proporzionate, sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia dell'accordo quadro, nonché non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna né tali da

rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. Nella fattispecie la Corte lascia al giudice greco di decidere se nell'ordinamento di quel paese esistano o no misure diverse dalla conversione del rapporto che abbiano le caratteristiche appena descritte, ma precisa che qualora simili misure per evitare e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine non esistessero «l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi».

Questa pronuncia della Corte di Giustizia assume una grande importanza per il diritto del lavoro italiano, facendo ritornare attuale il problema del significato da attribuire (e del giudizio da dare) alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, per la quale nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, *non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato…*», fermo, tuttavia, il diritto del lavoratore «al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative».

In genere si ritiene, con pieno fondamento, che questa norma non sia stata derogata dal successivo d.lgs. n. 368/01, che prevede, invece, alcune ipotesi di conversione del rapporto, dato che la norma successiva di carattere generale non deroga alla precedente di carattere speciale (63). Questa convinzione è stata fatta propria dalla Corte Costituzionale, che ha ritenuto che la norma speciale non contrasti con il principio di uguaglianza laddove non prevede la conversione del rapporto, ma solo il risarcimento del danno, poiché le due situazioni comparate (lavoro privato e lavoro pubblico) non sono omogenee: malgrado la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, il momento genetico del rapporto con gli enti pubblici conserva l'esigenza di una corretta selezione dei dipendenti a ga-

(63) V. Santoro Passarelli, *Note introduttive*, in *NLCC*, *Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, 2002, p. 29; De Angelis; *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti particolari*, in *D&L*, 2002, p. 45; Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di Biagi, Milano, 2002, p. 276.

ranzia dei princìpi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, i quali, salvo casi eccezionali, impongono il ricorso alla procedura concorsuale (64). Il Tribunale di Genova, viceversa, ha ritenuto che il comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 sia stato derogato dal d.lgs. n. 368/01, giungendo a questa conclusione in base all'esigenza di interpretare il diritto interno alla luce di quello comunitario; per il caso di una lettura diversa, lo stesso giudice ha rimesso gli atti alla Corte di Giustizia ponendole il quesito se la normativa italiana concernente i dipendenti pubblici sia conforme alla direttiva comunitaria in relazione alla specificità, anche costituzionale, dei rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione oppure no (65).

Non mi risulta che la Corte di Giustizia abbia già risposto. Dalla sentenza *Adeneler* si può trarre la convinzione che i giudici di Lussemburgo terranno ferma l'esigenza, in caso di abuso di successivi contratti a termine, della previsione di una sanzione in termini di conversione del rapporto o in termini equivalenti, sotto i profili dagli stessi tratteggiati; ciò consentirà loro di confermare le decisioni che hanno fatto salve le normative nazionali che derogavano a quelle comunitarie per l'esigenza di preservare il sistema del concorso pubblico (66); l'incognita è costituita dalla loro opinione sulla equivalenza del risarcimento del danno (67). In caso di giudizio positivo, la Corte di Giustizia potrebbe «salvare» la specifica normativa italiana e pure il principio del concorso pubblico; in caso contrario, il comma 2 dell'art. 36 sarebbe dichiarato non conforme. Ma è pensabile che la Corte di Giustizia, smentendo i suoi precedenti, si voglia mettere contro la Corte Costituzionale italiana? Una via d'uscita, a dire il vero, è stata intravista: nel caso di specie l'esigenza del concorso pubblico non ci sarebbe, dato che i dipendenti a termine lo hanno già fatto per accedere all'occupazione temporanea (68). Una simile tesi farebbe comodo alla Corte, perché le permetterebbe di ribadire quanto sostenuto nella sentenza *Adeneler* senza porsi in aperto contrasto con i suoi precedenti in tema di concorso pubblico e con la Corte Costituzionale italiana. Ma una si-

(64) V. Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *LPA*, 2003, p. 355.

(65) V. Trib. Genova 21 gennaio 2004, in *LPA*, 2004, p. 693.

(66) Sul punto v. *amplius* Zappalà, *«Specialità» dei rapporti di lavoro a termine nelle p.a. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia*, in *LPA*, 2004, p. 716.

(67) Tale equivalenza è negata da Trib. Genova 21 gennaio 2004, cit.

(68) È l'opinione di Zappalà, *op. cit.*, p. 718.

mile opinione non è condivisibile, sia perché alcuni dipendenti pubblici accedono al lavoro temporaneo senza alcun concorso, sia perché un conto è il concorso per il rapporto a termine, e un altro conto è il concorso per un posto di ruolo, il quale richiede una disponibilità in organico ed esige ben altre garanzie.

In conclusione, dunque, si può pensare che la Corte o salvi la normativa italiana ovvero ne sancisca la difformità per l'insufficienza della «sanzione» risarcimento del danno. Nel primo caso i lavoratori dovrebbero accontentarsi della situazione oggi esistente. Nel secondo caso otterrebbero una dichiarazione di non conformità della disciplina italiana a una direttiva pacificamente non applicabile in via diretta senza un intervento del legislatore; ai lavoratori, quindi, non rimarrebbe che chiedere il risarcimento del danno allo Stato italiano per non aver recepito la direttiva: i risultati concreti sarebbero limitati. Un intervento della Corte di Giustizia, dunque, avrebbe scarsi effetti.

A mio avviso la sentenza *Adeneler* può avere, invece, un grande rilievo pratico per la tutela dei lavoratori se utilizzata non per chiedere un altro intervento della Corte di Giustizia, ma per fondare una interpretazione della disciplina interna capace di estrarre da essa il massimo di tutela per i lavoratori con conservazione, tuttavia, delle garanzie del concorso pubblico.

I giudici di Lussemburgo, come si è visto, non richiedono in via assoluta la conversione del rapporto, ma ammettono la possibilità di misure equivalenti. La normativa greca è stata giudicata non conforme nella misura in cui non prevedesse alcuna misura alternativa. Nel descrivere queste misure la Corte è molto esigente e la sua giurisprudenza è costante. L'interprete italiano è chiamato, pertanto, a intendere la misura equivalente di cui al comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, vale a dire il risarcimento del danno, nel modo che la renda più conforme ai caratteri che la Corte esige in capo alle misure alternative. Il risarcimento del danno, dunque, deve essere inteso in modo da divenire una misura alternativa rispetto alla conversione del rapporto, che si dimostri adeguata alla situazione, proporzionata, sufficientemente effettiva e dissuasiva, nonché non meno favorevole di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna né tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario.

Per divenire tale, è evidente che la misura del risarcimento del danno deve trovare una *notevole enfatizzazione* a livello applicativo. In un mio

precedente studio sul lavoro a termine nell'impiego pubblico ho circoscritto notevolmente la portata effettiva del risarcimento del danno e lo ho considerato non equivalente rispetto alla misura della conversione del rapporto (69). Come tutta la dottrina anch'io mi riferivo, tuttavia, a un unico contratto: se il rapporto è già terminato quando si inizia la causa (come avviene sempre) che danno può chiedere il lavoratore che sia stato pagato di tutto e che si sia visto versare i dovuti contributi previdenziali? Poiché la legge si riferisce al «danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative», in assenza di un inadempimento della p.a. (l'apposizione del termine è atto bilaterale) e di suoi comportamenti illegittimi non sono configurabili danni di natura contrattuale o extracontrattuale, come quelli all'immagine, alla reputazione, alla professionalità. Il danno risarcibile è quello che deriva dal fatto di aver lavorato malgrado la nullità del contratto: si potrebbe pensare tutt'al più al danno derivante dal non poter affermare, ad esempio ai fini della partecipazione a un concorso, di aver lavorato con un regolare rapporto di lavoro per un certo periodo in una certa posizione.

Completamente diverso, invece, era il discorso da farsi per una pluralità di contratti di carattere fraudolento, e ciò anche prima della sentenza *Adeneler*. In questo caso la nullità delle clausole relative al termine dei vari contratti, se non poteva comportare la conversione del rapporto, doveva far conseguire un danno ben più consistente. Non so se la questione sia stata approfondita. Conosco solo una coraggiosa sentenza del Tribunale della mia città che, per il caso qui prospettato, in contrasto con la nota giurisprudenza consolidatasi riguardo alla successione di contratti nel settore privato, ha riconosciuto al lavoratore il danno consistente nella mancata retribuzione per i periodi non lavorati; danno calcolato in via equitativa e in misura inferiore rispetto alla retribuzione per la considerazione sia della possibilità di percepire l'indennità di disoccupazione, sia del fatto che non lavorando il dipendente non aveva usurato le sue energie lavorative e aveva potuto fare altre cose (70).

La sentenza *Adeneler* consente di fare dei passi avanti in questa direzione. Se il risarcimento del danno deve avere lo stesso grado di effetti-

(69) Vedi Menghini, *Il contratto a tempo determinato*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da Carinci, vol. V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci e Zoppoli, Torino, 2004, pp. 571 ss.

(70) Si tratta di Trib. Gorizia 9 marzo 2006, n. 30/2006, Est. Masiello, Visini (avv. Mosetti) c. C.R.I. (avv. Stato).

vità e di potenzialità dissuasiva della conversione del rapporto ai fini di «garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro», e se lo stesso non deve costituire una misura meno favorevole per i lavoratori delle misure che l'ordinamento dello Stato membro prevede per analoghe situazioni interne (trasformazione in un unico rapporto a tempo indeterminato di una pluralità di contratti a termine fraudolenti stipulati con privati datori di lavoro), si deve ritenere che il risarcimento possa comprendere sia le mancate retribuzioni piene per gli intervalli non lavorati (con normale detrazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum*), sia almeno parte delle mancate retribuzioni future. Si dovrebbe fare, considerando tutte le circostanze del caso, un calcolo ipotetico del probabile periodo lavorativo successivo all'ultimo contratto a termine illegittimo e condannare la p.a. a risarcire il danno pari alle mancate retribuzioni di questo periodo meno quanto il lavoratore guadagni lavorando altrove o (più difficile da accertare) meno quanto il lavoratore possa guadagnare con la normale diligenza.

Mi rendo conto che questo è un primo spunto che andrebbe approfondito. Una simile soluzione avrebbe, peraltro, almeno due pregi. Innanzi tutto manterrebbe il principio del concorso pubblico, la cui eliminazione per il lavoro stabile conseguente a ripetuti rapporti precari consentirebbe, a mio avviso, pratiche clientelari che vanno, invece, evitate. In secondo luogo conferirebbe al risarcimento del danno una forte potenzialità per prevenire e sanzionare efficacemente l'abuso del lavoro a termine. Si deve considerare, infatti, che la sanzione della conversione del rapporto porterebbe al pagamento di normali retribuzioni, corrispettive alle prestazioni rese dal lavoratore. La p.a., instaurato il rapporto stabile, non subirebbe alcun danno e non avrebbe nulla da recuperare dal dirigente responsabile, il quale potrebbe stare relativamente tranquillo. Se, invece, la p.a., per il periodo successivo all'ultimo contratto, fosse tenuta a pagare un enorme risarcimento del danno, dovrebbe rivalersi sul dirigente responsabile, il quale dovrebbe pagare di tasca sua importi molto rilevanti: in questa ipotesi il dirigente sarebbe il primo ad attivarsi in tutti i modi per evitare successive assunzioni a termine fraudolente, garantendo nella maniera più efficace l'attuazione delle finalità della normativa comunitaria.

8.4. — *Clausola di non regresso e difese davanti al Tribunale di Rossano* — Meno chiarificatrice e poco utile per la tutela dei lavoratori risulta, invece, la parte della sentenza *Mangold* relativa alla clausola di

non regresso presente nell'Accordo quadro europeo. Sempre con riguardo alla normativa tedesca che consente la stipula di contratti a termine senza restrizioni quando si tratti di assumere dipendenti di una certa età, la Corte, sulla premessa per la quale i successivi interventi legislativi volti ad abbassare tale età erano giustificati non dalla necessità di attuare l'accordo europeo, ma dall'esigenza di incentivare l'occupazione delle persone anziane in Germania, ha affermato che «la clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che non osta a una normativa […] la quale, per motivi connessi con la necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione del detto accordo, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a tempo determinato».

A mio avviso con questa pronuncia la Corte si è limitata a risolvere la specifica questione sottoposta al suo giudizio, non potendosi dalla stessa trarre la convinzione che per la Corte non sarebbe mai possibile alcun abbassamento delle tutele (sotto qualsiasi profilo) a opera della normativa specificamente diretta a recepire l'accordo quadro, ovvero, tutto all'opposto, che un abbassamento sarebbe sempre lecito per il fatto che ogni ampliamento delle possibilità di ricorso al lavoro a termine, se riduce la protezione del singolo con riguardo al suo rapporto di lavoro, risulta socialmente utile perché aumenta le possibilità di occupazione.

Circa quest'ultimo aspetto, si è esattamente rilevato che la Corte non ammette un qualsiasi ampliamento del ricorso all'istituto in esame, ma solo quello che derivasse da un complessivo disegno riformatore della disciplina dell'accesso all'occupazione volto a soddisfare esigenze di carattere generale (71): poiché il d.lgs. n. 368/01 non ha queste caratteristiche, il rispetto o no della clausola di non regresso è ancora tutta da verificare. Circa il primo aspetto, invece, si deve ricordare che è la stessa formulazione letterale della clausola di regresso di cui alla clausola 8, punto 3, dell'Accordo quadro europeo a impedire interpretazioni totalizzanti della pronuncia della Corte: tale clausola si riferisce, infatti,

(71) V. Allamprese e Andreoni, *La Corte di Giustizia e la clausola di non regresso nella direttiva sul contratto a termine*, in http://www.cgil.it/giuridico. Per una interpretazione più allarmata della sentenza in esame, derivante dall'attribuzione alla stessa di un significato generale volto ad ammettere abbassamenti di tutela in presenza di un qualsiasi obiettivo di incremento occupazionale, v. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 225-226 e p. 232.

alla riduzione del «livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso», e quindi ciò che è vietato alla disciplina interna che recepisce l'accordo è abbassare la tutela complessiva, non la protezione derivante da ogni singola disposizione. Rimane, invece, controverso se il paragone tra la normativa interna previgente e quella attuativa dell'accordo quadro debba riguardare solo gli specifici aspetti dell'«ambito» toccato dall'accordo quadro ovvero l'intero «ambito» (l'istituto del lavoro a termine) su cui lo stesso incide.

In genere, chi propende per questa seconda soluzione afferma che il decreto n. 368/01 ha violato la clausola di non regresso per l'eliminazione del carattere di eccezionalità dei rapporti a termine, del sistema di tassatività delle ipotesi ammesse, del requisito della temporaneità delle occasioni di lavoro, del principio per cui spetta al datore di lavoro provare l'obiettiva esistenza delle condizioni che giustificano il termine e del divieto delle successive assunzioni in frode alla legge (72). Chi preferisce, invece, la prima delle soluzioni sopra indicate tende a smentire ogni violazione della clausola di non regresso (73). Si è anche sostenuto che il paragone andrebbe fatto non tra il nuovo decreto e la legge n. 230 del 1962, ma tra il primo e tutta la normativa sul lavoro a termine, compresa quella che lo utilizza per incentivare l'occupazione; il rispetto della clausola di non regresso comporterebbe, poi, la sola considerazione delle clausole in tema di parità di trattamento e di proroga e rinnovazione del contratto, e non anche di quelle che prevedono le varie ipotesi di apposizione del termine, dato che la direttiva si applica ai lavoratori a tempo determinato e non «alla platea indistinta dei soggetti potenzialmente interessati a una assunzione a termine»: nessuna violazione, dunque, sarebbe riscontrabile (74). Nello stesso senso si è osservato che la clausola di non regresso opera solo in relazione ai diritti

(72) V., ad es., Roccella, *Prime osservazioni…*, cit., pp. 1-4; Carabelli, *Intervento* al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto a termine promosso dal C.E.S.R.I., Roma, 22 ottobre 2001, in www.unicz.it/lavoro/carabelli368.htm; Speziale, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, pp. 455 ss.; Andreoni, *La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso)*, in q. *Riv.*, 2005, II, pp. 90 ss.; Catalucci, *Direttive europee, clausola di non regresso e modelli di recepimento*, in q. *Riv.*, 2006, I, p. 331.

(73) V., ad es., Vallebona, Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 70.

(74) V. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di Biagi, Milano, 2002, p. 69.

del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro, e non riguardo alle condizioni di accesso al rapporto stesso, con la conseguenza che le maggiori possibilità di assumere a termine introdotte dal decreto del 2001 non costituiscono violazione di tale clausola (75).

A mio avviso, premesso che la clausola di non regresso di cui all'avviso comune sul lavoro a termine richiede una valutazione della normativa interna precedente e successiva all'emanazione della direttiva che consideri, in base a un giudizio di sintesi, da un parte, gli elementi fondamentali della tutela e, dall'altra, l'intero «ambito» del lavoro a tempo determinato, qualora le norme più significative del decreto vengano intese nel senso della conservazione del carattere di eccezionalità del rapporto a termine, della permanenza del requisito della temporaneità e dell'onere della prova a carico del datore di lavoro, della configurabilità delle conseguenze dell'illegittimità della clausola in termini di conversione del rapporto e della permanenza della possibilità di reprimere l'uso fraudolento della successione di contratti, si può ritenere che non vi siano consistenti differenze tra la disciplina nuova e quella vecchia per quanto concerne gli aspetti essenziali dell'istituto e che le maggiori possibilità di assumere a termine derivanti dall'eliminazione del sistema di tassatività siano compensate dai maggiori requisiti formali oggi richiesti: gli elementi fondamentali della tutela complessiva sono, dunque, rimasti intatti. Se, invece, le norme del decreto in esame vengano interpretate in modo diverso, si giungerebbe a una piena sostanziale liberalizzazione del lavoro a tempo determinato che contrasterebbe con la direttiva europea e che abbasserebbe gli elementi fondamentali della protezione dei lavoratori nell'«ambito» del lavoro a tempo determinato, con violazione della clausola di non regresso e con conseguente illegittimità costituzionale per il mancato rispetto della direttiva che contiene la clausola in parola.

Come applicare questa conclusione al caso sollevato presso la Corte Costituzionale dal Tribunale di Rossano (76) al fine di rafforzare le possibilità di difesa dei lavoratori?

---

(75) Così Proia, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Milano, 2003, p. 151.

(76) Com'è noto, il Tribunale di Rossano, con ordinanza 17 maggio 2004 (in *LG*, 2005, p. 472), ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 9, del d.lgs. n. 368/01 nella parte in cui, modificando la disciplina precedente, ha condizionato il diritto di precedenza a favore dei lavoratori stagionali a un apposito intervento della contrattazione collettiva: così facendo il decreto avrebbe peggiorato

La Corte Costituzionale con ordinanza del 28 giugno 2006, n. 252, ha rimandato gli atti al Tribunale remittente affinché riesamini la questione della violazione della clausola di non regresso alla luce della sentenza *Mangold*. Come s'è visto, tuttavia, quest'ultima dice ben poco sul punto e quindi è consigliabile che la difesa dei lavoratori investa della questione interpretativa dell'accordo europeo la Corte di Giustizia. Davanti ai giudici di Lussemburgo la difesa dei lavoratori, per ottenere una dichiarazione di non conformità della normativa italiana in questione con la clausola di non regresso, dovrebbe, a mio avviso, preoccuparsi di porre in rilievo *un aspetto preciso e particolare*. Dovendosi, infatti, valutare il rispetto della clausola di non regresso con riguardo all'intero istituto considerato (nella fattispecie il lavoro a termine) e al livello generale di tutela offerto ai lavoratori in relazione a tale istituto, se si guarda alla situazione in cui versa chi era già stato assunto a tempo determinato in relazione ad attività stagionali o a punte di attività stagionali, sembra scontato che il livello generale della tutela si è abbassato rispetto alla disciplina previgente, dato che la precedenza, e cioè il meccanismo che facilita la riassunzione a tempo determinato, non è più un diritto soggettivo immediatamente scaturente dalla legge, ma per sussistere deve ottenere, in sostanza, il *placet* delle associazioni imprenditoriali; se, invece, si guarda alla disciplina dell'istituto in esame considerata nella sua globalità e con riguardo alla generalità dei lavoratori, non pare che il segnalato peggioramento di situazione, toccando un aspetto così limitato e circoscritto dell'intera disciplina dell'istituto, possa dar luogo a una riduzione del «livello generale di tutela». Per far evidenziare il primo aspetto, e non il secondo, mi parrebbe opportuno che la difesa dei lavoratori si preoccupi di evidenziare (e di provare) che in Italia il numero dei lavoratori stagionali è molto ampio e che il fenomeno del lavoro stagionale tocca aree e comparti produttivi molto vasti e vari ed è molto importante dal punto di vista economico e sociale, in tal modo facendo capire che il particolare problema della precedenza è un problema non di pochi, ma di molti lavoratori a tempo determinato, e cioè un problema molto esteso e diffuso che, per queste ragioni, rappresenta una questione di carattere generale all'interno della disciplina del lavoro a tempo determinato. Un attento studioso, poi, ha

la condizione dei lavoratori in violazione della clausola di non regresso contenuta nell'accordo quadro, da ciò derivando l'illegittimità costituzionale della norma, per mancato rispetto dei criteri indicati dalla legge delega, primo fra tutti quello che imponeva la fedele attuazione della direttiva.

evidenziato un ulteriore argomento da spendere davanti alla Corte di Giustizia: «il lavoro a termine stagionale reiterabile, in quanto assistito dal diritto alla riassunzione, è il modo socialmente tipico in Italia per realizzare nel settore forme di utilizzo perpetuo del lavoratore, secondo quanto generalmente ipotizzato dalla Direttiva comunitaria» (77). Si può sostenere, dunque, che in un largo settore del lavoro italiano è il diritto di precedenza ad attenuare i caratteri di precarietà del lavoro a termine e a far avvicinare questi particolari rapporti a tempo determinato alla regola comune del lavoro a tempo indeterminato, espressa nelle premesse dell'accordo. La questione della precedenza è, quindi, rilevante perché è uno strumento di attuazione concreta degli obiettivi generali dell'accordo europeo.

Se la Corte di Giustizia dovesse rispondere nel senso dell'esistenza della violazione della clausola di non regresso, la difesa dei lavoratori dovrebbe poi ripresentare la questione di legittimità costituzionale, puntando, però, a una sentenza additiva: non credo, infatti, che la mera abrogazione da parte della Consulta dell'art. 10, comma 9, del d.lgs. n. 368/01 avrebbe l'effetto di far rivivere norme di leggi espressamente abrogate nella loro generalità dal decreto del 2001.

9. — *La precarietà deriva dalla riforma del lavoro a termine?* — Una volta chiarita l'esatta portata della disciplina del lavoro a termine, come risulta dalla giurisprudenza italiana comunitaria, si può affrontare il problema dei suoi effetti concreti sull'aumento del lavoro precario nel nostro paese. Come ho ricordato all'inizio, vi è chi ritiene che l'incremento del lavoro precario sia largamente imputabile alla riforma della disciplina del lavoro a termine del 2001 (78). Che la riforma abbia avuto degli effetti sull'aumento della precarietà è innegabile, ma andrei più cauto circa la dimensione di questi effetti, tenendo conto anche del fatto che la giurisprudenza ha impedito, come si è visto, la liberalizzazione dell'istituto. Bisogna considerare, innanzi tutto, che, se è vero che nell'ultimo periodo un contratto di lavoro su due viene stipulato con tipologie contrattuali fonti di precarietà, non tutti i tipi negoziali prescelti vanno ricondotti al contratto a termine *tout court*, dato che la precarietà viene prodotta anche dai contratti di apprendistato, di inserimento, a progetto, di somministrazione di lavoro ecc. Lasciamo agli e-

(77) Vedi Andreoni, *op. ult. cit.*, p. 91.
(78) V. gli scritti del 2006 di Carabelli e Roccella citati alla nota 2.

conomisti o agli statistici l'individuazione della percentuale di incidenza del lavoro a termine *tout court* sull'insieme dei rapporti che generano precarietà e ammettiamo pure che il contratto a termine *tout court* abbia un rilievo numerico importante. Quanto di questo alto numero è dovuto alle maggiori possibilità di assunzione a termine introdotte dal decreto n. 368/01 e quanto è invece dovuto all'intera normativa sul lavoro e alla più generale situazione in cui si trovano le imprese? A mio parere le cause vanno suddivise tra tutti e tre questi fattori: l'alto numero di rapporti a termine dipende probabilmente sia dalla riforma del 2001, sia da certi eccessi di tutela in materia di licenziamenti (derivanti da autentiche invenzioni dei giudici e dai tempi del processo, che aumentano a dismisura l'ammontare del risarcimento del danno), sia da una situazione economica che spesso ha impedito alle imprese di guardare lontano. Che la sfavorevole situazione economica abbia giocato un ruolo importante a mio avviso è dimostrato proprio dagli alti tetti alla stipula dei contratti a termine fissati dai contratti collettivi; non penso, invero, che ciò sia dipeso dallo sfavorevole contesto normativo (costituito dal decreto n. 368/01) in cui si sono dovute muovere le organizzazioni sindacali (79); queste, infatti, non trovano alcun vincolo nella riforma del 2001, ma se hanno acconsentito a introdurre alte percentuali di lavoro a termine lo hanno fatto solo perché la situazione economica generale era così difficile da mettere in crisi il sindacato sino al punto di fargli preferire il lavoro precario alla disoccupazione.

Tutto ciò non significa, lo ripeto, che non si debba modificare a fondo il d.lgs. n. 368/01, essendo a mio avviso opportuno che le ipotesi di lavoro a termine tornino a essere definite non dalla legge, ma dalla contrattazione collettiva, con in aggiunta una clausola generale che consenta il ricorso all'istituto solo in presenza di un'occasione di lavoro provvisoria, e con ripristino della vecchia formula concernente la frode. Va sottolineato, tuttavia, che tale modifica, accompagnata certamente dall'eliminazione di alcune tipologie contrattuali introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003, se pur necessaria, non è certo sufficiente per sconfiggere la precarietà. L'attuale governo a tal fine punta molto su un rinnovato sistema di incentivi, ma condivido il monito a non far esclusivo affidamento sugli stessi (80). Tra l'altro, se si intende promuovere la stabilità incentivando le assunzioni a tempo indeterminato, bisogna decidere

(79) Questa opinione è formulata da Roccella, *op. cit.*, p. 2.
(80) V. ancora Roccella, *op. loc. cit.*

cosa fare dei benefici previsti per le varie assunzioni a termine incentivate: se si incentiva tutto, non si incentiva nulla. È certo opportuno, poi, intervenire sul piano degli ammortizzatori sociali: nei limiti concessi dallo stato della finanza pubblica, si dovrebbe cercare di riunificare il più possibile, sul piano previdenziale, i vari spezzoni di lavoro precario. Modifiche normative, nuovo sistema di incentivi e nuovi ammortizzatori sociali non sono, tuttavia, sufficienti per sconfiggere la precarietà: questa può diminuire, a mio avviso, solo in un contesto di espansione economica e solo a prezzo di un gigantesco sforzo sul versante della formazione e del sistema scolastico: a mio avviso la precarietà si potrà vincere solo quando saranno sempre più diffuse tra i lavoratori (non generiche conoscenze ma) professionalità alte e specifiche, interessanti per il mutevole sistema delle imprese e della pubblica amministrazione. Su questo punto, però, finora sono stati fatti solo pochi passi di un lunghissimo cammino.

Adalberto Perulli (*)

LAVORI ATIPICI E PARASUBORDINAZIONE TRA DIRITTO EUROPEO E SITUAZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'emergenza del lavoro atipico. — 3. Lavoro atipico: il ruolo delle politiche europee. — 4. L'emergenza del lavoro autonomo economicamente dipendente e le sfide regolative che essa pone. — 5. Il lavoro parasubordinato in Italia. — 6. Il lavoro a progetto nei *call center*: tra interpretazione ministeriale…. — 7. *Segue:*… e prospettive di riforma.

1. — *Premessa* — Contratti di lavoro «non *standard*» e lavori «atipici» sono nozioni ormai entrate a far parte del lessico famigliare del diritto del lavoro per rappresentare un fenomeno multiforme: quello dei rapporti di lavoro che si discostano, per un verso o per l'altro, dal modello di lavoro «normale», inteso, quest'ultimo, come il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a orario pieno, con coincidenza tra le figure soggettive del datore di lavoro e dell'utilizzatore della prestazione. Nel secolo scorso il modello di produzione e consumo basato su produzione di massa ed economie di scala richiedeva un apporto della forza lavoro stabile, assiduo, disciplinato. Lo scambio fra subordinazione del lavoro e stabilità/continuità del lavoro, noto come «compromesso fordista», rappresentava un modello di regolazione indispensabile alla grande impresa per la produzione di massa. Il diritto del lavoro, in tutti paesi europei, è stato edificato sulla base del rapporto di lavoro «normale», mentre tutte le ipotesi che si discostano da questo modello sono state classificate come forme derogatorie, «atipiche» o non *standard*.

Questo modello di rappresentazione della materia inizia a entrare in crisi negli anni ottanta del secolo scorso, sotto la spinta delle esigenze di flessibilità avanzate dal sistema economico e con il passaggio – invero denso di ambiguità – dal fordismo al cd. post-fordismo. Decrescono i tragitti lavorativi *firm-portfolio*, nei quali le competenze sono approfondite in ambito aziendale secondo la tradizione europea (e in parte giap-

(*) Docente di Diritto del lavoro presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

ponese) della mobilità sociale «sul posto», mentre crescono i tragitti *worker-portfolio*, nei quali le esperienze si accumulano cambiando azienda, secondo la tradizione americana della mobilità sociale «fra i posti». Negli anni novanta, alle esigenze di flessibilità si somma l'imperativo della lotta alla disoccupazione, e i lavori non *standard* sembrano – a torto o a ragione – rappresentare un impulso per creare nuova occupazione. Questo interesse pubblico all'occupabilità ha contribuito a modificare l'identità stessa del diritto del lavoro, che rappresenta sempre più una tecnica normativa di incentivazione dell'impiego e dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

A queste esigenze di flessibilità e occupabilità ha fatto riscontro l'attivismo dei diversi legislatori nazionali, reso evidente sia dall'emanazione di discipline originali sia dalla riforma di quelle già esistenti, e un orientamento più duttile delle organizzazioni sindacali, da tempo ormai non più inclini, come in passato, a un rifiuto pregiudiziale delle tipologie di rapporto di lavoro diverse dal modello *standard*. Ormai, lavoro «non *standard*» o atipico è una formula verbale cui non è più possibile attribuire lo stesso significato di un tempo. I lavori non *standard* sempre meno nel futuro potranno essere considerati «atipici»: già adesso quella formula risulta inappropriata, perché il lavoro non *standard* non è un lavoro marginale, ma sempre più centrale nella realtà odierna dei mercati del lavoro, stimandosi che esso copra – assieme alle nuove forme di lavoro autonomo – il 48,5% dell'intera forza lavoro nell'Unione europea (1).

In Italia le istanze di flessibilità che permeano il decreto legislativo n. 276/2003 si sono tradotte nella proliferazione di schemi negoziali alternativi al modello di lavoro subordinato *standard*, nella direzione di una più accentuata «frantumazione» del tipo contrattuale che – come altri ha osservato – sottende a un progetto di «destrutturazione sistemica» del diritto del lavoro (Carinci 2002); anche se, in tal caso, l'orientamento alla flessibilità viene giustificato dal «fine di contrastare tecniche fraudolente o addirittura apertamente *contra legem*» di lavoro subordinato (Relazione al d.lgs. n. 276/2003). Se questo era l'obiettivo, non si comprende la ragione del ricorso a nuove tipologie contrattuali derivanti dall'intreccio tra forme di flessibilità già esistenti (nel caso del lavoro intermittente, il lavoro interinale e il *part-time* ciclico) o di nuova creazione (*staff leasing*), secondo un progetto di moltiplicazione di forme flessibili in entrata nel mercato del lavoro, che appare frutto, al di là delle asseri-

(1) *Employment in Europe, 2006, Statistical Annex.*

te «buone intenzioni» del legislatore delegato, di una vistosa opzione ideologica, centrata sull'idea di flessibilità intesa non già come mera «tecnica» nell'ambito di un disegno di ricomposizione sistemica del lavoro «in generale» (Perulli 2002), bensì quale «criterio della regolazione e al tempo stesso valore presupposto» (Mariucci 2004). Una flessibilità, per di più, a senso unico, che si limita a decostruire le rigidità senza porsi il problema di ricostruire un quadro organizzato, e possibilmente coerente, di regole sulla flessibilità, disegnando i tratti di un mercato del lavoro fortemente segmentato, in cui ampie fasce di lavoratori restano ai margini del sistema produttivo, confinate in circuiti di precarietà che si riflettono nel livello di protezione sociale, nell'investimento in formazione, nella capacità di mantenimento dell'occupazione e nei percorsi di crescita professionale.

Parallelamente alla diffusione di lavori non *standard* nell'ambito del lavoro subordinato, assistiamo da qualche tempo a una diffusione di forme nuove di lavoro autonomo che chiamano in causa la tradizionale distinzione tra *dependant* e *self-employment work*, tipica di tutti i sistemi europei di diritto del lavoro. L'ipotesi avanzata in letteratura è che l'evoluzione dei modi di produzione e di organizzazione secondo strategie di destrutturazione aziendale e di *outsourcing* abbia mobilitato una «seconda generazione» di lavoro autonomo, caratterizzata da un coordinamento organizzativo con l'impresa e da una spiccata dipendenza economica del prestatore di lavoro. Questo fenomeno indica una crisi della tradizionale dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, fonte di disparità di trattamento sempre meno giustificabili, suggerendo di riconcettualizzare i criteri di qualificazione dei rapporti e le relative tutele, nella direzione di un tendenziale superamento (o di una accentuata relativizzazione) della tradizionale distinzione. In guisa differenziata, il dibattito italiano sulla necessità di una «rimodulazione delle tutele», l'ipotesi di un *tertium genus* tra il lavoro subordinato e quello autonomo, la prospettiva di un ampliamento della fattispecie di subordinazione mediante la creazione di un contratto di lavoro per conto altrui – così come l'idea di *contract labour* discussa in sede internazionale e le suggestioni provenienti da importanti segmenti di legislazione comunitaria – sono elementi significativi di questo processo di rivisitazione critica delle categorie tradizionali.

2. — *L'emergenza del lavoro atipico* — La crescente diffusione dei lavori non *standard* pone alcune sfide al diritto del lavoro, e ne segnala i

profondi mutamenti in corso. In particolare, sono due i processi evolutivi che devono essere colti: il primo riguarda la frammentazione e differenziazione regolativa del diritto del lavoro subordinato, il secondo l'emergenza del lavoro autonomo economicamente dipendente.

Quanto alla prima tendenza è noto che il diritto del lavoro, storicamente cresciuto attorno all'idea di lavoro *standard*, ha costruito discipline omogenee, pensate e calibrate sulla figura social-tipica di lavoratore subordinato. Questa unitarietà del tipo contrattuale è oggi messa in crisi dalla moltiplicazione delle forme di lavoro atipiche o non *standard*, che pongono un problema di *razionalità regolativa* del diritto del lavoro come disciplina correttiva degli squilibri di potere sul mercato del lavoro. In tutti i sistemi giuridici europei i lavori atipici tendono, infatti, a spezzare l'unità della regolamentazione protettiva del rapporto, e a limitarne l'impatto garantistico mediante una frammentazione tipologica (o de-standardizzazione del contratto di lavoro), cui consegue una accentuata e irrazionale diversificazione regolativa. Sotto il profilo sociale il lavoro non *standard* desta preoccupazioni soprattutto perché comporta maggiori probabilità e/o frequenza di percorsi professionali discontinui, che ostacolano l'accumulo di esperienze rendendo incerto il ricollocamento professionale, tortuose le carriere lavorative, quasi impossibili i progetti di vita. Dalle forme estreme di *casual work* (*job on call*, contratti di lavoro a zero ore), alle forme più tradizionali (contratto a termine, *part-time*), sino alle più recenti proposte innovative (il *contrat à projet* e il *contrat première embauche* in Francia), la crescita e moltiplicazione dei lavori non *standard* pone una serie di problemi di regolazione e di creazione di un più adeguato e avanzato *floor of rights* volto ad assicurare a questi lavoratori condizioni di lavoro decenti, percorsi di stabilizzazione, salvaguardia della volontarietà dell'accesso a queste forme contrattuali. Come è stato rilevato da Silvana Sciarra nel suo *General Report* per la Commissione europea, le soluzioni adottate dagli Stati membri dimostrano l'insufficienza del principio di non discriminazione, sancito dalle direttive comunitarie in materia di *part-time* e di contratto a termine, a introdurre *standard* di protezione comparabili, mentre l'attenzione dei legislatori nazionali dovrebbe focalizzarsi sulla debolezza di questi lavoratori, sulla non volontarietà dell'accesso ai lavori atipici e sui connessi rischi di esclusione e di marginalità sociale (Sciarra 2003). Il lavoro non *standard* dovrebbe insomma essere una scelta e non una condizione imposta o subita dal prestatore di lavoro, come accade nel caso del *temps partiel choisi* [che in alcuni si-

stemi è previsto come diritto del lavoratore, anche con qualifica dirigenziale (Germania) salvo motivato diniego dell'azienda], e in generale del *temps choisi*, che dovrebbe essere inteso come un aspetto della protezione delle libertà fondamentali nella vita professionale. Gli Stati membri dovrebbero inoltre predisporre congegni normativi volti a evitare che l'impiego non *standard* diventi una sorta di «trappola» senza uscita. Interessante, sotto questo aspetto, la disciplina francese che consente al lavoratore a tempo determinato di recedere *ante tempus* qualora egli abbia intercettato un'occasione lavorativa stabile; tuttavia, in generale, i legislatori nazionali non hanno predisposto reali ed efficaci garanzie di mobilità dal lavoro non *standard* al lavoro *standard*.

Al limite, le forme di lavoro non *standard* rappresentano una vera e propria «via di fuga» dal diritto del lavoro; un modo per portare i rapporti di lavoro fuori dai meccanismi di tutela tipici del diritto del lavoro. È il caso, per esempio, dei rapporti di lavoro su base triangolare (*agency/employee/user*), i quali, in alcuni paesi europei rischiano di essere qualificati come *self-employment* in ragione della peculiare dissociazione tra utilizzatore e datore di lavoro. Ma senza arrivare a questi eccessi, con il modello dell'*agency work* (di cui il lavoro temporaneo rappresenta espressione tipica in tutti i sistemi europei) il diritto del lavoro entra decisamente in una logica commerciale, secondo la quale il lavoro viene «somministrato» (artt. 20 ss., d.lgs. n. 276/2003), e il contratto di lavoro, da istituto principale e insostituibile per mediare giuridicamente lo scambio tra lavoro e retribuzione, regredisce a *medium* strumentale entro una cornice in cui all'impresa è concessa la facoltà di acquisire forza lavoro senza divenire datore di lavoro. Questo superamento del principio della coincidenza tra utilizzatore della prestazione e datore di lavoro, che agevola il decentramento produttivo e organizzativo dell'impresa nelle forme dell'esternalizzazione e dell'*outsourcing*, pone una serie di problemi regolativi e di controllo motivati dall'esigenza di tutelare il lavoratore dal rischio di frode o di abuso che discendono dalla peculiare struttura trilaterale del rapporto: dalla allocazione dei rischi e delle responsabilità, alla solidarietà nelle obbligazioni, al sistema delle autorizzazioni o licenze per le agenzie onde garantire affidabilità e solidità finanziaria dei soggetti che svolgono attività di fornitura. La tendenza a fornire al lavoro temporaneo nuove e migliori garanzie è presente in molti paesi europei, ed è al centro della proposta di direttiva comunitaria, tuttora giacente, che dovrebbe fornire la base per uno «Statuto» dei lavoratori temporanei.

3. — *Lavoro atipico: il ruolo delle politiche europee* — Le tutele predisposte dal diritto comunitario nella costruzione dell'Europa sociale, basata sull'adozione di *standards* minimi uniformi e su norme di carattere vincolante, erano pensate per un altro lavoro e per altri lavoratori: i sistemi di *welfare* più evoluti, infatti, garantivano che la continuità dell'impiego non fosse minacciata da crisi aziendali e da inadempienze imprenditoriali. Oggi il *welfare* deve garantire che nessuno perda diritti e nessun diritto venga perduto nella discontinuità dell'impiego. La questione di cittadinanza del lavoro, posta in epoca fordista da Marshall – il quale scrisse che «un uomo che ha perso il suo lavoro, ha perso il suo passaporto per la società» –, si ripropone nel post-fordismo con la richiesta allo Stato di garantire la «continuità di cittadinanza nella discontinuità dei tragitti lavorativi» (Accornero 2005). Una vita lavorativa più flessibile, infatti, non può spezzarsi quando si passa da un impiego all'altro, oppure da un lavoro dipendente a un lavoro autonomo, o viceversa: questo principio è basilare per una sicurezza sociale che aggiorni le tutele di ieri senza rinunciare al cammino storico della solidarietà e dell'uguaglianza. Sotto questo profilo, il post-fordismo sembrerebbe proporre un lavoro di qualità e una partecipazione responsabile.

In questo processo è cruciale il ruolo dell'Europa e la qualità delle sue politiche. A partire dalla primavera del 2000, con il Consiglio europeo di Lisbona, il dibattito sulle politiche occupazionali in ambito comunitario registra un graduale ma significativo spostamento: l'obiettivo non è più la crescita dell'occupazione *tout court*, bensì la crescita dell'occupazione di qualità. La strategia inaugurata a Lisbona, richiamando i temi del bilanciamento tra flessibilità e sicurezza (la *flexicurity*) e la buona occupazione (*more and better jobs*) precisa e in parte modifica gli obiettivi perseguiti dalle *guidelines* sull'occupabilità e sull'adattabilità adottate a partire da Amsterdam. In realtà, lavoro non *standard* (atipico e flessibile) e «buoni lavori» sono concetti tra loro difficilmente conciliabili. La stessa Commissione europea (Com (2001) 313 final) non ha esitato a registrare le inquietudini che suscita la materia dei lavori atipici in rapporto alla qualità dell'impiego e all'esclusione sociale, giungendo ad affermare che l'importanza crescente delle forme di lavoro flessibili potrebbe risultare incompatibile con i fattori che caratterizzano la qualità dell'impiego, quali la sicurezza del posto di lavoro, la possibilità di fruire di formazione continua, le prospettive di carriera, la salute e sicurezza sul lavoro. Di conseguenza, dato lo stretto legame tra la (bassa) qualità del lavoro e l'esclusione sociale, le linee di *policy* tradizionali, basate sul-

lo stato sociale attivo (sicurezza sul mercato), dovrebbero necessariamente essere integrate da interventi relativi al contratto e al rapporto. Vengono in rilievo, anzitutto, le condizioni di lavoro, ma anche i regimi di orario che permettano di realizzare un equilibrio tra sfera professionale e vita extra-professionale, nonché il raggiungimento di posizioni più elevate. In sostanza, se la *flexicurity* è un aspetto della qualità del lavoro, l'obiettivo generale e orizzontale della qualità impone un ripensamento complessivo dei quattro pilastri, che potrebbe ri-orientare le politiche relative (in particolare quello sull'adattabilità), collocando nella giusta dimensione la protezione sul mercato, le tutele nel rapporto e le garanzie dei suoi contenuti qualitativi.

Tuttavia, su questo nodo centrale pesano, da una parte, le modificazioni che proprio a partire da Lisbona interesseranno il metodo di regolazione e promozione delle politiche sociali comunitarie, onde, con la formalizzazione del Metodo Aperto di Coordinamento, tende a perdersi ogni reale convergenza verso obiettivi sociali comuni all'interno dell'Unione; dall'altra parte il progressivo slittamento da una prospettiva di conciliazione tra politica economica, politica dell'impiego e politica sociale centrata su obiettivi comuni a favore di una modernizzazione del modello sociale verso una flessibilità a senso unico, sul presupposto, peraltro ampiamente condiviso nei paesi membri, che la competitività delle imprese determini lo sviluppo dell'occupazione. È questo il senso del Consiglio europeo di Lussemburgo, ove, in una logica di compromesso tra liberisti e istituzionalisti, si accentuano i temi del *welfare* attivo e la prospettazione di strategie di sviluppo fondate sulla *flexicurity*, sulla maggiore crescita dei settori ad alta intensità di lavoro, sulla maggiore formazione ad alto valore aggiunto, sui sussidi di disoccupazione come incentivo per il ritorno sul mercato del lavoro. Il bilancio complessivo, comunque, non può certo dirsi soddisfacente. La capacità di guida e di governo della *flexicurity* a livello comunitario non viene, infatti, sostenuta da procedure e strumenti adeguati: con la conseguenza che le tendenze nazionali alla *deregulation*, solo debolmente controbilanciate dalle direttive sui contratti atipici, non trovano un bilanciamento in politiche europee attive e «capaci di evitare che la flessibilità si traduca in precarietà» (Treu 2006a). L'inversione di tendenza registrata con il Consiglio europeo di Barcellona getta ombre sinistre sulle politiche sociali europee: il problema della sostenibilità, della riduzione della spesa, della parità di bilancio prende il sopravvento sul problema delle politiche sociali, mentre *l'Economic Policy Committee* assegna priorità al-

l'elaborazione di strategie economiche fortemente orientate alla crescita, con un'accentuazione delle posizioni liberiste fondate su *deregulation*, aumento della flessibilità salariale, riforma accelerata del mercato del lavoro, ribilanciamento del concetto di sicurezza dei posti di lavoro. La crisi dell'Europa sociale si consuma, quindi, senza che un effettivo ripensamento della strategia di Lisbona produca concretamente alternative alla logica liberista e ipotesi per un rilancio di un nuovo modello di *welfare* (Bosi 2005), proprio mentre aumenta in tutti i paesi europei il senso di vulnerabilità a fronte dell'insicurezza e del rischio che caratterizza l'odierna società flessibile (Treu 2006b).

Segnali di possibile ripresa di un'iniziativa comunitaria sono percepibili, per vero, nel recente *Green Paper* della Commissione europea dedicata agli adattamenti del diritto del lavoro al fine di assicurare *flexibility and security for all*. In questo documento si cerca di identificare il ruolo che il diritto del lavoro deve giocare sul tema della flessibilità, combinando flessibilità e sicurezza, indipendentemente dalle forme contrattuali, e promuovendo un dibattito sulle forme che la regolazione dovrebbe assumere per fornire supporto ai lavoratori non *standard* e temporanei e richiamare l'attenzione dei governi sulle necessità di cooperazione nel mercato del lavoro europeo al fine di rafforzare l'effettività dei diritti e la repressione del lavoro irregolare e dell'utilizzo improprio delle forme contrattuali flessibili. Si tratta di indicazioni che dovranno essere supportate da politiche volte sia a prevedere regole limitative delle varie forme di lavoro flessibile, sia volte alla costruzione di un *welfare* comune a questi lavori. Pesa, tuttavia, su questo possibile scenario, l'ipotesi di un mutamento delle strategie normative nell'ambito della *governance* europea, all'interno della quale il Metodo Aperto di Coordinamento rappresenta l'emblema dell'impotenza che attualmente caratterizza le attività comunitarie in campo sociale e alla vera e propria «diluizione» delle politiche sociali (Lyon-Caen, Affichard 2004; per una lettura diversa v. Caruso 2006). Solo se l'Ue saprà riprendere il cammino dell'armonizzazione e della convergenza, oltre e sopra i confini «aperti» dal metodo di coordinamento, e ripensare i modelli di azione in vista della creazione di regole di diritto, l'Europa potrà fornire utili strumenti per correggere le tendenze precarizzanti che caratterizzano il mercato del lavoro.

4. — *L'emergenza del lavoro autonomo economicamente dipendente e le sfide regolative che essa pone* — Negli ultimi anni si registra in molti pae-

si occidentali l'emergenza di nuove forme di lavoro collocate nella *grey zone* tra il lavoro autonomo tradizionale e il lavoro subordinato. Per descrivere questa tipologia sono stati usati differenti nozioni: lavoratori economicamente dipendenti, lavoratori parasubordinati, persone simili ai lavoratori subordinati ecc. Si tratta di lavoratori autonomi che presentano caratteristiche particolari (bisogno di protezione sociale, mancanza di rapporto diretto con il mercato, mono-committenza, connessione funzionale con l'organizzazione imprenditoriale, assoggettamento a poteri di coordinamento della prestazione), rispetto ai quali gli ordinamenti giuridici adottano soluzioni differenziate. Certi sistemi (Italia, Germania, Olanda) applicano selettivamente talune normative tipiche del lavoro subordinato, in materia di salute e sicurezza, recesso, protezione sociale. In altri paesi, come la Francia, operano dei meccanismi di assimilazione (art. 781-1, *Code du travail*) o di presunzione di lavoro subordinato per certe figure professionali (Perulli 2003).

Al di là delle dispute statistiche – peraltro irrisolvibili, data la mancanza di reali e affidabili dati concernenti il fenomeno – la questione del lavoro autonomo di nuova generazione rappresenta una delle più importanti trasformazioni sociali delle economie avanzate: non a caso la materia del lavoro «economicamente dipendente» è al centro dei riflettori in ambito comunitario, ove da una parte si sottolinea la necessità di ripensare a un comune *floor of right* per tutti lavoratori «atipici», compresi i parasubordinati (Sciarra 2003), dall'altra si indirizza verso quest'area complessa – da distinguersi nettamente dal fenomeno dei falsi autonomi – una rinnovata attenzione in termini di specifici diritti dedicati ai parasubordinati (*Green Paper* 2006). Queste forme di lavoro autonomo – che con un ossimoro taluno chiama «dipendente» – reclamano quindi una rinnovata attenzione da parte dei legislatori: non possono essere lasciate a una mera logica di mercato: da questo punto di vista la nozione di parasubordinazione che il nostro ordinamento conosce ormai da molti anni ha solo parzialmente risposto a questa esigenza: nulle o scarse tutele di base, possibilità – nei fatti ampiamente realizzatasi – di un utilizzo improprio e strumentale dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa per mascherare rapporti di lavoro subordinato.

Il dibattito accademico e politico-sindacale, nei paesi che hanno condotto una riflessione su questo tema, si è polarizzato su tre ipotesi di riforma. La prima consiste nel creare un nuovo tipo contrattuale (*tertium genus*) che si aggiunga al lavoro subordinato e al lavoro autonomo; la seconda prevede un ampliamento del campo di applicazione del di-

ritto del lavoro (in sostanza, nozione allargata di subordinazione, capace di ricomprendere anche le forme di lavoro parasubordinato); la terza prospettiva individua un nucleo di diritti sociali applicabili a tutti i rapporti di lavoro a prescindere dalla loro qualificazione formale. Questa ultima prospettiva sta acquisendo un credito crescente presso la dottrina giuridica europea, che invita i legislatori a ragionare non più secondo una logica binaria e oppositiva tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, ma sulla base di un *continuum* di posizioni accomunate dalla circostanza che il «lavoro per altri» richiede una base comune di garanzie.

Anche in quest'area il ruolo del diritto comunitario appare cruciale, sia sotto forma di *hard law* sia nelle forme meno vincolanti di *soft law*. Il dialogo tra le parti sociali a livello europeo, in particolare, potrebbe predisporre regole appropriate per una Direttiva quadro che individui da un lato, i criteri di identificazione del lavoro autonomo economicamente dipendente, dall'altro un nucleo duro di garanzie calibrate sul rispetto di alcuni diritti fondamentali, che non possono essere prerogativa del solo lavoro subordinato (ad esempio diritti collegati alla dignità, *privacy*, tutela della maternità, salute e sicurezza, formazione ecc.), mentre altri aspetti della regolazione, comportanti oneri finanziari per i sistemi nazionali, potrebbero invece essere affidati al Metodo Aperto di Coordinamento.

5. — *Il lavoro parasubordinato in Italia* — Nell'ultimo decennio il mercato del lavoro italiano si è caratterizzato per una vasta diffusione di forme atipiche di lavoro, tra le quali si annoverano sia gli impieghi flessibili nell'ambito del lavoro subordinato, sia le tipologie del lavoro autonomo di nuova generazione. In una parola, il passaggio da una società «salariale» tipica del fordismo a una società post-fordista dei lavori ha messo in crisi la tradizionale distinzione tra lavoro subordinato e lavoro indipendente, mettendo a nudo anche i rischi di esclusione e di marginalità di quote crescenti di lavoratori, a prescindere dalla natura del loro rapporto d'impiego. La crescita del lavoro coordinato e continuativo, prevalentemente personale, è parte centrale di questo mutamento di fase, e richiama ormai da tempo la necessità di un intervento legislativo volto a stabilire un minimo di regole uniformi (in termini di diritti e garanzie) per tutti i lavoratori, siano essi subordinati o autonomi. La figura del lavoro a progetto, introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, rappresenta un tentativo (come vedremo, per molti versi non riuscito) di razionalizzare questa complessa materia. Il presupposto da cui è partito il governo

è la sostanziale natura fraudolenta delle collaborazioni, da cui la necessità di ricondurre nell'alveo del lavoro subordinato gran parte di quei rapporti, traghettando nel lavoro a progetto solo le collaborazioni genuinamente autonome, caratterizzate in termini più rigorosi che in passato. Questa lettura «garantista» diventa poi la giustificazione per operare gli interventi di flessibilizzazione sul versante delle tipologie contrattuali (lavoro a chiamata, intermittente, ripartito, occasionale, accessorio, somministrazione), il cui punto di ricaduta dovrebbe essere un mercato del lavoro subordinato iper-flessibile, tale da indurre le imprese ad attivare solo collaborazioni genuine e non più, come in passato, falsi rapporti di parasubordinazione.

Ma veniamo al cuore della riforma, vale a dire la *definizione* della fattispecie e i relativi trattamenti. Sotto entrambi gli aspetti il risultato legislativo lascia ampiamente insoddisfatti. Quanto alla nozione, è difficile pensare che la «riconduzione a un progetto/programma di lavoro o fase di esso» sia elemento sufficiente per evitare un uso fraudolento delle collaborazioni. La nozione di progetto/programma/fase di lavoro è talmente ampia e dall'incertezza semantica che può legittimare qualsivoglia operazione manipolatoria. Non è chiaro, peraltro, se il progetto rappresenti l'oggetto della prestazione (ciò che il prestatore deve fare) o se invece rappresenti la funzione aziendale o lo schema preordinato di attività all'interno del quale si colloca la prestazione: sul punto la dottrina giuridica è profondamente divisa, e solo l'esperienza giurisprudenziale chiarirà forse il dilemma. Altro elemento apparentemente innovativo è la delimitazione nel tempo della collaborazione, che, ai sensi dell'art. 61, deve avere un termine determinato o determinabile. Tuttavia, a ben vedere, anche le vecchie co.co.co. avrebbero dovuto avere un termine, trattandosi di prestazioni d'opera o di servizio (art. 2222 cod. civ.), mentre il decreto non prevede alcuna sanzione in caso di reiterazione nel tempo di più contratti a progetto. Tutto ciò depone nel senso di una caratterizzazione assai poco rigorosa della nuova fattispecie, contrariamente alle finalità che il legislatore si proponeva.

Quanto alla *disciplina*, poi, la maggior parte delle (poche) norme di tutela erano già presenti nell'ordinamento (per esempio in materia di salute e sicurezza, tutela antinfortunistica), mentre le disposizioni davvero nuove sono di scarsa portata pratica, e alcune di esse sono peraltro derogabili dalle parti. Nulla che faccia pensare, insomma, a uno statuto giuridico del lavoratore parasubordinato adeguato alle esigenze di protezione che questa categoria di lavoratori sembra invece richiedere. Come

dimostra, per esempio, uno studio del Censis, secondo il quale il 58,1% del campione considera il contratto di collaborazione penalizzante nella formazione rispetto al contratto di lavoro subordinato, mentre il 65,6% segnala gli svantaggi in materia previdenziale, il 75,4% valuta la condizione del collaboratore svantaggiosa nell'ambito della stabilità lavorativa e il 66,3% reputa penalizzante, in materia di tutele sindacali, questa modalità lavorativa rispetto al contratto di lavoro *standard*.

A tre anni dall'entrata in vigore della riforma del mercato del lavoro la materia del lavoro a progetto continua a rappresentare uno dei punti più spinosi e irrisolti della normativa italiana sulla flessibilità. Alla prova dei fatti, è chiaro che i risultati attesi non si sono prodotti e il lavoro a progetto ha dimostrato di basarsi su una serie di scelte fallaci. Innanzi tutto dal punto di vista del *metodo*: il legislatore ha confermato e, anzi, accentuato la tradizionale scansione binaria tra autonomia e subordinazione proprio nel momento in cui poteva essere matura un'opzione diversa e lungimirante che tenesse conto dell'osmosi tra lavoro dipendente e indipendente nelle nuove forme che esse assumono e sostituisse alla polarizzazione ortodossa una modulazione di tutele lungo il *continuum* che dalla subordinazione porta alla vera autonomia. In secondo luogo dal punto di vista della *tecnica*, che ci consegna un testo condensato di errori sistematici e di contraddizioni normative. In terzo luogo dal punto di vista dei *contenuti normativi*: basti pensare all'indeterminatezza semantica delle nozioni di progetto/programma/fase di lavoro, che non hanno alcuna capacità selettiva o virtù tipizzante. In quarto luogo, dal punto di vista *prospettico*, perché la *ratio* dell'istituto è appiattita su una visione meramente fraudolenta del fenomeno delle collaborazioni coordinate e continuative – che pure per le ragioni dette il legislatore non riesce a contrastare –; in sostanza il fenomeno del lavoro autonomo di nuova generazione viene totalmente identificato con il *falso lavoro autonomo*, mentre esso va interpretato con lenti più complesse e raffinate, che facciano emergere la sua eterogeneità: accanto a fenomeni patologici (da reprimere) le nuove caratteristiche genuinamente imprenditive di un lavoro autonomo coordinato al processo produttivo altrui, da promuovere e da mettere in sicurezza con adeguate tutele, anche perché si tratta di un modello capace di fornire un paradigma per leggere l'evoluzione del lavoro in generale. In quinto luogo per come sono state apprestate le *tutele*, che sono ancora deboli e per certi versi regressive rispetto allo stesso diritto comune dei contratti.

6. — *Il lavoro a progetto nei* call center*: tra interpretazione ministeriale…* — Presentato dal governo Berlusconi come uno strumento di reazione contro un uso improprio e dilagante delle collaborazioni coordinate e continuative, il contratto di lavoro a progetto non è affatto uno strumento normativo selettivo e non pone reali argini a un uso fraudolento delle collaborazioni. Particolarmente significativa, al riguardo, appare la vicenda dei lavoratori addetti ai *call center*, al centro di una serie di importanti accordi sindacali e ora fatti oggetto di una massiccia campagna ispettiva. Il mondo variegato dei *call center* raggruppa attività svolte *in house* (interne alle aziende) e attività svolte per conto terzi (in *outsourcing*); quest'ultime in continua espansione. Dei lavoratori addetti a queste attività le statistiche ci consegnano l'immagine di una popolazione lavorativa giovane e prevalentemente femminile, impiegati con rapporti di lavoro atipico. Ma ciò che più colpisce delle caratteristiche del lavoro nei *call center* è la scarsissima possibilità di controllo e di autonomia che gli impiegati hanno sulle modalità delle prestazioni e sui tempi, non a caso identificata dagli psicologi del lavoro come un fattore decisivo di *stress* lavorativo. I contenuti delle mansioni sono caratterizzati da monotonia e ripetitività, mentre i controlli sulla attività prestatoria e sulle *performance* individuali e collettive sono particolarmente penetranti, sistematiche e stringenti: sia dal punto di vista quantitativo (quante telefonate sono state accettate, la lunghezza delle telefonate, quanto tempo intercorre tra una telefonata e l'altra), sia di tipo qualitativo (al fine di rilevare la qualità delle telefonate attraverso l'ascolto delle telefonate stesse, con l'obiettivo di verificare il grado di soddisfazione del cliente) (2). Queste caratteristiche – che hanno portato qualche analista a richiamare, per questa categoria di lavori, il modello del controllo panoptico teorizzato e auspicato da numerosi studi di organizzazione aziendale e stigmatizzato da Foucault come l'apoteosi della «società del controllo» – dovrebbero essere sufficienti per qualificare il rapporto di lavoro degli addetti ai *call center* nell'area della subordinazione giuridica: non a caso l'indagine comparata ci dimostra che proprio la subordinazione rappresenta il regime giuridico di gran lunga più diffuso nei paesi europei (ovviamente nelle declinazioni atipiche: contratto a tempo determinato e lavoro interinale *in primis*), mentre l'inquadramento nell'area del lavoro indipendente è una caratteristica

(2) A.S.L. Milano, Linee guida per il lavoro nei *call center*.

dell'Italia e in misura minore del Belgio (Altieri 2002). Del resto, la stessa iniziativa sindacale, che sconta su questi terreni una tradizionale difficoltà (basti guardare ai tassi bassissimi di sindacalizzazione all'interno delle società di *call center*), non può dirsi aver brillato per soluzioni contrattuali. Dall'ipotesi di Accordo quadro tra Assocallcenter e C.G.I.L., C.I.S.L., U.I.L. del marzo 2004, che pur con qualche aggiunta migliorativa legittima il ricorso al lavoro a progetto per queste categorie di prestatori, al contestatissimo Accordo Atesia siglato a Roma l'11 aprile 2006, relativo all'azienda che gestisce numerosi *call center* (tra i quali quelli di Telecom, Alitalia e Sky), l'attività sindacale si ferma spesso a una «registrazione» dell'esistente o riesce, tutt'al più, ad aprire faticosi percorsi di lenta e graduale stabilizzazione. L'accordo da ultimo menzionato rappresenta l'emblema di questa difficoltà: attaccato da destra, perché legittima l'utilizzo del lavoro a progetto invece dello *staff leasing*, e da sinistra, perché non risolve il problema del precariato scardinando il rapporto numerico tra apprendisti e lavoratori a tempo indeterminato, l'Accordo Atesia, peraltro migliorativo rispetto a quello del 2004 tra Telecom e sindacati, prevede l'utilizzo massiccio del contratto di inserimento e dell'apprendistato professionalizzante, riservando l'assunzione a tempo indeterminato a una quota esigua di lavoratori.

Non desta stupore, quindi, che tra i primi atti del neo-Ministro del lavoro si segnali una circolare (n. 17 del 14 giugno 2006) relativa ai controlli circa la legittimità del lavoro a progetto nei *call center*. Si tratta di indicazioni fornite ai servizi ispettivi onde assicurare la tendenziale omogeneità dei controlli, ma la circolare presenta indubbi profili di interesse che riguardano l'intero e variegato mondo delle collaborazioni a progetto, su cui peraltro il Ministro si riserva di intervenire nell'immediato futuro in relazione ad altre tipologie per le quali l'applicazione della normativa «ha parimenti presentato profili di problematicità».

Nel merito, la circolare tenta di ricondurre il lavoro a progetto a una più rigorosa definizione, a partire proprio dalla problematica nozione di «progetto». Da una parte, recependo quanto sin qui statuito dalla (rara) giurisprudenza in materia (in particolare del Tribunale di Torino) si afferma che il progetto non può coincidere totalmente con l'attività principale o accessoria dell'impresa, né può a essa sovrapporsi; dall'altro si insiste – contrariamente a quanto affermato dalla circolare del 2004 – sugli aspetti legati al «risultato» dell'attività lavorativa, con i conseguenti corollari dell'autonomia organizzativa di cui deve godere il collaborato-

re e della intrinseca temporaneità della relativa tipologia contrattuale; nonché della temporaneità, nel senso della intrinseca delimitazione temporale di tale tipologia di attività. Ne deriva che il lavoratore a progetto non può risultare astretto da un orario di lavoro, anche se all'interno di fasce orarie prestabilite, ma deve poter auto-determinare, senza necessità di preventiva autorizzazione o successiva giustificazione, il ritmo di lavoro, la quantità di prestazione da eseguire e la collocazione temporale della stessa, le eventuali sospensioni della prestazione giornaliera; inoltre deve percepire un compenso collegato al risultato enucleato nel progetto, mentre non può essere destinatario di atti di esercizio del potere disciplinare né dello *ius variandi*, che nel lavoro subordinato consente al datore di variare unilateralmente talune condizioni contrattuali originariamente convenute.

Insomma, ci dice plasticamente la circolare, il lavoratore a progetto deve essere un lavoratore genuinamente *autonomo*; sia pure con le particolarità (e le ambiguità) che derivano dalla sua condizione di autonomia imperfetta, donde la legittimità di una serie di forme di coordinamento con l'organizzazione produttiva del committente. Il che, in fondo, non è certo una novità: non dobbiamo dimenticare, infatti, che il lavoro a progetto non è altro che una prestazione d'*opera* coordinata e continuativa (art. 409 cod. proc. civ.) nella *modalità* a progetto, vale a dire con l'aggiunta di un requisito che dovrebbe – in linea di principio – garantire con maggior sicurezza la genuinità del lavoro autonomo dedotto in obbligazione. In considerazione di tali requisiti essenziali e qualificanti, afferma la circolare, può senz'altro configurarsi un genuino progetto «con riferimento alle campagne *out bound* nell'ambito delle quali il compito assegnato al collaboratore è quello di rendersi attivo nel contattare, per un arco di tempo determinato, l'utenza di un prodotto o servizio riconducibile a un singolo committente». In questi casi il progetto, ravvisabile in una singola campagna telefonica, è ravvisabile purché le attività operative telefoniche siano idonee a configurare un risultato, «determinato nei suoi contenuti qualificanti, che l'operatore telefonico assume l'obbligo di eseguire entro un termine prestabilito e con possibilità di autodeterminare il ritmo di lavoro». Al contrario, nelle attività *in bound* l'operatore non gestisce la propria attività, limitandosi a mettere a disposizione del datore di lavoro le proprie energie psicofisiche per un dato periodo di tempo. In tal caso si versa, insomma, in un tipico caso di lavoro autonomo simulato, se non in una vera e propria fattispecie

di frode alla legge, onde il personale ispettivo procederà riconducendo tale attività alla subordinazione, e adottando i conseguenti provvedimenti di carattere sanzionatorio e contributivo. In questa prospettiva si muove la più recente iniziativa delle parti sociali, le quali, con un Avviso comune per la corretta attuazione delle istruzioni fornite dalla circolare, hanno inteso individuare un percorso negoziale di trasformazione delle collaborazioni a progetto, una sorta di traghettamento contrattato a livello aziendale dei rapporti di lavoro aventi a oggetto attività *in bound* svolte in via temporalmente prevalente, chiedendo al governo l'adozione, nella legge finanziaria, di una norma sul versamento di una contribuzione aggiuntiva a quella già versata dall'azienda, da accreditare sulla posizione previdenziale individuale già attivata per il collaboratore autonomo presso la gestione separata I.N.P.S.

È auspicabile che grazie a queste precisazioni il lavoro a progetto veda ridurre la sua carica di potenziale strumento volto a un utilizzo fraudolento dello schema legale per mascherare rapporti di lavoro subordinato. Ovviamente, il giudizio complessivo sulla portata della circolare dipende dai punti di vista: qualcuno potrebbe sostenere – e già inizia a circolare questa critica – che la circolare attua un intervento troppo restrittivo su una materia già di per sé soggetta ad ampio intervento eteronomo, con gli effetti di un dannoso irrigidimento del mercato del lavoro. Dal mio punto di vista mi limito a rilevare che i contenuti della circolare, nel sottolineare gli aspetti di autonomia di cui deve godere il prestatore – con particolare riferimento al carattere di autonomia tecnico-esecutiva e agli aspetti di autodeterminazione dei ritmi e degli orari di lavoro –, non aggiunge *nulla* di nuovo a quanto già acquisito nella incessante riflessione dottrinale e nella risalente pratica giurisprudenziale sulla fattispecie di subordinazione; che non occorreva una circolare ministeriale sul lavoro a progetto per legittimare un massiccio controllo ispettivo circa contesti lavorativi i quali, come si detto, rappresentano nella maggior parte dei casi veri e propri luoghi elettivi per prestazioni rese con le più classiche e vistose stigmate della subordinazione giuridica; che questa circolare, pure prestatasi a rilanciare il mito dell'anima laburista della riforma del mercato del lavoro, dimostra una volta di più le profonde contraddizioni e ambiguità normative che caratterizzano la disciplina del lavoro a progetto, onde l'unica seria prospettiva è quella della sua ampia rivisitazione, se non della totale abrogazione.

7. — Segue:… *e prospettive di riforma* — Comunque si vogliano vedere le cose, è ragionevole pensare che l'opera del nuovo Ministro non si fermi alla mera formulazione di indicazioni operative sulla normativa esistente, ma si ponga nella necessaria ottica di rivisitare il lavoro a progetto, sperimentando soluzioni inedite nel potenziare la dotazione individuale e collettiva di fattori che incidono sul potere contrattuale del prestatore, introducendo nuove garanzie welfaristiche e infine operando una tendenziale parificazione dei costi delle prestazioni lavorative subordinate e parasubordinate a progetto. Solo in questa prospettiva si potranno coniugare le esigenze di certezza del diritto (con vantaggio anche di chi, professionista e operatore, il diritto lo deve interpretare e applicare) con le istanze di tutela e di equità di un mercato del lavoro sempre più segmentato, frammentato e caotico.

A questo punto si aprono varie opzioni di politica legislativa: una minimalista, una massimalista, e una intermedia.

L'opzione minimale consiste nella rivisitazione del lavoro a progetto volta a renderlo più praticabile e fornire alcune tutele. Questa prospettiva non può essere soddisfatta mediante un'azione amministrativa, come si è detto già intrapresa dall'attuale Ministro del lavoro, ma richiede una serie di interventi di *innovazione* legislativa almeno nelle seguenti materie:

a) in materia *retributiva*, ove la legge fa espresso divieto di riferirsi alle disposizioni di contratto collettivo previste per prestazioni analoghe rese in regime di subordinazione: la preclusione è irrazionale ed è causa di una tendenziale sotto-retribuzione dei lavoratori parasubordinati.

Sempre in materia retributiva, il principio di proporzionalità va rivisto perché mancano reali parametri di riferimento rispetto ai compensi corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto. Inoltre mancano garanzie rafforzate rispetto alle normali situazioni obbligatorie in caso di *mora credendi*, del tipo di quelle previste dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231/2002) o dalla legge sulla subfornitura;

b) in materia di sospensione del rapporto, poiché non è prevista alcuna reale tutela in caso di malattia o infortunio;

c) in materia di estensione temporale dei contratti, in quanto, mancando un divieto di reiterazioni del contratto di lavoro a progetto, risulta possibile dar vita a contratti a catena di durata illimitata anche in relazione ad analoghi progetti o programmi;

d) in materia di recesso, perché la previsione di un recesso acausale con la sola cautela del preavviso in un rapporto a termine è una delle più intollerabili anomalie sistematiche che presenta la legge sul lavoro a progetto. E che fa retrocedere questa garanzia elementare rispetto agli stessi princìpi generali di diritto privato;

e) mancano del tutto garanzie sul piano dei diritti collettivi e sindacali.

Personalmente ritengo che nonostante questi possibili miglioramenti la via maestra sia quella della *abrogazione* del lavoro a progetto, mettendo in campo ipotesi legislative alternative.

Una prima proposta è quella che chiamerei di *ri-definizione estensiva della fattispecie di subordinazione*. Questa proposta è presente nel dibattito scientifico e politico-sindacale – non solo in Italia: basti pensare al più recente dibattito tedesco –, e ha certamente delle buone ragioni per essere seguita: ragioni consistenti nella perdita di rilevanza ai fini qualificatori dell'eterodirezione – in sostanza l'assoggettamento del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore – onde per definire il campo di applicazione del diritto del lavoro si dovrebbero individuare nuovi criteri/indici di subordinazione, oppure tornare ai criteri che – come ci ricorda da ultimo Emilio Reyneri – caratterizzarono l'origine del lavoro salariato, vale a dire la *dipendenza economica* e *l'inserimento nell'organizzazione del dipendente* (non a caso si tratta di indici in uso nei sistemi che non conoscono una definizione legale di subordinazione, come in Francia e Inghilterra).

Questo esito tecnicamente può essere realizzato in vari modi:

– In via *diretta* qualificando come subordinato il lavoratore alle dipendenze anche in assenza di eterodirezione in senso stretto. In questo caso si dovrebbe probabilmente abrogare, oltre al lavoro a progetto, lo stesso art. 409 cod. proc. civ., data la sovrapposizione che si determinerebbe tra gli ambiti delineati dalle norme di riferimento (artt. 2094 cod. civ. e 409 cod. proc. civ.).

– Oppure in via *indiretta* creando un contratto unitario di lavoro svolto per conto altrui ma articolato, mediante specifiche pattuizioni, con riguardo alle *modalità esecutive* (etero o auto-determinate) della prestazione; modalità che sarebbero inidonee a modificare le garanzie accordate al lavoratore. In sostanza, le garanzie discendono dal contratto e non dalle modalità esecutive, con la conseguenza che lavoratore subordinato e parasubordinato godono sostanzialmente del medesimo statuto protettivo.

– Infine, questo effetto di ampliamento della fattispecie di subordinazione può realizzarsi qualificando il contratto di lavoro come subordinato o autonomo in ragione del criterio che definirei di *libertà imprenditoriale* (criterio presente nella giurisprudenza inglese e avanzato autorevolmente nel dibattito politico-dottrinale tedesco): in sostanza valutare se il contratto consenta al prestatore di influire sugli indici di imprenditorialità (che sono adozione di decisioni imprenditoriali, imputazione del risultato dell'attività, assunzione del rischio), ciò che consente di qualificare il rapporto come autonomo, ovvero, se questi indici non sono sussistenti, di qualificare il rapporto come subordinato, con applicazione delle tutele nonostante la mancanza in ipotesi di assoggettamento del prestatore a eterodirezione.

Le principali controindicazioni di questo gruppo di proposte, che pure ho detto avere buone ragioni per essere adottate, sono rappresentate *da una parte* dalla dilatazione eccessiva della *ratio* protettiva del lavoro subordinato sino a investire ampie quote di lavoro attualmente qualificato come autonomo e, dall'altra, dalla mancanza di selettività, una sorta di prospettiva omologante che impedisce di modulare le tutele a partire da un nucleo di base di diritti fondamentali e di pensare anche a tutele nuove, diverse da quelle tradizionali, che attengano alle garanzie di particolari forme di lavoro autonomo genuino.

La seconda proposta è, dunque, quella della *modulazione graduale delle tutele*, ossia un diverso sistema di ricomposizione del lavoro attraverso una articolazione delle garanzie per cerchi concentrici: collocando nell'area del cerchio esterno i lavoratori autonomi in senso stretto, nella fascia intermedia i collaboratori coordinati e continuativi cui si riconosce una situazione di «dipendenza economica» comune ai lavoratori subordinati, e, sull'area più interna, i lavoratori subordinati in senso proprio.

Questa prospettiva sta acquisendo un credito crescente nella dottrina giuridica europea e si basa sulla sostituzione della rigida contrapposizione della coppia lavoro subordinato-lavoro autonomo con un *continuum* di attività cui attribuire una serie di garanzie modulate e variabili a partire da un minimo comune a tutte, per poi procedere gradualmente verso protezioni più forti. Una prospettiva metodologica di questo tipo è contenuta nel Rapporto redatto per la commissione europea da un gruppo di studiosi coordinati da Alain Supiot, ove si immagina una tutela del lavoro per cerchi concentrici: un primo cerchio relativo ai diritti sociali universali; un secondo relativo ai di-

ritti fondati sul lavoro non professionale; un terzo cerchio comprendente il diritto comune dell'attività professionale di cui certi fondamenti sono già presenti nel diritto comunitario; un quarto cerchio di diritti applicabili al lavoro subordinato in senso stretto.

Una versione di questo genere, che prende in considerazione l'esigenza di tutela del lavoro economicamente dipendente, è stata elaborata in Spagna da una commissione di esperti designata dal Ministero del lavoro e degli affari sociali la quale, nell'autunno 2005, ha presentato una dettagliata proposta di Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo *(*Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, 2005*). La commissione, oltre a proporre l'applicazione di un regime minimo di garanzie comune per tutti i lavoratori autonomi, non ha mancato di sottolineare, nel suo rapporto introduttivo, la* ruptura del tipo o modelo tradicional de trabajador autónomo y la aparición de nuevas figuras*. Pertanto, pur riconoscendo che* el trabajo autónomo «parasubordinato» o dependiente es una realidad de dificil delimitación (3) *ha scelto di prevedere, nel Capitolo secondo dello Statuto, uno specifico regime professionale per il* trabajador autónomo dependiente*. Questi è definito come colui che, «senza lavoratori dipendenti al suo servizio», presta la propria attività «in forma continuata, coordinata e a favore di un committente prevalente da cui dipende economicamente» (art. 10, comma 1), presumendosi lo stato di dipendenza economica «quando il lavoratore riceva in modo regolare dal medesimo committente compensi che costituiscono la sua principale fonte di reddito» (art. 10, comma 2). Oltre al riconoscimento dei diritti sindacali previsti dal Titolo III (artt. 16-19) e alla facoltà di fruire di un particolare regime di protezione sociale disciplinato nel Titolo IV (artt. 20-24), il lavoratore autonomo dipendente sarebbe destinatario di una peculiare disciplina dei tempi di lavoro (art. 12) incluso il diritto al riposo settimanale e alle ferie (art. 12, comma 1) e sarebbe assistito anche da un relativo regime di stabilità del rapporto, dal momento che, diversamente dalle dimissioni del lavoratore, per le quali è previsto il semplice preavviso (art. 13, lett.* d*), il recesso per volontà dell'imprenditore committente potrebbe essere esercitato solo in presenza di una* causa iustificada *(art. 13).*

Il progetto sembra riscuotere consensi crescenti ed è stato salutato con favore anche in ambito governativo; non sembra potersi escludere,

(3) *Informe de la Comisión*, cit., rispett. pp. 89 e 65.

dunque, nel prossimo futuro, una iniziativa legislativa orientata a regolare, in modo compiuto, il variegato mondo del lavoro autonomo.

Un approccio simile sotto il profilo metodologico è quello italiano della Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori, ove si parte da un *minimum* di princìpi generali universalmente applicabili a ogni contratto di lavoro: tra questi i diritti alla libertà, alla dignità, alla riservatezza, alla parità di trattamento e alla non discriminazione, alla sicurezza e alla salute nei luoghi di lavoro, alla tutela contro le molestie sessuali in ambito lavorativo, a un equo compenso e alla tutela in caso di recesso ingiustificato.

Questa proposta dovrebbe a mio parere porsi al centro dell'iniziativa legislativa: senza alterare le classificazioni esistenti e quindi evitando problemi aggiuntivi di qualificazione la Carta non sottrae tutele al lavoro subordinato e quindi non destruttura il cuore del diritto del lavoro, né si limita a estendere le tutele tradizionali, ma ne immagina anche alcune di nuove. Ha inoltre il pregio della selettività: non intende annettere il lavoro autonomo dipendente alla subordinazione ma rispetta le differenze. Nel merito la Carta è perfettibile. Indico quindi una serie di possibili miglioramenti:

1) Anzitutto si dovrebbero meglio precisare i criteri della dipendenza economica, anche utilizzando indici desumibili dall'analisi comparata: in particolare l'esclusività o quasi esclusività del rapporto contrattuale (cioè la monocommittenza, come previsto in Germania e Francia) e il rapporto tra corrispettivo percepito dal committente e reddito complessivo del prestatore.

2) Inoltre si dovrebbe prevedere nel contratto il risultato da raggiungere (*opus* o servizio), escludendo quindi la pura e semplice prestazione di attività e la durata indeterminata del contratto.

3) Si dovrebbe prevedere un limite temporale alla reiterazione dei contratti per evitare la possibilità di una catena a durata illimitata.

4) Dovrebbe venire ridefinita e rafforzata la disciplina del recesso: al posto di una obiettiva giustificazione il committente dovrebbe fornire una giusta causa con congruo indennizzo (tutti compensi dovuti fino alla scadenza) in caso di recesso ingiustificato.

5) Si potrebbe introdurre la certificazione dell'attività svolta e/o acquisita, al fine di rendere più facilmente spendibile sul mercato la professionalità di quei prestatori.

6) Si dovrebbe garantire la corresponsione dei compensi con tutele rafforzate in caso di ritardato pagamento.

7) Si dovrebbero riformare le tutele in caso di sospensione del rapporto con disciplina identica al lavoro subordinato.

8) Dovrebbero essere rimodulati i diritti collettivi e sindacali attraverso il computo dei lavoratori parasubordinati nel numero dei lavoratori dell'impresa e attraverso l'attribuzione alle R.S.U. del diritto a essere informate sull'utilizzo dei contratti di collaborazione.

9) Dovrebbero essere immaginati diritti di nuova generazione: relativi all'accesso a servizi sociali, diritti di formazione, all'accesso al credito, di sostegno al reddito.

Last, but not least, il tema della tendenziale parificazione dei costi delle prestazioni lavorative subordinate e parasubordinate, secondo una prospettiva già intrapresa dall'attuale governo, che non dovrebbe però, per le ragioni sin qui esposte, essere la sola strada da percorrere per promuovere la ricomposizione del lavoro in generale: quel lavoro che Massimo D'Antona, in uno dei suoi scritti, riguardava come istituto giuridico generale, oltre l'orizzonte dicotomico di autonomia e subordinazione.

Bibliografia

Accornero A. (2005), *Nuovi lavori e nuove tutele*, in *Welfare state. Il modello europeo dei diritti sociali*, Modena, pp. 41 ss.

Altieri G. (2002), *Lavorare nei call center*, Roma, Ediesse.

Bosi P. (2005), *Società sostenibili. Paradigmi economici e riforma del welfare nelle politiche economiche*, in *Welfare state. Il modello europeo dei diritti sociali*, Modena, pp. 13 ss.

Mariucci L. (2004), *La forza di un pensiero debole*, in *LD*.

Perulli A. (2003), *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in q. *Riv.*

Sciarra S. (2003), *The evolution of Labour Las in the European Union* (1992-2003), www.europa.cec.int/comm/employment.

Treu T. (2006a), *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in M. Barbera, a cura, di *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, pp. 29 ss.

Treu T. (2006b), *Incertezza e sviluppo in una società flessibile*, in *Il Mulino*, 2, pp. 285 ss.

Franco Scarpelli (*)

REGOLARITÀ DEL LAVORO E REGOLE DELLA CONCORRENZA: IL CASO DEGLI APPALTI PUBBLICI (**)

SOMMARIO: 1. Stato regolatore e diritto del lavoro. — 2. Tecniche regolative e mercati della produzione di beni e servizi. — 3. Gli appalti pubblici e le regole del lavoro. — 4. Il ruolo delle parti sociali. — 5. Il codice degli appalti pubblici: non solo un Testo Unico. — 6. Le regole del codice in materia di lavoro: breve sintesi dei contenuti. — 7. Oltre la regolarità del lavoro: la finalizzazione degli appalti pubblici a obiettivi sociali. — 8. Segnali della XV legislatura: la legge Bersani, la legge della Regione Puglia, la (proposta di) legge Finanziaria del 2007.

1. — *Stato regolatore e diritto del lavoro* — Uno dei temi più significativi del dibattito giuridico e istituzionale di questi anni di incessante trasformazione è quello della *regolazione* del mercato o dei mercati. Sono soprattutto costituzionalisti e giuspubblicisti a tornare a interrogarsi sui rapporti tra Stato ed economia, nella duplice prospettiva della regolazione legale e amministrativa (1): innestandosi sulle più classiche tematiche della costituzione economica (2), la riflessione viene sollecitata verso nuove direzioni dall'evoluzione del ruolo delle istituzioni pubbliche in alcuni settori della vita economica e sociale – il movimento dallo Stato gestore alla Stato regolatore (3) –, dalla crescente importanza e influenza

(*) Straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

(**) Il presente saggio riprende in alcuni paragrafi, con integrazioni e ampliamenti, considerazioni già svolte in *Il codice degli appalti pubblici: un'occasione per promuovere la regolarità del lavoro*, in *Note Informative*, 2006, n. 36, p. 22.

(1) V. anche per riferimenti M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, Milano, 2001.

(2) Cfr., da ultimo, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2000; per riferimenti al dibattito più risalente sia consentito rinviare a F. Scarpelli, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, n. 1, p. 15.

(3) Cfr. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, spec. cap. I. È bene precisare che da tali Autori, come da molte altre voci del richiamato dibattito, lo Stato regolatore viene inteso non solo come uno Stato che interviene per lo più tramite emanazione di regole, ma più specificamente come uno Stato che

delle relazioni e dei condizionamenti internazionali – e tra questi soprattutto dall'enorme crescita e rilevanza della normativa comunitaria –, dall'affacciarsi e consolidarsi anche nella nostra esperienza di nuove originali istituzioni regolative quali le Autorità indipendenti.

Rispetto a questo dibattito il diritto del lavoro – che pure in questi anni è stato investito e quasi travolto da una vivace discussione sul proprio statuto e sui propri rapporti col fenomeno economico, oltre che da ampi processi di ri-regolazione – sembra rimanere in buona parte estraneo.

Forse non può più affermarsi che la cultura giuslavoristica sia «poco incline a misurarsi con le regole che governano l'impresa» (4), atteggiamento più tradizionale dovuto a un rapporto mai del tutto risolto col diritto commerciale e alla necessità di affermare e rafforzare la specialità della prospettiva di studio dei rapporti individuali e collettivi di lavoro; sembra ancora abbastanza diffusa, tuttavia, la percezione del diritto del lavoro come fenomeno esterno alle relazioni economiche, come condizionamento e limite più che regola delle stesse, tanto che nella cultura comune – di volta in volta con accezione ideologica positiva od oppositiva – le regole del lavoro sono percepite come antitetiche alle dinamiche economiche.

Ne è conseguenza un dibattito di politica del diritto che, soprattutto negli anni recenti delle riforme promosse dai governi di centro-destra della XIV legislatura, si è spesso colorato di accenti e contenuti fortemente simbolici, dando tuttavia l'impressione talvolta di un certo scollamento dalla dimensione reale dei fenomeni.

Sotto questo profilo, le novità legislative che si pongono a cavallo tra la XIV e la XV legislatura – dal codice degli appalti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) alla cd. legge Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge n. 248/2006) alle norme in materia di lavoro annunciate dal d.d.l. finanziaria 2007 (e quelle contenute in una significativa legge della Regione Puglia) – paiono riportare al centro dell'atten-

---

tende ad avvalersi per tale compito, ogni qual volta sia possibile e opportuno, delle autorità regolative indipendenti. La prospettiva del giuslavorista assegna invece ancora un ruolo predominante alla predisposizione di discipline e regole, e a quelle legali in particolare, anche se non mancano pure nella nostra esperienza significative autorità regolative; inoltre, in un senso più ampio, è da sottolineare l'importanza «regolativa» (dei comportamenti degli attori economici) anche dal punto di vista del lavoro, della pubblica amministrazione (in senso lato), in particolare nel ruolo di committente degli appalti pubblici.

(4) Così C. Romeo, *Impresa assistita e diritti del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988.

zione alcuni tratti drammaticamente rilevanti, sia sul piano economico sia su quello umano, del lavoro: il problema della regolarità e delle tutele sociali, sia come fine in sé sia come misura e regola della concorrenza.

Si tratta, sia consentito dirlo, di una dimensione che appare largamente sottovalutata nella riflessione scientifica e dottrinale, se non interpretata in chiave difensiva (delle tutele del lavoro rispetto alle dinamiche del mercato) e dunque inevitabilmente riduttiva. Pare invece possibile – in questo settore delle regole legali come e più che in altri – leggere le regole giuridiche del lavoro come un *pezzo* del diritto dell'economia, del diritto della concorrenza e del diritto del mercato: un diritto che si presta a essere letto non soltanto sotto il profilo tradizionale (e pur sempre attuale) della tutela del cd. contraente debole, ma anche sotto quelli concorrenti della conservazione di livelli adeguati di benessere sociale, della razionalizzazione del sistema produttivo, della regolamentazione delle forme di concorrenza tra gli imprenditori, del miglioramento della qualità dei processi di produzione di beni e servizi ecc., così da assumere il carattere non soltanto di «diritto distributivo di tutele e risorse», ma anche, nello stesso tempo, di «diritto della produzione» (5).

Tale descrizione, ovviamente, lascia impregiudicato il segno della disciplina lavoristica, variabile nel tempo secondo le condizioni politiche. In particolare, non nega che sua caratteristica centrale e ineliminabile stia «nel suo essere contemporaneamente regolazione del mercato, apposizione di limiti al mercato, ma anche limitazione dei poteri datoriali a difesa di quel che delle persone non trova *misura* nello scambio patrimoniale» (6), ovvero quel dato riassunto secondo la nota formula della *implicazione della persona* nel rapporto contrattuale di lavoro: un dato, anzi, che pare essere (doverosamente) assunto come segno caratterizzante della regolazione dei comportamenti economici (ad esempio, quando alla concorrenza tra le imprese viene sottratto il terreno del gioco al ribasso sui costi del lavoro o della sicurezza sul lavoro).

In questa prospettiva, la tematica delle regole lavoristiche degli appalti pubblici – ma lo stesso vale, sia pure in misura quantitativamente

(5) M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 25-26.

(6) M. Barbieri, *Lavoro e diritto tra mercato e poteri*, in Atti del convegno *I diritti del lavoro e le pretese dell'economia. Flessibilità e diritti nella società che cambia*, Milano, 16 febbraio 2001, organizzato dal Dipartimento di studi giuridici ed economici dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca e dalla Fondazione Malagugini, in http://www.fondazionemalagugini.it.

meno significativa, per gli appalti privati – costituisce un laboratorio di notevole interesse: in esso si esprime una formidabile funzione regolativa dello Stato, si ritrovano e si intrecciano tecniche regolative assai diverse, si confrontano e si compongono prospettive giuridiche, culturali e scientifiche diverse (logica del diritto pubblico e logica del diritto privato, logica del diritto amministrativo e logica del diritto del lavoro, logica del mercato e logica sociale ecc.), si intersecano con rilievo centrale la regolazione nazionale e quella comunitaria ecc.

2. — *Tecniche regolative e mercati della produzione di beni e servizi* — La moltiplicazione e l'affinamento di diverse tecniche regolative appaiono notevoli nel laboratorio qui proposto all'attenzione del lettore. Ciò non significa svalutare la tecnica centrale, nel diritto del lavoro, della tutela mediante norma inderogabile: anzi, al contrario, è proprio in funzione dell'effettività di questa, e del sistema sanzionatorio delle regole del lavoro, che vanno da tempo sviluppandosi tecniche di regolazione legale di carattere diverso, promozionale, incentivante, di responsabilizzazione degli operatori economici ecc., sulle quali la riflessione dottrinale «è stata sino a oggi sicuramente inadeguata rispetto all'importanza socio-economica del fenomeno» (7), pur non essendo mancate importanti eccezioni (8).

In primo luogo, si afferma come sempre più significativa una tecnica di regolazione «strutturale» (9), comune ad altri importanti settori di intervento dello Stato regolatore, che possiamo riassumere nel concetto di «qualificazione» degli operatori ammessi a operare in un certo merca-

(7) M. Biagi, *Prefazione*, a M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato*, cit., p. XV.

(8) V., tra gli altri, E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del Convegno AIDLaSS di Alba, 1°-3 giugno 1978, Milano, 1979, p. 10, spec. pp. 44 ss., e in *DLRI*, 1979, p. 305, Idem, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol. II, p. 1101; Idem, *Le cd. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, n. 2, p. 133; C. Romeo, *Impresa assistita e diritti del lavoro*, cit.; M. Garofalo, *Tecnica degli incentivi e promozione dell'occupazione*, in *Diritto al lavoro e politiche dell'occupazione*, in q. *Riv.*, 1999, suppl. al n. 3, p. 71.

(9) J. Kay, J. Vickers, *Riforma della regolamentazione: una valutazione*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, quad. n. 18, Bologna, 1992, p. 103: per regolazione strutturale gli Autori intendono «la determinazione di quali imprese o individui e in quali attività possono impegnarsi»; per regolamentazione direzionale le «misure riguardanti come le imprese si comportano nella/le attività da loro scelte».

to, a svolgere una certa attività economica. Si tratta di «norme attributive» miranti a soddisfare «esigenze di tutela patrimoniale, rigore tecnico e correttezza dei negozi» (10): l'idea, in buona sostanza, è che una certa attività economica o un certo mercato abbiano caratteristiche di delicatezza e livelli di rischio di produzione di «esternalità» di vario genere (11), tali da non rendere sufficiente l'eventuale prescrizione sulle caratteristiche del prodotto o del servizio e da richiedere una selezione «a monte» dei produttori o l'imposizione a questi di particolari caratteristiche.

La nostra materia ne conosce importanti e recenti esempi, come quello delle attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, di selezione del personale, di somministrazione di manodopera. Il mercato degli appalti pubblici, anche per la sua notevole dimensione e rilevanza, rappresenta forse il caso più espressivo nel quale compare e si è da ultimo rafforzata la tecnica della qualificazione degli operatori ammessi a concorrere e a essere aggiudicatari di appalti. Se pure tale tecnica è stata introdotta nella disciplina degli appalti per finalità prevalenti diverse da quelle connesse agli obiettivi sociali e alla tutela del lavoro, ciò non toglie che requisiti di «legalità e regolarità lavoristica» possano esservi integrati in misura significativa, adempiendo in sostanza a una funzione promozionale e di coazione indiretta dell'osservanza delle discipline del lavoro, pena l'esclusione da uno dei più significativi «mercati» imprenditoriali (12).

Una seconda importante tecnica (e finalità) di regolazione dei comportamenti economici è quella mirante al condizionamento della logica «naturale» di mercato, e in particolare della logica concorrenziale: l'ordinamento interviene sottraendo a quest'ultima alcuni terreni di confronto e orientando la stessa a svilupparsi nella competizione su altri fattori. Il diritto del lavoro ne offre esempi particolarmente rilevanti e in particolare quello delle cd. clausole sociali miranti a imporre che la competi-

(10) N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 51.

(11) Il concetto di esternalità è oggi molto impiegato, a volte con accezioni diverse, nei contributi di analisi economica del diritto: cfr., per tutti, F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 28.

(12) V. anche, in proposito, l'art. 17 della legge n. 68/1999, che prevede l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, così come dai rapporti convenzionali o di concessione con le pubbliche amministrazioni, delle imprese che omettano di certificare di essere in regola con la disciplina delle assunzioni obbligatorie: norma considerata di ordine pubblico e tale da integrare gli obblighi delle imprese anche in caso di mancato inserimento nei bandi di gara (Cons. Stato, Sez. V, 14 maggio 2004, n. 3148).

zione e gli accordi tra imprenditori avvengano sulla base del rispetto dei trattamenti definiti dai contratti collettivi di settore, i quali quindi finiscono per costituire – nel gioco concorrenziale – una sorta di variabile indipendente (13). Una previsione con finalità analoga è quella dell'imposizione diretta agli agenti economici di alcuni costi, sui quali è esclusa la possibilità di giocare la concorrenza: è ad esempio il caso dell'obbligo di rispetto degli *standards* di sicurezza e salute sul lavoro, che giunge alla formulazione più chiara proprio nella disciplina degli appalti di lavori pubblici (v. *infra*).

È il caso di sottolineare come appaia riduttivo rintracciare in tali discipline la sola – e pur fondamentale – finalità di tutela sociale dei lavoratori impiegati o coinvolti negli appalti, nelle operazioni di decentramento produttivo ecc.: con essa, infatti, si intrecciano e compongono la finalità di regolazione della concorrenza tra imprese (14) ma anche, a parere di chi scrive, la finalità di indirizzo dei comportamenti imprenditoriali verso obiettivi virtuosi e di «eccellenza», i cui criteri d'efficienza siano definiti in un contesto a *standards* di tutela sociale avanzati: la concorrenza tra imprese non viene più soltanto limitata, ma orientata a obiettivi di maturità dei modelli organizzativi d'impresa.

Una variante della tecnica ora citata è quella dell'utilizzo da parte delle autorità pubbliche (eventualmente, su indirizzo della legge) di strumenti contrattuali (15) miranti non solo a imporre agli operatori di un certo mercato il rispetto di trattamenti minimi (clausole sociali in senso tradizionale), ma a promuovere l'integrazione in un'attività economica di obiettivi di carattere sociale: è l'ipotesi del condizionamento dell'attribuzione di risorse pubbliche a un'impresa (concessioni, aggiudicazione di appalti ecc.) all'assunzione di obbligazioni ulteriori rispetto a quella principale (esecuzione dell'opera o servizio pubblici), ad esempio in materia di occupazione (utilizzo di una certa quota di disoccupati nello svolgimento dell'opera ecc.). Anche su tale aspetto torneremo tra breve.

Un'ulteriore, sempre più diffusa e fondamentale, tecnica di regolazione è quella della distribuzione e moltiplicazione delle responsabilità di soggetti a vario titolo coinvolti nella decisione, progettazione ed ese-

(13) Cfr. E. Ghera, *Le cd. clausole sociali…*, cit., p. 133.

(14) Quest'ultima prevalente nella considerazione delle clausole sociali in ambito comunitario, ad es. nella Direttiva n. 96/71/Ce in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi.

(15) Cfr. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 80.

cuzione dei comportamenti economici. Una tecnica che mira a una maggiore effettività delle discipline di tali comportamenti (soprattutto delle discipline imperative, che realizzano interessi pubblici e generali di particolare rilevanza) sotto due profili: da un lato elevando il livello di competenza e professionalità dell'attore cui si rivolge la regola; dall'altro moltiplicando i soggetti e momenti di controllo sull'attuazione e il rispetto della stessa, così da abbattere i rischi di elusione o disapplicazione dovuti a scarsa competenza o accordi di convenienza.

Una materia nella quale tale tecnica si è sviluppata di recente in misura molto significativa è quella della salute e sicurezza del lavoro, dove la ricchezza di posizioni e responsabilità cresce con il crescere della rilevanza e specialità del problema-sicurezza che il legislatore vuole risolvere: già presente nella normativa generale del d.lgs. n. 626/1994, la teoria delle figure coinvolte si arricchisce nel settore – a più elevato rischio di infortuni – dei lavori edili e civili con la cd. Direttiva cantieri (tradotta nel d.lgs. n. 494/1996), che introduce le importanti e innovative figure dei coordinatori per la progettazione e l'esecuzione dei lavori; nel settore dei lavori pubblici, inoltre, in tale serie si inseriscono le peculiarità (e ulteriori competenze e responsabilità) del committente pubblico.

Infine, per concludere questa veloce rassegna, non possono trascurarsi altre tecniche innovative che vanno arricchendo l'intervento regolativo dell'ordinamento, anche in materia lavoristica. Già citata, quale oggetto centrale dell'interesse dei giuspubblicisti, è quella che attribuisce fondamentali compiti di regolazione alle autorità indipendenti, come soggetti più idonei a svolgere «un processo continuo di osservazione dell'attività regolanda, valutazione degli interessi in gioco, aggiustamento o riaggiustamento delle regole alle circostanze» (16), in relazione a settori affidati ai privati ma ai quali si attribuisce particolare rilevanza o delicatezza, e che necessitano di interventi regolativi tempestivi e nello stesso tempo basati su una elevata specializzazione e competenza: una forma nuova di regolazione che – prescindendo in questa sede dal dibattuto quesito della natura giuridica di tali soggetti – pare porsi in una posizione intermedia tra l'intervento legislativo o regolamentare di dettaglio e la gestione amministrativa tradizionale (17). Se tale esperienza non è priva di significativi sviluppi anche in materia lavoristica (18), in questa

(16) A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 61.

(17) Per tali concetti cfr. ancora A. La Spina, G. Majone, *op. cit.*, pp. 61 ss.

(18) Cfr. F. Carinci, *Osservazioni in merito ad alcune authorities ed agenzie*, in *Italian Labour Law e-Journal*, con prevalente riferimento alla Commissione di

sede interessa semmai valutare il contributo che altre autorità, e segnatamente quella istituita per la vigilanza sugli appalti pubblici, possono o debbono dare alla completezza del sistema e (anche) al raggiungimento degli obiettivi sociali di legalità e regolarità lavoristica.

Ulteriori e nuove frontiere della regolazione, ancora in buona parte da sperimentare nella nostra materia, sono quelle della *auto-regolazione* e della verifica (ed eventuale certificazione) della qualità di prodotti e/o servizi. La prima fa riferimento al concetto di responsabilità sociale delle imprese, inteso come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate» (19), evidentemente anche oltre l'osservanza degli obblighi giuridici disposti dalla regolamentazione eteronoma; prassi volontarie e «autoreferenziali» che, anche sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali in materia di lavoro, hanno avuto qualche primo significativo sviluppo nei codici di condotta adottati nei rapporti commerciali internazionali da grandi imprese multinazionali (20). Una tecnica il cui successo – anche oltre la tematica dei diritti fondamentali – è fondato con evidenza non soltanto (o solo in minima parte) su opzioni «buoniste» o «politicamente corrette» degli operatori economici, ma su valutazioni di convenienza connesse a mercati avanzati e maturi, nei quali simili prassi possono divenire fattori rilevanti di competizione nel rapporto con i consumatori: sotto questo profilo, il «consumatore» pubblico (ad esempio in relazione alle forniture) può svolgere un ruolo di condizionamento assai rilevante.

La seconda, che nelle sue più significative esperienze si intreccia con la prima, può divenire indirettamente (anche) fattore di controllo delle condizioni d'impiego del lavoro; in particolare, l'imposizione – soprattutto in alcuni settori produttivi – di elevati *standards* di qualità del prodotto o del servizio possono costituire un oggettivo criterio di contenimento di fenomeni di decentramento estremo e selvaggio della produzione, che spesso vedono il precipitare dei livelli di

---

garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e alla Commissione di vigilanza per i fondi pensione.

(19) Tale definizione compare nel *Libro verde* della Commissione delle Comunità europee, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 18 luglio 2001, COM(2001) 366 def.

(20) Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, p. 25.

professionalità e di tutela dei lavoratori coinvolti, con inevitabili ricadute (tra l'altro) sulla qualità del servizio o del prodotto finale.

Queste ultime tecniche di (auto)regolazione, peraltro, trovano nel nostro settore una naturale sede di sviluppo, ovvero quella delle relazioni sindacali, che soprattutto nella dimensione territoriale e interconfederale sta mostrando, in anni recenti, primi significativi esempi e modelli, anche con riferimento alle linee di *governance* sociale dei grandi appalti pubblici.

3. — *Gli appalti pubblici e le regole del lavoro* — Gli appalti pubblici – di lavori, di servizi, di forniture – costituiscono un settore economico di grandissima rilevanza sia sul piano nazionale sia a livello europeo (21). È evidente dunque come si tratti di attività economiche nelle quali il ruolo di regolazione dell'ordinamento e il ruolo di gestione (in veste di attore-committente) del «pubblico» (22) assumono una straordinaria importanza.

Non stupisce quindi che tale settore sia stato investito negli ultimi anni, sia a livello comunitario sia a livello nazionale, da un'intensa attività riformatrice e di ri-regolazione, peraltro ancora in fase di attuazione e continuamente sottoposta a processi di aggiustamento e incessante modifica (23). Non è dubbio che la matrice principale di tale processo regolativo sia quella della regolazione della concorrenza e in particolare della liberalizzazione degli appalti pubblici nazionali e della massima apertura dei singoli mercati alle imprese dell'intera Unione (24), al fine della realizzazione delle tre libertà fondamentali in materia: libertà di circolazione delle merci per gli appalti pubblici di forniture, libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi per gli appalti pubblici di

(21) Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Bruxelles, 11 marzo 1998, COM(1998) 143 def., e già il *Libro verde*, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro*, Bruxelles, 27 novembre 1996, COM(1996) 583 def.

(22) Da intendersi qui in senso lato, ovvero comprensivo di soggetti di natura giuridica non pubblica ma che impiegano direttamente o indirettamente risorse economiche pubbliche.

(23) Da ultimo, nel quadro comunitario, le Direttive nn. 2004/17/Cee e 2004/18/Cee, delle quali il codice degli appalti di cui al d.lgs. n. 163/2006 è (anche) attuazione.

(24) Nonché, entro diversi limiti, a livello internazionale, data l'adesione della Comunità europea – con Decisione n. 94/800/Ce del Consiglio – all'Accordo sugli appalti pubblici raggiunto nell'ambito dei negoziati multilaterali dell'*Uruguay Round* (1986-1994).

lavori e di servizi. Il quadro normativo comunitario è quindi finalizzato prima di tutto a sopprimere ogni restrizione nazionale e ogni favore (nelle regole o nella loro attuazione di fatto) per le imprese locali, a coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti sulla base dei princìpi di parità di trattamento, di riconoscimento reciproco, di trasparenza, nonché a garantire un'effettiva concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

La concezione che ispira tale linea regolativa è evidentemente quella secondo la quale la massima, più efficiente e più trasparente concorrenza a livello comunitario garantisca di per sé «un'allocazione efficiente delle risorse, migliorando così la qualità dei servizi pubblici e stimolando la crescita economica, la competitività e la creazione di posti di lavoro» (25). Ciò non toglie che la politica degli appalti pubblici possa avere un'incidenza positiva sulle altre politiche comunitarie e nazionali: promozione della piccola e media impresa, rafforzamento della tutela dei consumatori, della tutela dell'ambiente e – ciò che più qui interessa – delle politiche sociali e del lavoro.

In particolare, il tema del lavoro può intersecare quello della regolazione degli appalti secondo due prospettive: una tradizionale, di limite al gioco della concorrenza per la tutela della regolarità del mercato del lavoro, e una più avanzata, del parziale perseguimento di obiettivi di carattere sociale in occasione di appalti pubblici (26).

La «regolazione sociale» degli appalti pubblici (27), dunque, può avvenire fondamentalmente secondo due linee e obiettivi: il primo è quello del rispetto dei livelli (già esistenti a prescindere dallo specifico settore) di tutela del lavoro, degli *standards* economici e normativi di trattamento, delle discipline prevenzionistiche a tutela della salute e sicu-

(25) Comunicazione della Commissione COM(1998) 143 def., cit.

(26) Tale direttiva di utilizzo degli appalti per dare un maggiore contributo alla realizzazione degli obiettivi di politica sociale (e ambientale) era già espressa nel citato *Libro verde* del novembre 1996; da ultimo, un importante passo è stato compiuto con l'emanazione della *Comunicazione interpretativa della Commissione sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, COM(2001) 566 def., pubblicata, assieme alla parallela Comunicazione interpretativa sulla possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale, in *GUCE*, 28 novembre 2001, C-333, p. 27.

(27) Oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina: tra i pochi, ma con analisi per lo più limitate al tema delle clausole sociali, M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 560 ss.; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 187 ss.

rezza del lavoro. L'interesse specifico verso tale fondamentale aspetto deriva, evidentemente, dalla possibilità e doverosità del garantire – in un settore economico caratterizzato dal rilevante investimento di risorse pubbliche – livelli mediamente più elevati di effettività delle discipline inderogabili del lavoro. Non solo: la necessità per gli operatori economici interessati al mercato degli appalti pubblici di garantire certi requisiti di qualificazione soggettiva consente – nella misura in cui tra questi sono compresi i requisiti di regolarità e legalità lavoristica – di produrre un effetto virtuoso anche al di fuori dello specifico settore degli appalti, di incentivo alla serietà e maturità imprenditoriale (e di sanzione a comportamenti opposti).

Il secondo terreno, cui si accennava, è quello dell'utilizzo dell'appalto come occasione e strumento per l'attuazione di politiche sociali che vadano oltre la garanzia e il rispetto della legalità lavoristica e perseguano obiettivi di elevazione della professionalità dei lavoratori coinvolti, di tutela dell'occupazione di soggetti più svantaggiati, di promozione di azioni positive o di pari opportunità.

Il primo degli obiettivi di regolazione, sopra richiamati, assume ovviamente maggiore centralità e rilevanza sistematica, oltre a una notevole importanza concreta.

Quest'ultima è ancora maggiore se si considerano le reali condizioni di sviluppo del fenomeno regolato nel nostro paese: il mercato degli appalti pubblici – e in particolar modo quello degli appalti di lavori – ha attraversato nell'ultimo decennio dello scorso secolo una crisi congiunturale profonda, con gravi ripercussioni sugli equilibri sociali ed economici. La crisi del vecchio sistema fortemente assistito e infiltrato da prassi degenerative di corruzione, una successiva lunga fase recessiva, l'apertura alla competizione internazionale determinata dal progressivo adeguamento alle regole comunitarie, la relativa arretratezza (almeno nel settore dell'industria edile) sul piano organizzativo e culturale della maggior parte delle imprese del settore, la diffusa arretratezza dello stesso mercato del lavoro e la larga presenza di un «esercito di riserva» composto principalmente da cittadini stranieri extracomunitari, la stessa spinta dei committenti pubblici al massimo contenimento dei costi, sono solo alcuni dei fattori che hanno favorito il permanere e l'espandersi di fenomeni di imprenditoria non qualificata, di diffusa irregolarità nell'impiego del lavoro sul fronte dell'evasione fiscale e previdenziale, di scarso rispetto degli *standards* contrattuali collettivi, e soprattutto di grave elusione delle discipline antinfortunistiche.

Ne sono derivati e ne derivano gravi conseguenze non solo di carattere sociale, ma anche in termini di alterazione della concorrenza a danno delle imprese di maggiore dimensione e più serie, che tuttavia spesso finiscono, nella scarsamente controllata «filiera» degli appalti (subappalti, subforniture, ricorso al lavoro autonomo e artigiano, a cooperative non genuine ecc.), ad alimentare esse stesse i fenomeni degenerativi. È evidente come di tutto ciò né lo Stato regolatore né l'ente committente pubblico degli appalti possano disinteressarsi.

La chiave principale di ogni intervento regolativo, ma soprattutto delle prassi applicative delle regole poste dal legislatore, risiede a parere di chi scrive in un doppio passaggio, culturale ancor prima che normativo. Il primo è quello di considerare la legalità e la regolarità lavoristica, il rispetto di trattamenti economici e normativi elevati, le condizioni di sicurezza e salute sul lavoro ecc., non come meri *costi* ma, oltre che in termini di doveroso rispetto delle regole dei consociati, quali *opportunità* di crescita complessiva.

Nella Comunicazione della Commissione delle Comunità europee del novembre 1997 su *La competitività dell'industria della costruzione* (28), e dunque a proposito degli appalti di lavori, si sottolineava come, essendo quello delle costruzioni un settore a elevata intensità di lavoro, il fattore risorse umane assuma rilevanza centrale e sia, nel contempo, uno di quelli sui quali si registrano i maggiori ritardi, con una elevata presenza di lavoro instabile, di scarsa qualificazione professionale, scarsamente ambìto e a scarso prestigio sociale; e non pare che, a distanza di quasi dieci anni da tale annotazione, si siano prodotte significative modifiche. Da questo punto di vista, dunque, la percezione (e la drammatica conferma nella realtà) della forte diffusione di condizioni di lavoro irregolare e fortemente a rischio per la salute e sicurezza costituisce un fattore negativo centrale.

Un efficace intervento in materia si giustifica quindi non soltanto per i classici – e sempre validi – obiettivi di tutela di diritti fondamentali del cittadino e della collettività, ma anche in una prospettiva di competitività economica, che solo in una logica atomistica e di breve periodo può sembrare, al singolo imprenditore, ostacolata da una seria (e quindi costosa) attività di prevenzione e sicurezza, dal rispetto delle condizioni economiche e previdenziali d'impiego ecc. Peraltro, anche l'analisi delle esperienze pratiche di applicazione delle

(28) Bruxelles, 4 novembre 1997, COM(97) 539 def.

regole della «Direttiva cantieri», osserva la Commissione, «evidenzia senz'ombra di dubbio che oltre ai livelli più elevati di sicurezza sono conseguite cospicue riduzioni dei costi e dei tempi di costruzione. Ne deriva che la generalizzazione delle pratiche corrette in materia di sicurezza e salute con gli incrementi misurabili che seguono a livello di competitività può essere ritenuta un importante fattore produttivo del settore costruzione».

Il secondo e connesso passaggio attiene al superamento, da parte dei tanti attori coinvolti nel mercato degli appalti, di una logica atomistica e di breve periodo, che alla regolarità e sicurezza del lavoro collega nuovamente un valore negativo di costo o impedimento organizzativo.

Ciò significa innanzi tutto impedire all'impresa aggiudicataria degli appalti atteggiamenti elusivi o meramente formali nel rispetto della regolarità d'impiego e nell'attività di prevenzione e protezione della salute dei lavoratori, o ancora impedire la riduzione dei costi e il recupero di margini di profitto mediante il ricorso a subappalti o all'intervento di altri attori, disinteressandosi della regolarità e sicurezza nella sfera di questi ultimi.

Tali obiettivi di effettività della disciplina del lavoro vengono perseguiti dal legislatore mediante l'impiego combinato di diverse tecniche regolative: regole di moltiplicazione delle responsabilità personali, meccanismi di responsabilizzazione anche per i comportamenti dei subappaltatori, sanzioni mirate e più effettive come la sospensione dei lavori, la perdita del contratto d'appalto o, a maggior ragione, la perdita dei requisiti di qualificazione, per rimanere nel «mercato» degli appalti pubblici ecc. Ovviamente, come si dirà, si tratta di fare in modo che tali sanzioni siano effettivamente praticate.

Per quel che riguarda in particolare il più delicato tema della sicurezza, la moltiplicazione delle figure e delle responsabilità presenti nel processo produttivo (inteso in senso ampio, sin dalla progettazione) – pur scontando il rischio di qualche farraginosità o complicazione – pare mirare a ottenere un ruolo attivo di soggetti professionalmente competenti, responsabili ed estranei alle diverse logiche di profitto (non solo economico, ma anche politico e amministrativo) che possono indurre sia l'impresa sia l'amministrazione appaltante ad «abbassare la guardia» sulla prevenzione.

Il nodo forse più importante della materia, e della più recente legislazione sugli appalti pubblici, risiede nel (tentativo di) superamento della logica individualista della stessa pubblica amministrazione com-

mittente affinché essa introietti – come elemento ineliminabile dell'attività amministrativa – il rispetto della regolarità d'impiego e della salute e sicurezza del lavoro nell'opera pubblica: tali valori devono dunque essere assunti come elementi determinanti fin dalla fase della progettazione e della valutazione degli investimenti, essere esclusi dal gioco della concorrenza nella fase di scelta e aggiudicazione, divenire criteri di verifica della corretta esecuzione dell'appalto e dell'eventuale risoluzione del contratto.

In sostanza, si tratta di modificare la logica dell'azione amministrativa, anticipando a essa la responsabilità – e, inevitabilmente, i costi – dello svolgimento dell'opera o del servizio o l'acquisizione della fornitura secondo criteri che comprendano effettivamente la regolarità d'impiego e la sicurezza dei lavoratori coinvolti, anche se ciò dovesse comportare un'opera o un servizio o una fornitura un po' più onerosi e dai tempi un po' più lunghi.

La logica atomistica che anche nella pubblica amministrazione può prevalere (per le necessità di bilancio o per quelle politiche) viene dunque corretta dal sistema a vantaggio della tutela di valori fondamentali della collettività, nonché di abbattimento dei costi sociali ed economici comunque sopportati dal sistema pubblico e previdenziale a causa della diffusione di lavoro sottotutelato, dell'evasione fiscale e contributiva, dell'enorme diffusione di infortuni e malattie professionali.

4. — *Il ruolo delle parti sociali* — Un'ultima annotazione riguarda il ruolo della contrattazione collettiva e della concertazione sociale. La materia qui trattata, infatti, contempla la possibilità di interessanti sviluppi della regolazione anche al di fuori delle fonti eteronome statali (o regionali), proprio in quanto, per certi aspetti (e nei limiti fissati dalle normative imperative di tutela del lavoro e della sicurezza), si tratta di definire e gestire politiche sociali connesse alle politiche e prassi di gestione degli appalti; inoltre, la natura trilaterale dei soggetti in campo (amministrazioni pubbliche, imprese e loro associazioni, lavoratori e loro rappresentanze sociali) si presta particolarmente allo sviluppo di politiche concertative a livello locale secondo una tradizione ormai radicata, almeno fino ai tempi più recenti, nel nostro sistema di relazioni industriali (29).

(29) Sull'esperienza della contrattazione e concertazione a livello territoriale locale vedi A. Lassandari, *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 407 ss.

La presenza dell'interlocutore pubblico rende spesso più agevole alle organizzazioni sindacali promuovere accordi quadro, intese trilaterali sulla gestione degli appalti, il rispetto degli *standard* di tutela, le procedure di controllo della regolarità e sicurezza del lavoro, lo svolgimento dei diritti sindacali presso le imprese aggiudicatarie ecc.

Le stesse associazioni imprenditoriali, d'altronde, hanno interesse a definire regole certe di partecipazione ed esecuzione degli appalti, riducendo il più possibile le incertezze e le difficoltà burocratiche connesse a una disciplina e a procedure assai complesse, nonché elevando a tutela della corretta concorrenza (e soprattutto delle imprese associate di maggiore dimensione) l'effettività del rispetto delle (30) discipline lavoristiche.

Si è così sviluppata un'interessante esperienza di accordi territoriali sulla sicurezza e regolarità d'impiego negli appalti pubblici (con prevalente ma non esclusivo riferimento agli appalti di lavori), d'istituzione di enti bilaterali o trilaterali, di osservatori e altre entità, di fissazione concertata di linee guida di comportamento ecc. Anche se, va detto realisticamente, in molti casi tali accordi faticano a passare dall'effetto politico e d'immagine all'incidenza effettiva sulla realtà: ciò che richiederebbe, tra l'altro, una maggiore attenzione delle organizzazioni sindacali a pretendere l'effettiva applicazione delle regole di garanzia della regolarità del lavoro.

Anche sotto quest'ultimo profilo, il recente varo del codice degli appalti pubblici può costituire un'opportunità.

5. — *Il codice degli appalti pubblici: non solo un Testo Unico* — Il d.lgs. n. 163 del 2006 raccoglie in un unico provvedimento, non per caso definito codice, le diverse e frammentate discipline sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, che in precedenza erano divise in una miriade di testi soggetti nel tempo a successive modificazioni (i principali erano la cd. «legge Merloni» sui lavori pubblici, legge n. 109/1994, più volte modificata, i d.lgs. n. 157/1995 e n. 358/1992 sugli appalti di servizi e di forniture, cui doveva aggiungersi, per l'importanza ai nostri fini, la cd. «legge Salvi» n. 327/2000). Nel contempo, tuttavia (e dunque andando oltre la funzione di compilazione di un mero Testo Unico), il decreto provvede all'attuazione delle più recenti Direttive comunitarie intervenute nel settore (Direttive nn. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce).

(30) Per la segnalazione di un caso di interesse v. F. Scarpelli, *Un accordo nell'area milanese per la costruzione del nuovo polo fieristico*, in *Note Informative*, n. 29, 2004, p. 66.

Tale compito, come spesso è accaduto al legislatore degli ultimi anni, è stato eseguito non senza limiti e numerose imperfezioni tecniche, già segnalate dagli esperti della disciplina, le quali certamente determineranno – oltre che possibili correzioni dei contenuti stessi della regolazione – la necessità di ulteriori interventi da parte del nuovo governo. In particolare, pare ancora meritevole di interventi il meccanismo di selezione e aggiudicazione dell'affidatario dell'appalto, con una più decisa limitazione dei possibili effetti negativi, anche nella nostra materia, del criterio del prezzo più basso, così come una maggiore attenzione all'effettività e al potenziamento degli strumenti di controllo della qualificazione delle imprese, del rispetto della regolarità lavoristica ecc.

Il codice disciplina in misura prevalente le procedure di progettazione, affidamento ed esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture: procedure che, come recita l'art. 2, devono garantire «la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei princìpi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza», così come garantire i princìpi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, pubblicità.

Si tratta di disciplina estranea alla nostra area di competenza. Ci limitiamo a segnalare quella che pare una delle innovazioni fondamentali, rispondenti alle linee d'evoluzione sopra sottolineate: ovvero quella della maggiore valorizzazione, in sede di selezione delle offerte dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, del «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», che si affianca a quello del prezzo più basso, e che consente una valutazione più complessiva delle caratteristiche dell'opera o del servizio, in una logica non puramente di costo, e agevola la verifica del rispetto delle soglie minime irriducibili dei costi del lavoro (31). Peraltro, il comma 2 dell'art. 2 del codice, dedicato ai princìpi, prevede significativamente che «il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile».

---

(31) Per l'applicazione del criterio agli appalti dei servizi di pulizia vedi il *d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117*, il cui art. 2, comma 3, quanto all'elemento «prezzo», dopo aver statuito che l'offerta deve specificarne la composizione con riferimento al numero degli addetti impiegati, alle ore di *lavoro* e ai costi per macchinari, attrezzature e prodotti, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici considerano inammissibili offerte nelle quali il costo del *lavoro* previsto sia inferiore al costo stabilito dal contratto di categoria e dalle leggi previdenziali e assistenziali, risultante da atti ufficiali.

Ciò significa, è bene precisarlo, che il perseguimento di obiettivi di carattere sociale, ambientale o di sviluppo può ulteriormente temperare la logica del principio di economicità: fermo restando che lo stesso richiede sempre *a priori* il rispetto delle norme di tutela e regolarità del lavoro, e dei relativi costi (anche nel caso di adozione del criterio del prezzo più basso che, come si vedrà tra breve, non può comunque scendere al di sotto di soglie che non garantiscano il rispetto, con relativi inevitabili costi, dei diritti contrattuali e della sicurezza del lavoro).

La raccolta in un Testo Unico delle discipline degli appalti, nonostante le poche novità di contenuto, costituisce certamente un'importante occasione per diffonderne una maggiore conoscenza, e dunque una più elevata effettività. Uno degli effetti chiarificatori più importanti risiede proprio nel carattere di testo comune a tutti gli appalti pubblici: ciò che aiuta a chiarire definitivamente (se qualche dubbio poteva permanere nel regime precedente) che le regole sul rispetto dei trattamenti collettivi, sui subappalti, sui requisiti generali di qualificazione delle imprese ecc. (ovvero l'insieme delle regole che mirano ad assicurare la regolarità del lavoro) valgono per tutti gli appalti pubblici, e non solo per quelli di lavori, tradizionalmente e da più tempo disciplinati, e dunque anche per gli appalti di servizi, sempre più diffusi in forza delle politiche d'esternalizzazione praticate in questi anni dalle amministrazioni.

La disciplina del codice va poi integrata con discipline di settore particolarmente importanti come il d.lgs. n. 494/1996 (cd. Direttiva cantieri), che riguarda nello specifico i lavori e le opere di costruzione. Ancora, va precisato che il campo d'applicazione del codice si estende anche a operatori economici appaltanti che non sono giuridicamente pubbliche amministrazioni ma soggetti privati tenuti egualmente all'osservanza della disciplina, in quanto società a capitale pubblico o comunque controllate dalle pubbliche amministrazioni, ovvero in quanto utilizzano risorse economiche pubbliche (v. artt. 3 e 32). Infine, il codice detta discipline distinte a seconda se gli appalti superino o restino al di sotto di certe soglie di valore, fissate in relazione agli obblighi di adeguamento alle disposizioni comunitarie: tale distinzione, tuttavia, pare rilevare soprattutto sul piano della semplificazione delle procedure di affidamento, di pubblicità ecc., mentre non pare avere incidenza significativa sulle discipline miranti a garantire la regolarità del lavoro.

6. — *Le regole del codice in materia di lavoro: breve sintesi dei contenuti* — L'insieme della disciplina rivolta alle amministrazioni commit-

tenti (e agli altri soggetti obbligati all'applicazione del codice) prevede che, fin dalla progettazione dell'opera o del servizio da appaltare, dalla predisposizione dei contenuti del contratto d'appalto, dalla scelta del contraente, e poi ovviamente nella fase dell'esecuzione, sia data adeguata considerazione al rispetto delle norme sulla sicurezza del lavoro e dei trattamenti *standard* economici e normativi per i lavoratori, previsti dai contratti collettivi nazionali e territoriali del settore.

Da questo punto di vista, assume particolare rilievo la figura del responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione, che, sulla base dei compiti affidati dall'art. 10, si ritiene debba garantire anche l'osservanza delle discipline di tutela del lavoro.

Il rispetto delle discipline lavoristiche, anzi, è condizione per l'accesso stesso al mercato degli appalti pubblici, disciplinato secondo tecniche di «qualificazione» degli operatori economici interessati a candidarsi all'affidamento di un appalto: l'art. 38 stabilisce i requisiti d'ordine generale di ogni appaltatore pubblico, tra i quali rientrano una storia imprenditoriale rispettosa delle norme lavoristiche; eventuali gravi infrazioni in materia di obblighi civili e previdenziali, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio sugli appalti pubblici, possono determinare l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento; il rispetto degli obblighi della legge n. 68/1999 sul collocamento dei disabili, invece, deve essere ogni volta specificamente certificato. L'art. 40, poi, riproduce la specifica e più complessa disciplina della qualificazione delle imprese per il settore dei lavori pubblici (sistema delle S.O.A., sostitutivo del vecchio e inefficace Albo nazionale dei costruttori).

Gli artt. 6 e 7 disciplinano l'Autorità per la vigilanza sugli appalti pubblici e l'Osservatorio dei contratti pubblici, operante nell'ambito della prima, con competenze estese, appunto, anche alla verifica del possesso, da parte dei soggetti partecipanti al mercato degli appalti, dei requisiti di «regolarità lavoristica». È evidente quanto possa essere rilevante, dunque, un ruolo attivo ed effettivo di tali istituzioni, così come la diffusione di comportamenti di segnalazione all'Autorità – da parte degli enti ispettivi, delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, di imprese o associazioni imprenditoriali interessate al rispetto delle regole di concorrenza – dei più gravi casi d'irregolarità, impiego di lavoro nero, violazione delle regole sulla sicurezza ecc., così provocando la più effettiva sanzione di simili comportamenti (l'esclusione anche solo temporanea dell'impresa dal mercato).

Da un punto di vista di politica del diritto, pare auspicabile un rafforzamento dei poteri e dei compiti dell'Autorità anche con riferimento alla verifica del rispetto delle condizioni di regolarità del lavoro e degli adempimenti in materia contributiva, fiscale, della sicurezza del lavoro ecc., anche per controbilanciare una certa tendenza delle singole amministrazioni appaltanti ad accontentarsi di verifiche formali di tali aspetti (tendenza indotta dalle necessità politiche e di bilancio a ottenere l'opera o il servizio appaltati nei tempi più rapidi e ai costi minori).

Gli artt. 81 ss. disciplinano i criteri d'affidamento dell'appalto, che sono, appunto, in linea generale, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra le norme successive, particolare importanza hanno quelle relative alla verifica delle «offerte anormalmente basse» (artt. 87 ss.), che prevedono anche la verifica del rispetto «delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro», dei costi minimi del lavoro rilevati periodicamente dal Ministero del lavoro sulla base della contrattazione collettiva, degli oneri di sicurezza. L'art. 87, in proposito, riproduce al comma 2, lett. *g*, il disposto della cd. legge Salvi (legge n. 327/2000), che appunto esigeva, per tutti gli appalti pubblici, la considerazione *ex ante* dei costi del lavoro, sottraendoli al gioco della concorrenza e costringendo le imprese a misurarsi, al contrario, sui modelli organizzativi e d'efficienza. L'art. 89, riprendendo un altro passaggio della legge Salvi, ribadisce che «nella predisposizione delle gare di appalto le stazioni appaltanti sono tenute a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro…».

È evidente che tali previsioni, giocando sui costi degli appalti per le amministrazioni committenti e sulle relative scarse disponibilità di bilancio, pongano un serio problema di effettività: vi è qui un terreno di auspicabile intervento delle organizzazioni sindacali (oltre che, come si è detto, dell'Autorità di vigilanza) nei confronti delle più importanti amministrazioni pubbliche, e di possibile stipulazione di accordi quadro per la gestione del sistema degli appalti, la valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza, le verifiche in fase d'esecuzione ecc.

Si tratta, da questo punto di vista, di diffondere la «cultura» delle condizioni di regolarità degli appalti, per andare oltre la già segnalata tendenza a un'interpretazione formale degli obblighi, ciò che presuppone anche la predisposizione di strumenti di supporto tecnico alle amministrazioni appaltanti (spesso prive di personale o strutture in grado di adempiere completamente a tali delicati compiti). Sotto questo profilo,

vi è forse spazio per interventi virtuosi della legislazione regionale (secondo il recente esempio di una legge regionale pugliese: v. *infra*), che può dar luogo alla nascita di Osservatori di settore sugli appalti pubblici, anche al fine di svolgere funzioni di supporto alle amministrazioni appaltanti, mediante il coinvolgimento di esperti del settore e delle università, ed eventualmente di enti bilaterali frutto di una genuina esperienza di relazioni industriali (32).

Le garanzie della regolarità e sicurezza del lavoro, già doverosamente prese in considerazione *ex ante* (in fase di disciplina del mercato, di progettazione dell'opera o del servizio da appaltare, di scelta del contraente), devono ovviamente essere rispettate in fase d'esecuzione degli appalti. Centrale, da questo punto di vista, è l'art. 118, il quale riproduce tra l'altro i contenuti dell'ora abrogato art. 18 della legge n. 55/1990, chiarendone l'applicazione a tutti gli appalti pubblici, anche di servizi (prima derivante da un non sempre chiaro gioco di rinvii).

Per quanto formalmente intitolato alla disciplina del subappalto, l'art. 118 contiene un'importante regola applicabile a ogni appalto, anche nei rapporti diretti tra stazione appaltante e impresa appaltatrice: la regola, dettata dal comma 6, è quella per cui l'affidatario dell'opera, del servizio o della fornitura, «è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni», ed è responsabile in solido per l'osservanza delle stesse norme da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti; principio integrato da obblighi di documentazione del rispetto delle norme previdenziali, qui prevedendosi anche il rispetto, nel caso di lavori di costruzione, delle regole e degli obblighi relativi alle Casse Edili.

La norma si preoccupa poi di prevedere garanzie della predisposizione e del rispetto dei piani di sicurezza sia degli appaltatori sia dei subappaltatori, e il coordinamento delle diverse imprese operanti nell'appalto (coordinamento peraltro destinatario d'ulteriori regole nel d.lgs. n. 494/1996).

Si noti che la norma sui trattamenti applicabili va oltre quanto previsto dall'art. 36 della legge n. 300/1970, non limitandosi a prevedere l'obbligo di assicurare condizioni «non inferiori» a quelle risultanti dai

(32) Significativa, ad esempio, quella del settore edile, nel quale vi è una tradizione consolidata di enti bilaterali in grado di diffondere politiche di sicurezza del lavoro, di gestione dei costi normativi ecc.

contratti collettivi, ma prevedendo il rispetto integrale dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti stessi (anche se non vincolanti per l'impresa, che avrà l'onere di applicarli ove voglia partecipare all'appalto pubblico). In tema, è poi opportuno rammentare che, secondo la giurisprudenza prevalente, in questo caso il contratto collettivo di riferimento andrà individuato facendo applicazione dei criteri dettati dall'art. 2070 cod. civ. (e non secondo la scelta soggettiva e discrezionale delle imprese: cfr. Cass., Ss.Uu., n. 2665/1997) e, ove sussistano più contratti, si deve fare riferimento a quelli stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Anche in questo caso, è evidente come l'efficacia di tale disciplina si giochi sul piano dell'effettività, e sulla capacità e l'interesse dei soggetti responsabili a verificarne il rispetto: l'art. 119 prevede che la direzione dell'esecuzione dei contratti di lavoro, servizi e forniture spetti al responsabile per il procedimento, che è dunque il soggetto al quale devono essere sempre segnalate le violazioni delle discipline contrattuali e della sicurezza. Quando tali violazioni siano particolarmente significative, o addirittura configurino illeciti penali, è possibile la risoluzione del contratto d'appalto (artt. 135 e 136): conseguenza che, nei casi più gravi, dovrebbe essere richiesta alle amministrazioni appaltanti, altrimenti segnalando il caso all'Autorità per la vigilanza sugli appalti pubblici.

Particolari regole sono previste per l'esecuzione dei lavori pubblici, nel qual caso le amministrazioni sono obbligate a istituire un ufficio di direzione dei lavori (art. 130), cui spetta anche la verifica dell'applicazione della disciplina dei piani di sicurezza già prevista dalla legge Merloni, e riprodotta ora nell'art. 131 (nelle attività di costruzione, poi, vi sono le figure specifiche dei coordinatori per la sicurezza previste dal d.lgs. n. 494/1996).

7. — *Oltre la regolarità del lavoro: la finalizzazione degli appalti pubblici a obiettivi sociali* — Fin qui si sono percorse le regole del codice, già previgenti e oggi rese più chiare e unitarie, miranti a garantire la regolarità delle condizioni di impiego e la sicurezza del lavoro nelle imprese appaltatrici e subappaltatrici di forniture, lavori, servizi pubblici.

Come si è detto nelle considerazioni introduttive, tuttavia, la rilevanza economica degli appalti pubblici è tale da imporci di andare oltre tale terreno, e valutare come gli stessi possano giocare un ruolo di promozione di obiettivi ulteriori di carattere sociale. Del problema si è occupata in tempi relativamente recenti la Commissione europea, nella

citata Comunicazione interpretativa della disciplina europea, diretta a valutare «le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici» (33). Il modello legislativo europeo, sul punto, può apparire meno chiaro di quello interno, perché come accennato è condizionato dalla propria finalità originaria: la disciplina degli appalti pubblici in funzione primaria di regolazione della concorrenza, di un'effettiva libertà di prestazione di servizi e di stabilimento, di partecipazione alla pari delle imprese europee a un mercato tra i più ricchi e significativi.

La Commissione europea e la Corte di Giustizia, tuttavia, vanno elaborando in questi anni le coordinate per una progressiva integrazione degli aspetti sociali nella disciplina degli appalti pubblici, nella prospettiva di un più equilibrato rapporto con la tutela della concorrenza: acquisito senza ombre il principio del rispetto delle discipline inderogabili di tutela del lavoro (tra le quali le direttive sociali sulla sicurezza del lavoro), l'aspetto più delicato riguarda la possibile utilizzazione dell'appalto come leva di soluzione di problemi sociali del territorio (come, ad esempio, la possibilità di vincolare l'affidamento dell'opera o del servizio all'impiego di soggetti disabili, di disoccupati, di altri soggetti svantaggiati); problema che trova soluzione positiva mediante la distinzione tra fase della selezione del soggetto aggiudicatario (per la quale si ritiene prevalente la regola di non condizionamento della concorrenza) e fase dell'esecuzione dell'appalto (per la quale si ritiene ammissibile, entro certi limiti, l'imposizione d'obblighi a finalizzazione sociale) (34).

Nella citata Comunicazione, infatti, la Commissione ammetteva la possibilità di introdurre vincoli a finalità sociale, per i soggetti affidata-

(33) COM(2001) 0566 def.

(34) Su tale delicato snodo è intervenuto, più di recente, un segnale negativo, per quanto riferito a materia diversa. Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia 9 dicembre 2004, causa C-460/02, con la quale la Repubblica italiana è stata condannata per avere inserito una clausola sociale, finalizzata al mantenimento dei livelli occupazionali, nel d.lgs. n. 18/1999 di recezione della Direttiva n. 96/67/Ce di liberalizzazione del mercato dei servizi aeroportuali: una sentenza, a parere di chi scrive, discutibile e che rappresenta un passo indietro rispetto all'elaborazione qui segnalata in materia di appalti pubblici (forse dovuta, va detto, anche alla discutibile linea di difesa prescelta dal governo italiano, poggiante sull'erroneo richiamo alla disciplina di conservazione dei diritti dei lavoratori nelle vicende di trasferimento d'azienda). Sulla questione, per una anticipazione dei dubbi di compatibilità del d.lgs. n. 18/1999 col quadro comunitario, v. Ghera, *Le cd. clausole sociali…*, cit. In generale sul tema, da ultimo, M. Pallini, *Nuova costituzione economica e tutela del lavoro. Profili sistematico-istituzionali*, Roma, Ediesse, 2004.

ri, in fase d'esecuzione del contratto, e tale principio è stato ripreso dalla Direttiva n. 2004/18/Cee, all'art. 26 (che, come si è sottolineato, è cosa diversa e ulteriore rispetto all'osservanza degli obblighi generali in materia di sicurezza e condizioni di lavoro, assunti come presupposti di ogni appalto dall'art. 27 della Direttiva); l'art. 19, inoltre, prevede espressamente la possibilità di appalti riservati o protetti per la promozione dell'occupazione di soggetti disabili.

Tali aspetti trovano emersione, nel codice, in due disposizioni.

L'art. 52, riprendendo quasi alla lettera il testo della Direttiva, prevede che i soggetti committenti possano riservare la partecipazione alle procedure d'aggiudicazione «in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro *handicap*, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali».

L'art. 69, riecheggiando gli orientamenti della Commissione, prevede che i committenti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara, e che dette condizioni «possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali». L'amministrazione, peraltro, prima di pubblicare il bando deve fare un'apposita comunicazione all'Autorità di vigilanza (la norma dice «può», ma pare corretto ritenere che si tratti di un obbligo), la quale ha il compito di verificare la compatibilità delle condizioni d'esecuzione con il diritto comunitario (verificando, ad esempio, che le stesse non siano tali da creare una specifica condizione di favore per le imprese nazionali).

È evidente come, anche su questo terreno, molto può essere fatto dalle parti sociali, aprendo un dialogo con i soggetti pubblici più sensibili, in un'ottica di «responsabilità sociale» comune a imprese e agli stessi soggetti pubblici. In tale prospettiva, l'esperienza degli accordi trilaterali sugli appalti si potrebbe estendere oltre la logica, pur fondamentale, della sicurezza e regolarità del lavoro, per giungere a coniugare l'obiettivo di soddisfazione di esigenze generali della collettività (o comunque funzionale allo svolgimento delle attività istituzionali delle amministrazioni interessate) con la promozione di rilevanti obiettivi d'integrazione sociale.

8. — *Segnali della XV legislatura: la legge Bersani, la legge della Regione Puglia, la (proposta di) legge Finanziaria del 2007* — Come si accennava nelle considerazioni introduttive, i primi atti della XV legislatura paiono riprendere alcune delle tematiche qui trattate – sia pure in una prospettiva generale (giustamente) non limitata al settore degli appalti pubblici – inserendole nel contesto della generale azione di risanamento del paese, anche mediante politiche di più efficace contrasto all'economia irregolare.

Sia consentito rilevare come, dopo un confronto elettorale in gran parte assorbito da temi ad alto impatto simbolico, come quelli ruotanti intorno alla cd. legge Biagi, i primi atti legislativi della nuova maggioranza parlamentare, in materia di lavoro, sembrano mostrare una più saggia valutazione delle reali priorità di intervento, in relazione alle effettive condizioni del tessuto produttivo ed economico.

L'art. 35 del d.l. n. 223/2006 riprende la tecnica della responsabilizzazione dei vari soggetti operanti nelle catene di appalto/subappalto (dal committente all'appaltatore al sub-appaltatore) rispetto all'adempimento degli obblighi – in questo caso, fiscali, previdenziali e assicurativi – da parte dell'appaltatore o sub-appaltatore. Sia pure con una formulazione un po' complessa, e non del tutto perspicua, è evidente la finalità di trasferire ai livelli più elevati della catena di comando sugli appalti la funzione di sorveglianza sull'adempimento di tali obblighi, e anzi, a monte di favorire processi di coinvolgimento nelle filiere degli appalti di soggetti imprenditoriali di maggiore serietà (non disponendo, nel settore privato, dei sistemi e processi di qualificazione dei soggetti partecipanti al mercato).

L'art. 36-*bis*, introdotto dalla legge di conversione del decreto (legge n. 248/2006), nel disporre interventi di contrasto al lavoro nero (limitati tuttavia al settore edile), mira a diffondere una delle poche misure di contrasto realmente effettive, ovvero quella della sospensione dei lavori in caso di rilevante presenza di lavoratori irregolari o di reiterate violazioni della disciplina in materia di orari di lavoro e riposi (sospensione che invece, in relazione alle regole della sicurezza del lavoro, è disciplinata dal d.lgs. n. 494/1996 e affidata all'iniziativa del Coordinatore per l'esecuzione dei lavori). Altra misura significativa – e se si vuole banale, ai fini di contrasto del lavoro nero – è quella dell'obbligo di effettuare le comunicazioni delle nuove assunzioni, alle amministrazioni competenti in materia di mercato del lavoro, il giorno antecedente all'instaurazione dei nuovi rapporti (regola qui introdotta per il solo settore edile, ma che

la legge finanziaria 2007 sembra voler estendere a tutti i datori di lavoro) (35). Infine, è significativo l'incremento dell'importo delle sanzioni amministrative e civili connesse all'impiego di lavoratori in nero e all'omesso versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi; sanzioni che oggi raggiungono soglie davvero ragguardevoli.

Un recente provvedimento che merita di essere citato è poi la legge della Regione Puglia n. 28 del 26 ottobre 2006, recante misure «in materia di contrasto al lavoro non regolare». La chiave utilizzata dal provvedimento – anche al fine di prevenire obiezioni riguardo alla corretta ripartizione di competenze tra Stato e Regione – è quella di definire l'area di regolazione con riferimento ai soggetti destinatari di benefici o fondi accordati a qualsiasi titolo dall'Amministrazione regionale, e degli appalti aggiudicati dalla medesima Regione, dalle aziende sanitarie e dagli enti partecipati.

La legge pugliese ripropone a livello locale clausole sociali e altre regole già conosciute nell'esperienza nazionale, ma sperimentando significativi strumenti d'effettività delle stesse: tra questi, si segnalano la risoluzione di diritto dei contratti d'appalto per i quali siano riscontrate gravi irregolarità. L'istituzione di un Osservatorio regionale sulla regolarità del lavoro nonché, soprattutto, la previsione che l'inosservanza dei compiti di vigilanza sugli appalti debba essere considerata elemento di valutazione negativa dell'operato dei Direttori generali e dei legali rappresentanti degli enti partecipati della Regione.

La legge pugliese, inoltre, intende sperimentare – di concerto con le parti sociali e con il coinvolgimento delle università e degli organi ispettivi operanti nella Regione – l'individuazione di «indici di congruità» articolati per settore e per categorie di imprese, destinati a definire «il rapporto tra la quantità e qualità dei beni e dei servizi offerti dai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, e la quantità delle ore lavorate, nonché la deviazione percentuale dall'indice individuato che sia da considerare normale».

Si tratta certamente di un'ulteriore tecnica regolativa di grande interesse, già proposta all'attenzione degli operatori dalla maggiore confederazione sindacale italiana, nell'ambito della sua recente campagna contro il lavoro nero, irregolare e sommerso (36). Proprio tale tecnica sem-

(35) V. art. 172 del disegno di legge: si fa riferimento al testo approvato dal Consiglio dei ministri il 29 settembre 2006.

(36) V. i documenti in http://www.nolavoronero.it/propostecgil-it.htm.

bra destinata a essere generalizzata, sia pure in via sperimentale, grazie alle disposizioni della prossima (37) legge Finanziaria, che all'art. 169 del relativo d.d.l. prevede appunto l'introduzione degli indici di congruità mediante decreti del Ministro del lavoro: tali provvedimenti dovrebbero interessare i settori nei quali «risultano maggiormente elevati i livelli di violazione delle norme in materia di incentivi e agevolazioni contributive e in materia di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori», e per gli stessi definire gli indici di congruità (in termini analoghi a quelli definiti dalla legge pugliese: rapporto tra qualità dei beni e servizi e quantità di ore di lavoro; definizione delle percentuali tollerabili di scostamento dagli indici, anche in considerazione delle caratteristiche produttive e tecniche).

(37) Al momento in cui si scrive (novembre 2006).

Federico Martelloni, Thomas Pasquier (*)

I LICENZIAMENTI IN ITALIA E IN FRANCIA: LA TUTELA DEL DATORE DI LAVORO (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. I nuovi rischi della competizione globale e il principio *zero-stock*. — 2.1. *Segue:* Le indicazioni degli economisti e il sistema degli indici. — 2.2. Tasso d'impiego *versus* stabilità dell'impiego. — 3. Il *Contrat «Nouvelles Embauches»* o l'illusoria ambizione di un diritto del licenziamento senza intervento giudiziario. — 4. La tentazione di una disciplina del licenziamento senza l'intervento del giudice. — 4.1. *Segue:* L'incentivo ad assumere attraverso il rispetto delle aspettative degli agenti. — 4.2. *Segue:* La giustificazione della decisione attraverso l'internalizzazione dei costi sociali del licenziamento. — 5. Le aporie di una disciplina del licenziamento senza intervento giudiziario: il versante normativo. — 5.1. *Segue:* Il versante giurisprudenziale: verso una paralisi del C.N.E.? — 6. In Italia qualcosa di nuovo sotto il cielo. — 7. Il lavoro a progetto e la sua «doppia precarietà». — 8. Le novità in materia di lavoro subordinato: flessibilità in uscita *a mezzo* di flessibilità in entrata. — 8.1. *Segue:* Le possibilità di spingersi al di fuori dalla soglia di applicazione della «tutela forte». — 9. Linee di tendenza e prospettive evolutive. — 10. La libertà nel lavoro e il valore della stabilità.

1. — *Premessa* — Il mercato del lavoro italiano e quello francese sono stati investiti da processi di riforma di grande rilievo in questo primo scorcio di secolo.

In Italia, la riforma del rapporto di lavoro a tempo determinato prima, e le massicce innovazioni normative introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003 poi, hanno ridisegnato in maniera radicale la regolazione del mercato del lavoro, affiancando al rapporto *standard* una molteplicità di rapporti flessibili in parte noti all'ordinamento italiano, benché con fisionomia e identità ampiamente differente, e in altra parte del tutto sconosciuti; in Francia, con la recente introduzione del *Contrat Nouvelles Embauches* (C.N.E.) il legislatore è intervenuto, in via diretta, sull'aspetto storicamente più rilevante della normativa lavoristica, ovvero la disci-

(*) Federico Martelloni è dottore di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università Ca' Foscari di Venezia. Thomas Pasquier è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Parigi X - Nanterre.

(**) La redazione dei parr. 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10 è a cura di F. Martelloni, quella dei parr. 3, 4, 5 è a cura di T. Pasquier.

plina dei licenziamenti, limitandone – se pur parzialmente – l'operatività per ben due anni dalla stipulazione del contratto di nuovo conio.

Vari sono stati i giudizi e le interpretazioni fornite dalla dottrina lavoristica a fronte delle menzionate innovazioni normative, e altrettanto variegate e significative sono apparse le reazioni dei soggetti sociali e dei corpi intermedi, i quali hanno certamente condizionato, e in certa misura circoscritto, l'impatto dei progetti di riforma inizialmente prospettati dal legislatore.

Al di qua delle Alpi, in particolare, il progetto di intervenire in via sperimentale sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, al fine di limitarne il raggio d'azione per le imprese disposte a compiere nuove assunzioni superando i criteri dimensionali previsti per l'applicazione della cd. tutela reale, ha determinato una vigorosa reazione sociale, nel corso del 2002, soprattutto da parte del sindacato maggioritario, costringendo il legislatore a stralciare dall'iniziale disegno di legge n. 848/2001, poi trasfuso nella legge delega n. 30/2003, le disposizioni relative alla materia dei licenziamenti individuali (1). La Francia, dal canto suo, ha visto crescere una grande mobilitazione sociale in ferma opposizione all'ipotesi di introdurre un nuovo tipo contrattuale denominato *Contrat Premièr Embauche*, spingendo il governo a rivedere i propri iniziali intendimenti fino al punto da rinunciare alla applicazione della relativa ordinanza promulgata nel marzo del 2006. Il C.P.E., osteggiato da una massiccia mobilitazione soprattutto giovanile e universitaria, avrebbe consentito alle imprese di assumere a tempo indeterminato giovani di età inferiore ai 26 anni, con la possibilità di disporne il licenziamento, per un periodo di due anni, al di fuori del consueto controllo giudiziale sulla legittimità dei provvedimenti espulsivi (2).

Se le soluzioni inizialmente prospettate conoscevano, almeno astrattamente, svariati punti di contatto, giacché si sceglieva di intervenite, tanto in Italia quanto in Francia, sul campo di operatività della disciplina dei licenziamenti, l'esito finale è stato, per certi versi, piuttosto diffe-

(1) Tali disposizioni, al pari di quelle relative alla prospettata revisione dell'arbitrato, sono confluite nel d.d.l. n. 848-*bis*, poi accantonato dal governo in carica durante la passata legislatura.

(2) Ord. n. 2006/396, 31 marzo 2006, art. 8. In base alle previsioni normative ivi contenute, il contratto sarebbe stato regolato dalle disposizioni del *code du travail à l'exception, pendant les deux premières années* […]*, de celles des articles L. 122-24 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17*, ovvero le regole relative alla risoluzione anticipata del contratto di lavoro da parte del datore di lavoro per motivi sia personali che economici.

rente: il legislatore italiano, abbandonata l'ipotesi di ridurre il campo d'applicazione dell'art. 18, legge n. 300/1970, ha percorso, in larga parte, la via dell'implementazione della cd. *flessibilità in entrata*, affiancando al rapporto di lavoro stabile e a tempo indeterminato – il quale ha conservato la precedente regolazione e la propria (formale) centralità – una «panoplia» di rapporti flessibili (3) soprattutto nell'alveo del lavoro subordinato (ma anche nell'alveo del lavoro autonomo, dove sono sopravvissute, benché con tratti e disciplina parzialmente diversa dal passato, le collaborazioni coordinate e continuative); il legislatore francese ha insistito sulla flessibilità in uscita, riducendo a uno soltanto – ossia al solo C.N.E. – i rapporti di nuovo conio effettivamente vigenti, e statuendo per tale tipo contrattuale, anch'esso a tempo indeterminato come il C.P.E., deroghe esplicite alla disciplina limitativa dei licenziamenti.

Dietro la eterogeneità delle tecniche di intervento si cela, tuttavia, una distanza forse meno cospicua di quel che appaia a prima vista, e la divaricazione dei modelli di regolazione adottati non impedisce di rintracciare significativi punti di contatto.

Chiedersi se sia possibile cogliere una filosofia comune agli interventi legislativi richiamati è, a giudizio di chi scrive, questione di cruciale importanza per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo la comparazione può consentire l'individuazione di linee evolutive comuni ai diversi sistemi giuridici europei, con maggior distacco rispetto alla contingenza politica e alle valutazioni che, inevitabilmente, tale contingenza determina all'interno dei singoli contesti nazionali; in secondo luogo, la comparazione consente di individuare la corrente di fondo che presiede ai più recenti smottamenti riscontrati nei sistemi di regolazione dei rapporti di lavoro, dotando l'interprete di una bussola utile a orientare tanto l'analisi quanto la proposta, così da riequilibrare, in questo secondo caso, eventuali distorsioni o alterazioni che pure sono state, da più parti, denunciate (4).

Enunciando, in questa sede, l'ipotesi che sorregge le note che seguono, sembra doversi riscontrare, nei diversi sistemi considerati, la manifesta intenzione di incidere, in via diretta o indiretta, sul regime di stabilità dell'impiego, inteso come l'insieme delle norme, delle procedure e dei controlli che presiedono alla cessazione del rapporto di lavoro.

(3) P. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in q. *Riv.*, n. 4, 2003, pp. 887 ss.

(4) Si vedano, da ultimo, con riferimento al caso italiano, le osservazioni contenute negli altri contributi ospitati in questo numero della rivista.

Detto in altri termini, l'impressione è che tanto in Francia quanto in Italia, al di là delle tecniche di intervento prescelte, la rotta dell'innovazione normativa – giustificata dall'urgenza di favorire l'impiego – sia stata segnata dalla prioritaria esigenza di *ridurre i rischi che incombono sul datore di lavoro al momento della «rottura» del rapporto*, pervenendo a una soluzione che, in ciascuno dei sistemi giuridici considerati, riduce in misura considerevole il raggio d'azione del regime di stabilità del lavoro, tradizionalmente previsto a seguito della stipulazione di un contratto di lavoro *standard*.

Questo studio si pone l'obiettivo di illustrare le motivazioni, le caratteristiche e gli effetti delle tecniche regolative adottate, anche al fine di metterne in discussione la fisionomia e sollecitare un'inversione di tendenza.

2. — *I nuovi rischi della competizione globale e il principio* zero-stock — È opinione corrente che la liberalizzazione degli scambi e la integrazione dei mercati, connaturata ai processi di globalizzazione dell'economia, abbia esposto le imprese a turbolenze e oscillazioni della domanda un tempo sconosciute (5).

Senza richiamare contenuti e approdi – peraltro non sempre univoci – della sterminata letteratura impegnata a indagare, nel corso degli ultimi anni, la discussa transizione dal fordismo al postfordismo (6), sia consentito, in questa sede, fare riferimento a un solo significativo fenomeno: il sostanziale rovesciamento della «regola d'oro» del paradigma socio-economico del *secolo breve*, quella secondo la quale era l'offerta a determinare la domanda (7).

Ebbene, nel passaggio da un mercato potenzialmente illimitato, nel quale *standard* e livelli produttivi erano programmabili *ex ante*, a un

(5) A. Lyon Caen, A. Perulli (a cura di), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005.

(6) Si vedano, tra i tanti contributi successivi alla pubblicazione del fondamentale testo di M. Piore, C. Sabel, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Isedi, Torino, 1987: A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Torino, 1992; C. Marazzi, *Il posto dei calzini. La svolta linguistica dell'economia politica*, Casagrande Bellinzona, Losanna, 1994; J. Rifkin, *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era post-mercato*, Baldini e Castoldi, Milano, 1995; M. Revelli, *Le due destre. Le derive politiche del postfordismo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996, e *La sinistra sociale. Oltre la civiltà del lavoro*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997; S. Bologna, A. Fumagalli (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1997.

(7) M. Piore, C. Sabel, *op. cit.*, p. 391; C. Marazzi, *op. cit.*, p. 15.

mercato sempre più accidentato e imprevedibile nel quale l'impresa non può più contare sulla capacità dell'ambiente di assorbire il proprio *output*, né sulla possibilità di pianificare a lungo tempo la produzione, gli operatori economici si organizzano con tecniche nuove per rispondere in tempi molto brevi alle oscillazioni, sia qualitative che quantitative, della domanda (8). Imperativo categorico della *lean production*, caratterizzata dal *just in time* o produzione in tempo reale è – secondo le analisi più accreditate – il principio *zero-stock*. Tale principio informa di sé le strategie delle organizzazioni imprenditoriali in una duplice direzione: esso riguarda, per un verso, le scorte di magazzino, da ridurre al minimo al fine di evitare l'accumulazione di merci invendute destinate a deprezzarsi nel tempo, divenendo, talvolta, addirittura inservibili (come accade per tutti i prodotti a rapida obsolescenza tecnologica), e, per altro verso, il lavoro, da utilizzare «al bisogno» – «a chiamata», si direbbe oggi in Italia – o fino a quando ve ne sia bisogno, liberando gli agenti economici dal rischio del suo impiego infruttuoso.

È da ricondurre al principio *zero-stock* la valutazione del diritto del lavoro (e del suo apparato regolativo) in termini di «esternalità negativa»: secondo la prospettiva degli operatori economici, sarebbero imputabili all'apparato protettivo e regolativo tipico del diritto del lavoro le reticenze delle imprese a impiegare nuovo personale dipendente, cagionando danni significativi tanto all'andamento del sistema economico quanto alla coesione sociale.

2.1. — Segue: *Le indicazioni degli economisti e il sistema degli indici* — Maturano in questo quadro, a cavallo tra i due secoli, i rapporti elaborati da economisti ed esperti di alcune delle principali organizzazioni internazionali come l'O.C.S.E. e il F.M.I., aventi a oggetto il Regime di Protezione del Lavoro (R.P.L.) o Tasso di Rigidità dell'Impiego (T.R.I.), presentato come principale ostacolo alla crescita tanto economica quanto occupazionale dei sistemi contemporanei.

Se in Francia – come vedremo di seguito – particolare successo hanno riscosso in ambiente governativo le tesi di Blanchard e Tirole contenute nel noto rapporto su *Protezione dell'impiego e procedure di licenziamento* commissionato nel 2003 dal Consiglio di analisi economica, incidenza non poco significativa hanno avuto, in Italia, i rapporti O.C.S.E. diffusi alla vigilia della nuova stagione di riforme.

(8) C. Marazzi, *op. cit.*, pp. 13 ss.

A partire dal 1999, l'O.C.S.E. ha, infatti, profuso notevole impegno nella elaborazione di indicatori numerici orientati a misurare, in particolare, il tasso di rigidità dei regimi di protezione dell'impiego, al fine di favorire la comparazione tra ordinamenti diversi e sollecitare maggiore uniformità nelle politiche sociali e occupazionali.

Nell'elaborazione degli indici (9), assumono rilievo preminente le norme relative alla disciplina dei licenziamenti, la cui incidenza finisce per condizionare, in misura rilevante, l'esito definitivo della valutazione.

Ebbene, come è stato evidenziato da uno studio condotto da alcuni giuristi ed economisti della Università Bocconi di Milano, il tasso (particolarmente elevato) di rigidità dell'impiego attribuito all'Italia nel 1999, quantificato dagli analisti nell'indice aggregato di 3.5. (inferiore, in Europa, soltanto a Turchia e Portogallo), derivava, in larga parte, da una «grave inesattezza» consistita nell'inclusione del trattamento di fine rapporto fra i costi del licenziamento (10) mentre – come sarebbe stato immediatamente palese a qualunque frequentatore anche saltuario e incostante del diritto del lavoro italiano – il T.F.R. *non* rappresenta un costo di licenziamento, costituendo al contrario un mero accantonamento, da parte del datore di lavoro, di una frazione della retribuzione annuale dovuta al dipendente, la quale diviene esigibile (di regola), solo al momento della cessazione del rapporto, quale che sia la parte che esercita il recesso. Non per caso, gli stessi esperti dell'O.E.C.D., pur avendo ignorato i rilievi relativi ad altri errori compiuti nella costruzione degli indici – tra i quali spicca il cumulo degli obblighi (notoriamente alternativo) di reintegrazione e corresponsione della indennità sostitutiva della reintegra di cui all'art. 18 Stat. lav. –, si sono visti costretti a correggere, negli anni successivi, il proprio rapporto del '99, escludendo il T.F.R. italiano dal novero dei costi di licenziamento, così riportando l'indicatore aggregato attribuito all'Italia perfettamente al livello della media degli altri paesi europei (11).

(9) La costruzione dell'indice di rigidità dell'impiego, costruito a partire da 22 distinti indicatori, prevede, come primo passo del procedimento di quantificazione, l'attribuzione di valori discreti a diversi istituti della disciplina protettiva di marca lavoristica, mentre il passaggio successivo risiede nella aggregazione degli indicatori specifici in maniera tale da ottenere un indicatore unico di rigidità (R.P.I.), compreso tra 0 e 6 da associare a ogni singolo paese esaminato.

(10) M. Del Conte, C. Devillanova, S. Morelli, *L'indice OECD di rigidità del mercato del lavoro: una nota*, in *PE*, n. 3, 2004, pp. 335 ss., qui p. 345.

(11) O.E.C.D., *Employment Outlook*, Parigi, 2004, p. 108.

La grossolanità delle valutazioni compiute in sede O.C.S.E. non ha impedito, nel corso della passata legislatura, che tali indicatori fossero ripetutamente invocati a giustificazione della necessità di interventi di flessibilizzazione del mercato del lavoro italiano, né ha evitato che gli indici elaborati nel '99 fossero richiamati per lungo tempo – e in tempi addirittura successivi alla correzione degli errori – anche da parte della più accreditata dottrina lavoristica (12).

Sulla scorta di queste indicazioni prendono piede i progetti di riforma varati in Italia e Francia nei primi anni del nuovo secolo, con l'intento di rispondere all'esigenza di aumentare il tasso di impiego accrescendone, parallelamente e a quel fine, il tasso di flessibilità.

2.2. — *Tasso d'impiego* versus *stabilità dell'impiego* — L'innalzamento dei livelli occupazionali ha rappresentato la argomentazione principe con la quale sono state giustificate le misure adottate negli ordinamenti francese e italiano.

Se in Francia le procedure di licenziamento sono state lette dagli ispiratori del C.N.E. e del C.P.E. come misure «controproducenti» proprio al cospetto della primaria necessità di favorire l'impiego, il legislatore italiano – con tecnica normativa inconsueta – ha scelto di inscrivere l'esigenza di aumentare il tasso di impiego addirittura *all'interno del testo di legge*, richiamando tale finalità nel primo articolo del decreto legislativo dettato in attuazione della legge delega n. 30 del 14 febbraio 2003.

Tale incontestata emergenza ha spinto i legislatori a ritenere che, al fine di favorire l'impiego, fosse opportuno e necessario liberare il datore di lavoro da alcuni dei rischi tradizionalmente connessi a uno dei fattori della produzione, nella specie il fattore lavoro, con parti-

(12) Cfr., da ultimo, P. Ichino, *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *RIDL*, I, 2005, pp. 7 ss. V., in particolare, nota 18, p. 25, laddove viene richiamata la tabella 2.10, e il grafico 2.2. in O.E.C.D., *Protection de l'emploi et performance du marché di travail*, 1999, rispett. pp. 85 e 78. L'Autore richiama le tabelle comparative elaborate in sede O.C.S.E. a sostegno della tesi secondo cui lo spostamento dei lavoratori più efficienti dall'area del lavoro subordinato all'area del lavoro autonomo sarebbe determinato da un elevato tasso di rigidità del lavoro in Italia. Tale rilievo gli consente di argomentare, conseguentemente, che «in un sistema di mercato nel quale l'ordinamento […] non possa impedire la fuga dei più forti dall'area protetta, il vecchio modello di protezione del lavoro [l'Autore si riferisce, nella specie, alla disciplina limitativa dei licenziamenti] produce dunque anche effetti che contrastano gravemente con l'ideale egualitario», pp. 25-26.

colare riferimento all'apparato di tutele (e di controlli) connessi al recesso di parte datoriale.

Nell'ordinamento francese, la soluzione prescelta ha impattato, senza mediazioni di sorta, con la disciplina limitativa del recesso dell'*employeur*, ed è consistita nel riconoscere agli agenti economici la possibilità di evitare il controllo giudiziale sulla legittimità del licenziamento consentendo loro di calcolarne *ex ante* il costo economico. In sostanza, prevedendo – come si vedrà più analiticamente nei paragrafi seguenti – una spesa complessiva pari al 10% delle retribuzioni corrisposte al lavoratore in pendenza del rapporto, si è sostituita *una forma di monetizzazione, suscettibile di quantificazione anticipata, all'alea derivante dall'ordinario controllo giudiziario* sulla legittimità del provvedimento espulsivo, consistente, di regola, nell'accertamento della sussistenza di una causa reale e seria.

Nell'ordinamento italiano, invece, la muraglia eretta a presidio dell'articolo 18, nella grande mobilitazione del 23 marzo 2002, non è stata scalfita, ma è stata (almeno parzialmente) aggirata da una serie di misure in parte contenute nel d.lgs. n. 276 del 2003 e in parte preesistenti, tali da consentire, per un verso, l'adozione di forme di impiego non *standard*, prive dei requisiti di stabilità propri del modello tradizionale, e, per l'altro, forme di segmentazione dell'impresa o di «crescita invisibile» della stessa potenzialmente capaci di intaccare anche la «cittadella protetta».

Insomma, quanto all'Italia, il colonnello Von Clausewitz ha perduto la battaglia campale combattuta all'ombra del Colosseo, me era già pronto a sostituirlo, ad altre latitudini, il generale Lawrence, capace di scompaginare il teatro bellico facendo perdere alle fortificazioni strategiche, protette dalle bombarde del Sultano, la propria conclamata centralità (13).

---

(13) Il riferimento è a Thomas Edward Lawrence, agli annali Lawrence d'Arabia. La sua teoria bellica, sintetizzata nell'Enciclopedia Britannica del '29 sotto la voce *Guerriglia* e già anticipata in *I sette pilastri della saggezza* del 1926, produce uno scarto significativo non soltanto rispetto alla dottrina classica della guerra, ma anche rispetto a molte teorie della guerriglia. Lawrence stabilisce, infatti, una differenza strutturale e permanente tra la guerra regolare, fondata sulla linea di confine da attaccare o difendere, e la guerriglia che agisce invece sulla profondità, sulla discontinuità. L'azione di profondità deve scombinare completamente la geometria di una campagna regolare, produrre un cambiamento di prospettiva e disorientare l'avversario: se un particolare punto segnato sulla mappa del teatro bellico è di importanza strategica, la vittoria non consiste necessariamente nell'espugnare quel punto in cui il nemico è inattaccabile,

Né può dubitarsi che tale sia stato l'esito del conflitto se i dati I.S.T.A.T. relativi al 2005 rivelano che un 50% delle nuove assunzioni in Italia sia avvenuto con contratti a tempo determinato e se le previsioni contenute nel rapporto Excelsior Unioncamere attendono un calo dei nuovi assunti a tempo indeterminato fino al 46,3% del totale (contro il 60% del 2001) (14).

3. — *Il* Contrat «Nouvelles Embauches» (15) *o l'illusoria ambizione di un diritto del licenziamento senza intervento giudiziario* — Gettando uno sguardo d'insieme sulle modifiche apportate nel corso degli anni novanta al mercato del lavoro francese, dal contratto a tempo determinato (C.D.D.) al contratto di lavoro temporaneo, passando per il contratto d'inserimento o *de professionnalisation*, la politica legislativa in materia di *contratti speciali* sembra irrimediabilmente sottomessa alla primaria esigenza di favorire l'impiego. Il diritto del lavoro diviene, poco a poco, lo strumento della riduzione dei costi dell'impresa, in particolare di quelli legati alla *rupture* del contratto di lavoro. Attraverso la riduzione della durata del contratto e la predeterminazione del costo del recesso il legislatore rende appetibili i contratti di lavoro speciali, invitando così le imprese a creare nuova occupazione.

Accanto a questi regimi speciali, la risoluzione del contratto a tempo indeterminato (C.D.I.) resta però, in linea di massima, regolata da una legge del 1973 che prevede un controllo del licenziamento disposto per motivi personali e da un'altra del 1975 che istituisce un controllo specifico del licenziamento per motivi economici: in sostanza, il datore di lavoro che dispone la risoluzione di un C.D.I. è vincolato a una giustificazione – egli è tenuto a fornire la prova della sussistenza di una «causa reale e seria di licenziamento» – e a una procedura – deve ascoltare il la-

---

quanto piuttosto nel modificare la mappa per renderlo di secondaria importanza. Spostare l'azione altrove, insistere su altri punti, andarsene da un'altra parte e lasciare il nemico a difesa di un luogo che *non* è sotto assedio. Solo così Lawrence pensa di poter battere i Turchi, assai più numerosi e meglio organizzati ed equipaggiati.

(14) Unioncamere, Progetto Excelsior. Sistema informatico per l'occupazione e la formazione. Sintesi dei principali risultati – 2006, www.unioncamere.it, p. 145.

(15) Su tale contratto si veda: P. e P. Bouaziz, *Un contrat nommé «nouvelles embauches»*, in *Recueil Dalloz*, 2005, Ch., p. 2907; T. Grumbach, P. Lanquetin, P. Lyon-Caen, C. Michel e C. Zbinden, *CNE: un leurre pour les salariés et les employeurs*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2006, n. 1249; P. Morvan, *Le contrat «nouvelles embauches»*, in *Semaine Juridique Sociale*, Doctrine n. 1117; J. Pelissier, *Contrats «nouvelles embauches» et «première embauche»*, in *Revue de Droit du Travail* 2006, n. 3, p. 144.

voratore o i suoi rappresentanti nel quadro di una procedura caratterizzata dal principio del contraddittorio. Il licenziamento è dunque sempre possibile, purché il datore di lavoro rispetti questi obblighi. Ma ogni licenziamento ha un costo, il quale può risultare assai ridotto o invece piuttosto consistente a seconda che il datore di lavoro fornisca o meno la prova della sussistenza di una *cause réelle et sérieuse*.

La situazione sarebbe potuta rimanere immutata se il governo francese, aiutato in questo da un certo numero di analisti economici, non avesse deciso di impegnarsi nella *protection de l'emploi*, ossia, concretamente, se non avesse deciso di intervenire sulla ordinaria disciplina del licenziamento. Due diversi contratti hanno così visto la luce nella nuova stagione di riforme: il primo è destinato a favorire l'impiego nelle imprese con meno di 20 dipendenti, quale che sia l'età del lavoratore assunto – il *Contrat Nouvelles Embauches* (C.N.E.) –; il secondo ha l'ambizione di lottare contro la disoccupazione dei giovani di età inferiore a 26 anni, quale che sia la dimensione dell'impresa – il *Contrat Première Embauche* (C.P.E.). Quest'ultimo, istituito attraverso la legge n. 2006/396 del 31 marzo 2006 (16), non sarà mai applicato. Essi hanno in comune il fatto di attentare entrambi, per la prima volta, al *droit commun du licenciement*. Ebbene, dopo molte settimane di scioperi e manifestazioni, che non hanno precedenti sulla scena francese degli ultimi anni, il governo ha capitolato sul C.P.E. ma non sul C.N.E.

Il *Contrat* «*Nouvelles Embauches*» è dunque stato istituito dall'ordinanza n. 2005/893 del 2 agosto 2005 (17), essa stessa assunta in virtù di una *loi d'habilitation* del 26 luglio 2005 recante «misure d'urgenza per l'impiego». In parole semplici, il C.N.E. è un contratto di lavoro a tempo indeterminato in linea generale sottoposto alla disciplina ordinaria. Al tempo stesso, per un periodo di due anni, se una delle due parti recede dal contratto, i motivi di questa risoluzione non possono dar luogo a contestazione giudiziaria – a meno che il licenziamento non intervenga per motivi disciplinari o discriminatori. Il campo d'applicazione dell'istituto è circoscritto alle imprese che occupino meno di 20 dipendenti. Come contropartita, il datore di lavoro che prende l'iniziativa della *rottura* è tenuto a versare al lavoratore licenziato una indennità pari all'8% dell'importo della remunerazione lorda complessiva, ed è tenuto a pagare agli organismi di ge-

(16) J. O. dell'11 aprile 2006.
(17) J. O. n. 179 del 3 agosto 2005, p. 12688.

stione della *assurance chômage* una contribuzione detta di «solidarietà» pari al 2% della medesima remunerazione.

L'ambizione del legislatore, che invero ha tutta l'aria di un postulato, risiede nella convinzione di poter spingere i datori di lavoro ad assumere attraverso una tecnica di «securizzazione» della *rupture*, o, detto altrimenti, attraverso l'esclusione del controllo giudiziario sul provvedimento espulsivo. La protezione connessa all'ordinario regime del licenziamento è dunque il bersaglio dell'intervento: è proprio l'intervento giudiziario ad aver subìto, infatti, le critiche più vigorose. Dopo aver identificato l'implicito che alimenta questa critica (par. 4.), tenteremo di mostrare come l'ipotesi di un diritto del lavoro senza intervento giudiziario si mostri, al fine, illusoria (par. 5.).

4. — *La tentazione di una disciplina del licenziamento senza l'intervento del giudice* — La regolazione del C.N.E. riposa su un'ipotesi elementare: per favorire l'impiego è necessario limitare al massimo l'intervento giudiziario poiché esso turba le previsioni dei datori di lavoro in rapporto al costo della rottura del contratto. Una tale impostazione si fonda su una particolare rappresentazione della regola, del comportamento dell'individuo e del ruolo del giudice a fronte di un licenziamento nonché su una particolare rappresentazione della legittimità di una decisione «in diritto». Queste rappresentazioni sono in gran parte dovute all'influenza di una parte della scienza economica. Ne derivano due idee forza: in primo luogo, l'incentivo ad assumere passa attraverso il rispetto delle aspettative degli agenti, nella specie i datori di lavoro (par. 4.1.). In secondo luogo, la legittimità della decisione di risolvere un contratto di lavoro può essere assicurata dalla semplice internalizzazione dei costi sociali di un licenziamento (par. 4.2.).

4.1. — Segue: *L'incentivo ad assumere attraverso il rispetto delle aspettative degli agenti* — Il principio del *rispetto delle aspettative degli agenti* non è un concetto familiare ai giuristi. Ciò, del resto, risiede in una semplice ragione, rappresentata dal fatto che non si tratta del loro vocabolario bensì di quello proprio di un filone della scienza economica.

A giudizio di alcuni economisti, infatti, per risolvere il problema della disoccupazione sarebbe sufficiente spingere gli agenti ad applicare le disposizioni giuridiche. Come fare? Semplicemente provando a comprenderne le aspettative, poiché, a giudizio di questi economisti, soltanto la regola che risponde ai bisogni di coloro che ne sono i destinatari è

suscettibile d'essere applicata. In altri termini, al di fuori di un interesse all'applicazione della regola la concreta operatività del diritto costituisce un'illusione. Dunque, per anticipare correttamente le aspettative dei datori di lavoro, si devono per prima cosa individuare le ragioni per le quali essi possano dimostrarsi reticenti ad assumere.

Tale reticenza è stata spiegata dagli economisti a partire da due ragioni principali: la prima consiste nell'incertezza legata all'intervento giudiziario (18). Secondo i rapporti di impianto economico, infatti, i giudici fonderebbero le proprie decisioni su regole eccessivamente *floues* (19), ossia incerte, sfocate, tali da non permettere ai datori di lavoro di prevedere in anticipo le conseguenze della rottura del contratto. La seconda ragione appare legata al tenore stesso delle regole, nella specie quelle che assicurano la (relativa) stabilità dei rapporti di lavoro, le quali sarebbero troppo costrittive per il datori di lavoro (20).

Si potrebbe scorgere, in una simile impostazione, la manifestazione di un pensiero ultra liberista. E tuttavia, gli Autori ai quali si fa riferimento, i quali potrebbero essere classificati senza rischi eccessivi *à gauche*, non fanno altro che trasporre in campo lavoristico tecniche e princìpi appartenenti alla corrente dominante della scienza economica.

Senza accenti caricaturali, si può, infatti, affermare che dal punto di vista dell'economia *standard* l'individuo è un agente razionale. Quest'agente compie delle scelte in funzione delle informazioni di cui dispone in rapporto al proprio ambiente. Se in principio egli era considerato come una sorta di individuo onnisciente, dotato d'una capacità di analisi totale e di un corredo di informazioni perfette – secondo la *teoria della razionalità perfetta* –, in seguito gli studiosi sono giunti a contestare tale onniscienza per la semplice ragione che ogni informazione è per natura asimmetrica e imperfetta – in base alla *teoria della razionalità limitata*. Oggi, seguendo la seconda delle teorie richiamate, è comune l'affermazione in base alla quale quanto più l'ambiente è incerto tanto più è difficile, da parte dell'agente, assumere la propria decisione. Per rimediare a questa condizione, l'agente può calcolare la probabilità di realizzazione degli avvenimenti. Egli, pertanto, compie una ponderazione

(18) O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport pour le Conseil d'analyse économique, La documentation française, Paris, 2003.

(19) O. Blanchard, J. Tirole, *op. cit.*, p. 42.

(20) P. Cahuc, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Document de travail, n. 63, Centre d'observation économique de la chambre de commerce et d'industrie de Paris.

dei rischi, ovvero delle «conseguenze delle decisioni prese che dipendono da incognite delle quali è nota la diversa probabilità di verificazione» (21). La probabilità e il calcolo giungono così a supplire all'incertezza.

Da questo punto di vista, il ricorso al giudice è un vettore di incertezza non suscettibile di calcolo probabilistico, anche perché, notoriamente, il ruolo del giudice non è quello di ridurre l'incertezza bensì quello di decidere, sanzionare e legittimare. Il datore di lavoro, dunque, non può mai prevedere integralmente quali saranno le conseguenze, specialmente finanziarie, legate alla risoluzione del contratto.

Gli effetti di questa rappresentazione economica delle ragioni della disoccupazione hanno avuto una notevole influenza sulle scelte compiute dal governo francese. È sufficiente, per convincersene, ricordare i termini del rapporto del Presidente della Repubblica che hanno accompagnato la promulgazione della Ordinanza del 2 agosto 2005 (22). Sono il giudice e il diritto del lavoro in generale a esser messi sul banco degli imputati, e questo «processo» al giudice del lavoro è stato enormemente favorito dal fatto che gli economisti affermavano, dal canto loro, di detenere la chiave della legittimità della decisione di disporre un licenziamento.

4.2. — Segue: *La giustificazione della decisione attraverso l'internalizzazione dei costi sociali del licenziamento* — Si è talvolta rimproverato agli economisti che seguono la teoria economica *standard* di non curarsi del problema della legittimità della decisione del datore di lavoro. Ebbene, una simile critica non è esatta. Tale questione occupa, infatti, il cuore stesso della loro elaborazione (23), benché sia affrontata in modo profondamente diverso da quello consueto in un'ottica di tipo giuridico.

---

(21) N. Moureau, D. Rivaud-Danset, *L'incertitude dans les théories économiques*, La découverte, Collection Repères, 2004, p. 56.

(22) *Les chefs d'entreprise hésitent encore trop souvent à embaucher, même lorsque leur plan de charge immédiat le leur permettrait. En raison de la volatilité de l'économie et des incertitudes liées à l'évolution de leur marché,* par crainte des difficultés et des incertitudes, tant juridiques que financières, inhérentes à une rupture du contrat au cas où la conjoncture économique ou la personne du salarié rendrait nécessaire la cessation de la relation de travail, les chefs d'entreprise sont souvent réticents à recruter de façon pérenne (non corsivo nostro), J. O. n. 179 del 3 agosto 2005, p. 12688.

(23) Cfr., a titolo di esempio, P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La documentation française, Paris, 2004, pp. 148 ss.

Gli economisti propongono, infatti, di «fiscalizzare» la disciplina del licenziamento (24). Per giustificare una tale soluzione, essi affermano che, all'atto della rottura del contratto, sui datori di lavoro incombe soltanto il *valeur privée de l'emploi* – ossia le conseguenze economiche che ricadono su datore di lavoro e lavoratore – e non il *valeur sociale* di questo impiego – ovvero le conseguenze economiche che il licenziamento produce su tutta la società (25). Conviene dunque imputare all'*employeur* che risolve un contratto di lavoro le «esternalità negative» di tale rottura, ossia, concretamente, i suoi costi sociali.

Ebbene, il sistema di «tassazione» dei licenziamenti – proposto nei rapporti cui facciamo riferimento – ha l'ambizione di operare esattamente in questa direzione. A specchio del principio del *pollueur payeur* (inquinare pagare), la fiscalizzazione dei licenziamenti condurrebbe, infatti, i datori di lavoro a prendere decisioni socialmente efficaci con maggiore cognizione di causa. La contribuzione di *solidarité* – 2% della remunerazione lorda globale – che deve versare il datore di lavoro che rompe un C.N.E. agli organi che gestiscono la disoccupazione è una prima illustrazione di questa tecnica di fiscalizzazione del licenziamento. Si guarda, in sostanza, con favore a una rottura che si produca all'interno dei princìpi di finanziamento della *assurance chômage* e col medesimo favore si guarda a una trasformazione delle modalità di valutazione della legittimità di una decisione.

Sarebbe, infatti, affrettato concludere che il sistema di *internalizzazione* dei costi sociali della decisione non riposa su un principio di giustizia. Come sottolinea M. F. Eymard-Duvernay, è un *approche utilitariste des droits (les droits ne sont considéré que par leur conséquences qu'ils ont sur leur utilité pour les personnes) qui sous-tend le rapport Blanchard-Tirole. Les conséquences des licenciements pour les personnes sont ainsi tra-*

(24) P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, La documentation française, Paris, 2004.

(25) *Un travailleur est engagé par l'entreprise pour produire des biens ou des services. Cette production représente la* valeur privée *de l'emploi. Elle se répartit en salaire pour le travailleur et en profits pour l'entreprise. Mais l'entreprise et les salariés ne sont pas isolés du reste du monde et les décisions qu'ils prennent affectent le bien-être de personnes qui sont totalement étrangères à l'entreprise. Or, la décision de détruire un emploi peut avoir des répercussions qui vont bien au-delà des seuls intérêts de l'entreprise et du salarié concernés. Dans ce cas, la valeur de l'emploi pour la collectivité – sa* valeur sociale *– est différente de sa valeur privée*, P. Cahuc, F. Kramarz, *op. cit.*, p. 143.

duites en «coûts psychologiques», qui peuvent être compensés par des indemnités de licenciements bien calculées (26). L'utilitarismo – vale la pena ricordarlo – è pur sempre un principio di giustizia (27). Secondo questo principio, ogni individuo tende a massimizzare il proprio utile individuale. Pertanto, la regola moralmente giusta è quella che, nella misura del possibile, massimizza l'utile o, nel filone di pensiero più accreditato e diffuso, quella che limita le conseguenze nocive per i terzi: è questo ciò che normalmente viene definito «consequenzialismo». Secondo tale impostazione, la validità morale di una regola può essere valutata a fronte delle conseguenze che produce rispetto al benessere dei terzi. Ebbene, poiché colui che agisce si preoccupa dell'insieme delle conseguenze – dirette e indirette – della propria azione e tende a ridurne la portata, la sua azione può ben dirsi morale o giusta. Da questo punto di vista il principio *pollueur payeur* è un principio di giustizia, nella misura in cui permette di definire quali sono le azioni giuste e quelle che non lo sono: colui che paga quando inquina, per quanto scandaloso ciò possa apparire, agisce, in quest'ottica, in maniera morale. Perché è necessario comprendere, e sarà opportuno tenere ben presente un tale assunto, che tutti i princìpi sui quali di fonda il diritto del lavoro – compreso quello della *protection de l'emploi – possono essere valutati secondo altri princìpi di giustizia – incluso quello dell'utilitarismo*. La forza dell'argomentazione che stiamo esaminando risiede certamente in questo.

L'impostazione degli economisti ambisce dunque a risolvere, al tempo stesso, il problema della disoccupazione e quello dei suoi costi sociali, attraverso la tecnica degli opportuni incentivi. In questa prospettiva, il ruolo del giudice non solo viene escluso ma appare addirittura superfluo. E tuttavia, l'analisi del regime del C.N.E. lascia trasparire come l'intervento giudiziario non sia, in realtà, prossimo alla scomparsa, per il semplice fatto che esso è parte integrante di una funzione fondamentale del diritto del lavoro: quella di *assicurare uno spazio democratico di discussione tra datore di lavoro e lavoratore*.

5. — *Le aporie di una disciplina del licenziamento senza intervento giudiziario: il versante normativo* — Sembra pacifico che, attraverso l'istitu-

(26) F. Eymard-Duvernay, *L'encadrement juridique du licenciement mis en question par les économistes*, *Connaissance de l'emploi* 2004, n. 6, p. 3.

(27) Vedi, su questo punto, W. Kymlicka, *Les théories de la justice une introduction*, Trad. Francese di M. Saint-Upery, *La découverte*, Coll. Sciences humaines et sociale, Paris, 2003, pp. 18 s.

to del C.N.E., il governo francese abbia inteso ridurre al minimo indispensabile l'intervento giudiziario. E tuttavia, nelle disposizioni stesse contenute nell'Ordinanza del 2005 istitutiva del nuovo contratto, la possibilità di un intervento del giudice a ben vedere permane. Il diritto si rivela, in effetti, sempre più complesso della rappresentazione che se ne fornisce. Ed è proprio la giurisprudenza a consentire di scorgere parecchie manifestazioni di questa complessità: essa, in fondo, come vedremo più avanti (par. 5.1.), non ha fatto altro che tentare di riconquistare le proprie prerogative, facendo riemergere uno degli aspetti fondamentali del diritto contemporaneo, ovvero la dimensione del diritto come spazio di discussione.

Come si è osservato, l'ambizione del legislatore consiste nell'idea di poter spingere i datori di lavoro a effettuare nuove assunzioni attraverso una tecnica di «securizzazione» del licenziamento, ossia tramite l'esclusione del consueto controllo giudiziario. Ebbene, una volta posta, in linea teorica, la funzione di (e la idoneità a) favorire l'impiego, l'intervento legislativo adottato dal governo francese si rivela ricco d'ironia giacché tende concretamente a semplificare l'espulsione di un *salarié* dal proprio posto di lavoro ben più di quanto tenda a garantirgli la permanenza nell'impiego.

La semplificazione delle modalità di risoluzione del rapporto previste per il C.N.E. dovrebbe consentire di rilevare come il datore di lavoro non sia più tenuto a giustificare il recesso. La realtà è però, coma al solito, più articolata. Stando al tenore letterale dell'articolo 2 a. 2 dell'Ordinanza che istituisce il C.N.E., *ce contrat est soumis aux dispositions du code du travail, à l'exception, pendant les deux premières années courant à compter de la date de sa conclusion, de celles des articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 de ce code*. L'Ordinanza esclude, dunque, espressamente l'applicazione delle norme relative al licenziamento per motivi personali e al licenziamento per motivi economici, ma impone, al tempo stesso, al datore di lavoro, quando questi si collochi sul terreno disciplinare, di rispettare la relativa procedura prevista dalle disposizioni L. 122-41 del *Code du travail* (28). La questione dell'estensione del controllo giudiziario relativo alla *rupture* del contratto per motivi disci-

(28) Si veda l'analisi condotta da J. Pelissier, *La rupture pour motif disciplinaire du contrat «nouvelles embauches»*, in *Droit Social*, 2005, p. 957; C. Roy-Loustaunau, *Le contrat nouvelles embauches: la flexisécurité à la française*, in *Droit Social*, 2005, n. 12, pp. 1117 s.

plinari resta ancora da determinare, ma di certo qui non è prevista una esclusione *tout court* dell'intervento del giudice (29).

Oltre all'applicazione del regime del licenziamento per motivi disciplinari, il C.N.E. resta sottoposto alla disciplina dettata per i licenziamenti discriminatori. A riguardo, l'articolo L. 122-45 a. 4 impone, quando il lavoratore fornisca la prova della sussistenza di elementi che lascino supporre che egli è stato vittima di una discriminazione, che sia il datore di lavoro a provare la legittimità della propria decisione, attraverso elementi obiettivi, idonei a escludere ogni intento discriminatorio. L'*employeur* sarà dunque tenuto a giustificarsi e, per esser più precisi, le sue giustificazioni potranno costituire oggetto di un controllo giudiziario.

Possiamo pertanto affermare che il C.N.E., lungi dall'escludere ogni sorta di controllo giudiziario relativo ai motivi del recesso, autorizza in certi casi il ricorso al giudice: mettere in discussione le giustificazioni addotte dal datore di lavoro a sostegno del recesso resta dunque possibile. Più ancora, sembra che l'esclusione dell'applicazione della disciplina del licenziamento non impedisca al lavoratore di chiedere spiegazioni al proprio datore di lavoro su di un terreno che si dava ormai per archiviato in materia di licenziamento: quello dell'*abuso di diritto*.

In effetti, tra gli scenari che possono essere prospettati in rapporto alla risoluzione di un C.N.E. (30), il più probabile è quello di un ritorno alla disciplina dettata del diritto comune dei contratti con riguardo alla risoluzione di un qualunque rapporto a tempo indeterminato. Potrebbe dunque rivelarsi utile il recupero di quegli orientamenti giurisprudenziali – maturati in epoca anteriore alla legge del '73 – che intervenivano sulla risoluzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato servendosi della nozione dell'abuso di diritto. Vanno, peraltro, tenute presenti le considerevoli evoluzioni che hanno contraddistinto quell'istituto successivamente al 1973. Se a quel tempo il controllo esercitato dal giudice si esplicava in senso negativo, appuntandosi sulla verifica della sussisten-

(29) La sanzione sarà con ogni probabilità quella di un risarcimento di tipo indennitario poiché, per quanto l'articolo L. 122-43 del *Code du travail* preveda lo possibilità di annullare una sanzione disciplinare manifestamente illecita, quest'annullamento è in linea di massima escluso nell'ipotesi in cui la sanzione sia costituita da un licenziamento. Sarebbe del resto sorprendente che il principio applicabile in virtù del diritto comune non fosse applicabile al caso del C.N.E.

(30) Sul punto si veda, in particolare F. Gaudu, *Quand le CNE passera devant les juges: trois scénarios possibles*, http://www.telos-eu.com/2006/04/quand_le_cne_passera_devant_le.php.

za o meno della intenzione datoriale di nuocere al lavoratore o sulla assoluta noncuranza per gli effetti della decisione, in seguito tale controllo è stato rivolto in positivo: l'abuso è stato così rintracciato ogniqualvolta la risoluzione fosse stata decisa per ragioni estranee alle finalità per le quali il diritto era stato riconosciuto (31). In altri termini, da un certo momento in avanti, non si è trattato più di un controllo relativo all'intenzione di nuocere, bensì di un controllo orientato a sanzionare una deviazione – in Francia si direbbe *détournement* – del potere, rispetto alle ragioni per le quali l'ordinamento ne aveva previsto e riconosciuto il legittimo esercizio. Attraverso questo secondo tipo di verifica, i giudici controllano accuratamente la pertinenza o meno dei motivi invocati dal datore di lavoro: detto altrimenti, essi controllano le giustificazioni della *rupture*. Quale strada sarà in futuro preferita dai giudici, in ordine all'abuso di diritto, non è dato sapere. Ma è certo che essi, sulla base di quest'istituto, potranno esigere che i datori di lavoro apportino delle giustificazioni a sostegno delle proprie decisioni.

Oltretutto, la validità stessa dell'Ordinanza del 2005 sembra esporsi a contestazioni sul terreno della sua compatibilità con la Convenzione n. 158 dell'O.I.L. Tale convenzione prevede, infatti, che un «lavoratore non dovrà essere licenziato qualora non sussista un valido motivo di licenziamento legato alle capacità o al comportamento del lavoratore o fondato sulle obiettive necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio» (art. 4). Inoltre, la stessa convenzione dispone che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi connessi alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia offerta la possibilità di difendersi contro gli addebiti» (art. 7). Il contenzioso giudiziario relativo al C.N.E. è, infatti, già in corso, e concerne, principalmente, la questione della compatibilità dell'ordinanza che lo ha istituito con la citata Convenzione O.I.L.

5.1. — Segue: *Il versante giurisprudenziale: verso una paralisi del C.N.E.?* — In una decisione del 19 ottobre 2005 (32), il *Conseil d'Etat* francese si è pronunciato in senso favorevole alla compatibilità dell'ordi-

(31) G. Borenfreund, *Le Conseil d'Etat et le contrat «nouvelles embauches»*, in *Recueil Dalloz*, 2006, Jurisprudence, pp. 632 s.

(32) *Conseil d'Etat*, 19 ottobre 2005: http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0550.shtml. In merito a questa pronuncia si vedano, in particolare, le osservazioni di M. G. Borenfreund, *Le Conseil d'Etat et le contrat «nouvelles embauches»*, in *Recueil Dalloz*, 2006, Jurisprudence, p. 629.

nanza con la Convenzione dell'O.I.L. Tuttavia, i magistrati dell'*ordre judiciaire* (33) oppongono una accanita resistenza a quest'orientamento. Il governo, per parte sua, approfitta di questo dissidio per tentare di imporre, o meglio salvare, la propria ordinanza.

Sul versante dei giudici ordinari, la Corte di Cassazione francese ha già sottolineato l'applicabilità della *Convention* n. 158 alle controversie inter-privati in materia di lavoro (34), il che consentirebbe di attendersi un controllo di compatibilità dell'ordinanza con la Convenzione dell'O.I.L.

Inoltre, e soprattutto, un Tribunale del lavoro, quello di Longjumeau, ha reso una pronuncia assai rilevante ai fini del nostro esame (35). Il caso era il seguente: un lavoratore subordinato, con funzioni di tecnico specializzato nel settore dell'automobile, era stato assunto il 21 maggio 2005 con contratto a tempo indeterminato. Il contratto è stato risolto il 6 agosto 2006, in coincidenza con l'ultimo giorno del periodo di prova. Il medesimo giorno, il lavoratore è stato riassunto con un C.N.E. per lo svolgimento della medesima attività lavorativa. A distanza di meno di un mese questo secondo contratto è stato nuovamente risolto dal datore di lavoro.

Si potrebbe immaginare che i giudici abbiano controllato la validità della *rupture* sul terreno dell'abuso di diritto. Ebbene, non è stato così. Il consiglio ha dichiarato, in primo luogo, la manifesta non conformità dell'ordinanza del 2005 con la Convenzione n. 158 (36) e ha, in secondo luogo, ritenuto illegittimo il comportamento del datore di lavoro in ragione del fatto che, nel caso di specie, tale comportamento «era unicamente destinato a eludere l'applicazione della disciplina limitativa del licenziamento attraverso il ricorso all'istituto del C.N.E.».

È interessante rilevare come, a giudizio del consiglio, l'illegittimità del comportamento datoriale derivasse da una deviazione rintracciata nell'uso del nuovo istituto rispetto alle sue proprie finalità. A ben vedere, infatti, i giudici non hanno esercitato il proprio controllo in merito

(33) Il sistema giuridico francese si compone di due differenti ordini di giudici: il primo interessa il contenzioso tra privati – si tratta dell'*ordre judiciaire* al cui vertice si colloca la *Cour de Cassation* –; il secondo concerne le liti che coinvolgono anche la pubblica amministrazione – è l'*ordre administratif*, al cui vertice è posto il *Conseil d'Etat*.

(34) Cfr. Cass. Soc., 29 marzo 2006, pubblicato nel *Bulletin*, pourvoi n. 04-46499.

(35) *Conseil de prud'hommes* di Longjumeau, 20 febbraio 2006 e 28 aprile 2006. Su questa decisione v. il commento di E Dockes, *Du CNE au CPE, après le jugement du Conseil de prud'hommes de Longjumeau*, in *Droit Social*, 2005, p. 356.

(36) Il giudice ha ritenuto che il periodo di 2 anni fosse *déraisonnable*.

al recesso, bensì hanno vagliato l'opportunità stessa del ricorso al C.N.E. Essi, riferendosi alle parole del governo – il quale aveva affermato che il C.N.E. avrebbe dovuto avere la funzione di favorire l'impiego attraverso la creazione di nuovi posti di lavoro –, hanno rimproverato al datore di lavoro di essersi servito del contratto di nuovo conio al solo fine di sottrarsi all'applicazione del *droit du licenciement*. I giudici hanno insomma compiuto la loro valutazione sul terreno delle finalità dell'istituto del C.N.E., non già su quello del comportamento dell'*employeur* al momento della risoluzione del contratto. Appaiono con evidenza tutte le implicazioni di un simile modo di procedere: esso consente ai giudici di rappresentarsi il C.N.E. come un istituto veramente creatore di impiego, conformemente alle intenzioni del legislatore. Un abilissimo capovolgimento della situazione, dunque.

Ciò nonostante, il datore di lavoro ha proposto appello contro questa decisione. E, quel che più conta, il governo, per il tramite del Prefetto dell'Essonne, si è opposto alla competenza del giudice ordinario declinando tale competenza in favore di quella del giudice amministrativo. Questa *déclinatoire de compétence* è stata giustificata dal fatto che la valutazione della conformità di una ordinanza al diritto internazionale spetta al giudice amministrativo. E come è noto, il *Conseil d'Etat* si è già pronunciato a favore della conformità dell'ordinanza con la Convenzione O.I.L. (37).

Le declinazione di competenza sollevata dal Prefetto merita qualche spiegazione (38). In linea di massima sono i giudici ordinari a essere competenti in ordine alla valutazione della conformità di una legge – parlamentare – rispetto a una norma internazionale. Tuttavia, a essi non compete la valutazione della *légalité* di un atto regolamentare di emanazione governativa. Dove collocare, allora, una ordinanza? Secondo l'orientamento del giudice delle leggi – il *Conseil Constitutionnel* francese – l'ordinanza, fino a quando non sia stata fatta oggetto di ratifica, obbedisce al regime del regolamento: la competenza ad apprezzarne la validità risiede dunque in capo al giudice amministrativo. Successivamente alla ratifica l'ordinanza diviene, però, una *loi* e la competenza passa, a questo punto, al giudice ordinario. Il problema risiede nel fatto che l'ordinanza in questione non è ancora stata formalmente ratificata. Due sono

(37) *Conseil d'Etat*, 19 ottobre 2005: http://www.conseil-etat.fr/ce/jurispd/index_ac_ld0550.shtml.

(38) Si vedano, sul punto, le osservazioni di A. Lyon-Caen, *Justice baroque*, in *Revue de Droit du Travail*, 2006, n. 4, p. 209.

allora le soluzioni possibili: o ritenere che questa ordinanza sia stata implicitamente ratificata, riconoscendo così la legittimità di un controllo a opera del giudice ordinario, oppure operare una distinzione tra la sfera della *légalité* di una norma giuridica – intesa come astratta conformità di quella regola alle fonti a essa sovraordinate – e la sua *applicabilité*.

La prima soluzione richiede che uno o più testi legislativi abbiano ripreso gli elementi essenziali contenuti nell'ordinanza. Ora, vengono in rilievo almeno due testi in tal senso (39). Pertanto l'idea della ratifica implicita appare una soluzione credibile. I giudici ordinari sarebbero allora competenti a valutare la compatibilità dell'ordinanza del 2005 con le disposizioni contenute nella citata Convenzione O.I.L.

La seconda delle soluzioni prospettate ha ricevuto l'avallo della *Cour de Cassation* in una decisione assunta in data 3 aprile 2001 (40). In quella circostanza la Corte ritenne che i giudici ordinari non fossero competenti a valutare la *légalité* di un atto amministrativo rispetto a una norma internazionale, mentre essi avrebbero, in compenso, la facoltà di valutarne la *conventionalité*. Cosa bisogna intendere per *conventionalité*? Molto semplicemente, con questo termine si intende la possibilità, riconosciuta ai giudici ordinari, di non applicare un atto amministrativo quando esso sia giudicato contrario alle disposizioni contenute in una norma internazionale.

Relativamente al C.N.E., la Corte d'Appello di Parigi ha appena detto la sua in ordine alla declinatoria di competenza. In una pronuncia del 20 ottobre 2006, la Corte ha rifiutato di ritenere che l'ordinanza sia stata oggetto di ratifica implicita. D'altra parte, però, riprendendo gli argomenti relativi alla distinzione tra *légalité* e *conventionalité*, essa ha ritenuto che «*l'objet du contrôle de conventionalité n'est pas de tendre à l'annulation ou à la réformation de l'acte administratif en cause mais seulement de dire s'il convient d'en faire application au litige soumis au juge du contrat de travail si ce dernier ne l'estime pas compatible avec une norme internationale;* ce contrôle de conventionalité ressort des attributions du

(39) Innanzi tutto la legge n. 2006/339 del 23 marzo 2006, recante disposizioni in merito al tema del ritorno al lavoro nonché ai diritti e ai doveri dei beneficiari del trattamento sociale minimo, la quale nel suo art. 3 conferisce a un fondo di solidarietà l'incarico di raccogliere *l'allocation forfaitaire prévue à l'article 3 de l'ordonnance n. 2005/893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail «nouvelles embauches»*; in secondo luogo la legge finanziaria per il 2006, che attribuisce un *budget* per la misura precedente (art. 161).

(40) Civ. 1ère, 3 aprile 2001, *Bull. Civ.*, I, n. 97, p. 62.

juge judiciaire qui méconnaîtrait l'étendue de ses pouvoirs s'il abandonnait à l'ordre administratif l'appréciation de cette compatibilité». In tal modo, la Corte si è dunque dichiarata competente a valutare la compatibilità dell'ordinanza del 2005 con la Convenzione O.I.L. Il Tribunale che regola i conflitti di competenza – ossia quello che decide del riparto di competenza tra giudice ordinario e giudice amministrativo – si è riservato. L'esito della vicenda è appeso, per ora, a questa decisione. La battaglia sul *Contrat Nouvelles Embauches*, in ogni caso, è ancora ben lungi dal concludersi.

6. — *In Italia qualcosa di nuovo sotto il cielo* — La battaglia più accesa, nell'Italia del dopo-elezioni, si svolge, invece, nella prospettiva *de iure condendo*. Del resto, con riguardo alla regolazione del mercato del lavoro ereditata dalla passata legislatura, grande è la confusione sotto il cielo, e nessuno, o quasi, sembra disposto a rinunciare all'ambizione di invertire (o modificare) la rotta seguita negli anni più recenti, inaugurando una stagione di riforme di segno diverso (41). Ma è bene prendere le mosse dal diritto vigente.

Storicamente, il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ha costituito – ed è stato rappresentato come – la *stella polare* del diritto del lavoro italiano, al pari di quanto è accaduto in altri sistemi giuridici europei, inclusa la Francia. Nel corso egli anni ottanta e novanta questa stella polare è stata offuscata dalla proliferazione di altre tipologie di lavoro, al punto che, sul finire del decennio scorso, un grande maestro selezionò, nell'ambito delle metafore celesti, l'immagine della *cometa* per descrivere un mercato del lavoro nel quale il rapporto *standard* veniva seguìto da una coda di altre e diverse modalità d'impiego, peraltro destinata a crescere e infittirsi col passare del tempo (42).

(41) Si pensi, a titolo di esempio, alle proposte discusse in due importanti convegni tenutisi nell'autunno 2006, l'uno in data 26 ottobre a Roma e l'altro nelle giornate del 3 e 4 novembre a Venezia. Nel primo convegno, organizzato dal Centro Diritti del lavoro – Sinistra Europa «Pietro Alò», è stato presentato da P. Alleva un articolato progetto di riforma denominato *Nuove norme per il superamento del precariato e la dignità del lavoro*; nel secondo, significativamente intitolato *Il futuro del lavoro*, la discussione in merito a un composito ventaglio di proposte di intervento in materia lavoristica ha coinvolto, oltre a numerosi studiosi e rappresentanti delle parti sociali, lo stesso Ministro del lavoro italiano nonché altri tre Ministri del lavoro in carica in altrettanti paesi europei (Francia, Spagna e Germania).

(42) U. Romagnoli, *Dal lavoro ai lavori*, in *LD*, n. 1, 1997, p. 6.

Gli interventi legislativi conosciuti nei primi anni del nuovo secolo autorizzano, probabilmente, rappresentazioni ancora diverse: il mercato del lavoro italiano contempla oggi una tale abbondanza di rapporti «atipici» (intendendo con tale formula null'altro che rapporti diversi dal modello storico di cui all'art. 2094 cod. civ.) da permettere sia evocata l'immagine di una *costellazione*.

Il rapporto di lavoro stabile, a tempo pieno e indeterminato, oramai destituito della propria centralità, pare costituire un rapporto tra gli altri: esso non è più la stella polare né occupa con indiscussa primazia il *nucleo* della cometa. Al limite, può essergli riconosciuto il ruolo di stella più luminosa della costellazione, quella stella ordinariamente designata con la lettera «alfa» dagli esperti di astrologia che studiano la volta celeste (43).

Per procedere a un esame del regime del recesso, in rapporto agli istituti introdotti o modificati nel corso della passata legislatura, è consigliabile distinguere il discorso in due sezioni differenti:

a) da un lato è necessario – anche in ragione dell'enfasi che le ha accompagnate – esaminare le innovazioni normative introdotte nell'alveo del lavoro autonomo, soprattutto per tramite della disciplina del contratto di *lavoro a progetto*, la cui istituzione ha circoscritto e protetto – benché in misura assai relativa – i rapporti di lavoro pertinenti all'area del cd. lavoro parasubordinato (*ex* art. 409, n. 3, cod. proc. civ.);

b) dall'altro lato si devono passare in rassegna rapporti di lavoro e discipline che insistono, in vario modo, sul *coté* della subordinazione: si tratta in parte di vecchie conoscenze dell'ordinamento lavoristico quali il rapporto di *lavoro a termine* o *la somministrazione di lavoro a tempo determinato* o, ancora, istituti come il *trasferimento di ramo d'azienda* e l'*appalto*, vecchie conoscenze, si diceva, ritoccate nel corso di una stagione di riforme che ne ha modificato le sembianze così profondamente da renderle quasi irriconoscibili; in altra parte si tratta di rapporti di nuovo conio tra i quali spiccano – accanto a riedizioni dei più tradizio-

(43) Invero, soprattutto a fronte delle modifiche intervenute nella regolazione del lavoro a termine e del vecchio lavoro interinale (oggi somministrazione a tempo determinato), il rapporto *standard* sembra brillare, assai più che di luce propria, di luce riflessa, potendosi desumere la sua preminenza da un impiego normativo del tipo «lavoro subordinato a tempo indeterminato» in termini di *sanzione*. Detto altrimenti, la preferenza dell'ordinamento per il «normale» rapporto di lavoro non è più affermata in termini generali e positivi, derivando, semmai, da disposizioni come l'art. 69, comma 1, dettato in materia di lavoro a progetto, l'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 368/2001 sulla conversione del lavoro a termine, e altre norme similari.

nali contratti a contenuto formativo – figure di matrice anglosassone quali la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato o *staff leasing* e il lavoro intermittente o *job on call*.

7. — *Il lavoro a progetto e la sua «doppia precarietà»* — Scorrendo l'*iter* della proposta riformatrice elaborata nel corso della XIV legislatura, al lavoro a progetto deve tributarsi grande rilevanza, se non altro in ragione della retorica che ne ha accompagnato l'introduzione. Il legislatore ha, infatti, scelto di agitare nuove rigidità e nuove tutele, peraltro assai limitate (44), introdotte sul versante del lavoro autonomo parasubordinato, in funzione giustificativa degli elementi di flessibilità allocati sul versante della subordinazione: secondo gli estensori della riforma, il contratto di lavoro a progetto (45) costituirebbe la «pietra angolare» della normativa, essendo fornito della provvidenziale virtù di eliminare, una volta per tutte, «quelle forme di precarietà e flessibilità improprie, che hanno sino a oggi pesantemente distorto e inquinato la concorrenza tra imprese a scapito delle tutele di chi lavora» (46).

Dunque, con ogni evidenza, alle forme di «flessibilità improprie», rappresentate dall'abuso delle collaborazioni coordinate e continuative impiegate come *mero sostituto commerciale del lavoro dipendente* (47), fa da contraltare, nel disegno del legislatore, una flessibilità ap-

(44) Cfr., tra i tanti, R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro subordinato al lavoro a progetto*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, n. 25/2003; A. Perulli, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, n. 1, 2004, p. 87.

(45) È piuttosto singolare che in Francia tale istituto sia tradotto con la denominazione di *contrat sur projet*. Singolare poiché lo stesso Marco Biagi, in uno scritto del 2001 (M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, I, p. 257), faceva proprio riferimento alla proposta di *contrat a projet* elaborata in contesto francese, poi trasfusa, alcuni anni più tardi, all'interno della *Proposition 19* del testo elaborato dalla *Commission Virville* nel 2004. L'utilizzo della preposizione *sur* si deve probabilmente all'intenzione di marcare la differenza tra i due istituti giacché quello francese si inscriveva, sin dal principio, nell'ambito del lavoro subordinato *permettant à un salarié d'etre recluté par une enterprise pour parteciper à la mise in oeuvre d'un project déterminé*, mentre il lavoro a progetto italiano afferisce pacificamente all'area del lavoro autonomo.

(46) M. Tiraboschi, *Cococo vestite a nuovo*, in *La Riforma del lavoro*, inserto del *Sole 24Ore*, settembre 2003. Nello stesso senso la *Relazione d'accompagnamento allo schema di decreto legislativo del 6 giugno 2003*, pp. 14-15, www.welfare.gov.it. Analoga visione era, del resto, contenuta nel *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, ottobre 2001, p. 72.

(47) A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in q. *Riv.*, n. 3, 2003, pp. 221 ss.

propriata e opportuna, incarnata dalle altre modalità flessibili d'impiego introdotte nell'alveo della subordinazione.

In altri termini, se era giudicato non più sopportabile, alla vigilia della riforma, che il lavoro parasubordinato continuasse ad assolvere la funzione economico-organizzativa propria del lavoro dipendente, senza il relativo apparato di tutele e senza la corrispondente assunzione dei relativi rischi da parte dell'impresa committente, erano però maturi, a opinione del legislatore, i tempi per una nuova ondata di flessibilità sul *coté* del lavoro subordinato. Al tempo stesso, si sarebbe prevista una disciplina protettiva in grado di assistere le collaborazioni genuine, così da garantire «tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori» (art. 4, legge 14 febbraio, n. 30/2003).

Senza indugiare, in questa sede, sulla efficacia selettiva dei requisiti prescelti dal legislatore al fine di distinguere tra collaborazioni vere o fasulle (48), occupandoci di stabilità dei rapporti e flessibilità in uscita è d'uopo richiamare l'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003, ossia la norma destinata a regolare la materia del recesso.

Ebbene, tale disposizione appare di dubbia coerenza sistematica nel quadro del diritto comune dei contratti e si mostra addirittura stupefacente se rapportata alle aspettative che erano maturate nel mondo delle collaborazioni coordinate e continuative, a seguito dei proclami governativi in tema di estensione delle tutele oltre il recinto, invero troppo angusto, del lavoro subordinato.

Il legislatore, dopo aver disposto all'art. 67, comma 1, che il contratto di risolve al momento della realizzazione del progetto, contempla l'ipotesi del recesso anticipato «per giusta causa», in ossequio a una lunga tradizione sistematica che limita al verificarsi di sopravvenienze che non consentano la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto il recesso anticipato nei rapporti come il mandato oneroso conferito per un tempo determinato o per un determinato affare (art. 1725 cod. civ.) (49). Ma l'effetto è puramente scenografico. Come per il cinema sperimentale di dubbia fattura, del quale si è costretti ad affermare che sono belli i colori e la fotografia per tacere l'inconsistenza della regia e del

(48) Si è tentata altrove una simile indagine. Sia permesso rinviare – per i riferimenti bibliografici ivi contenuti – a F. Martelloni, *Il valore sistematico del lavoro a progetto*, in *LD*, n. 2/3, 2006, pp. 339 ss.

(49) Nel caso in cui il recesso anticipato non sia assistito da una giusta causa, il medesimo articolo obbliga invece il mandatario a risarcire i danni ai sensi degli artt. 1223 ss. cod. civ.

montaggio, la previsione di una giusta causa scolora dinanzi a un regime derogatorio convenzionale a mente del quale il rapporto può risolversi anche «secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso», il che è, con ogni evidenza, quel che concretamente avviene nel mondo reale, in misura assai prossima al cento per cento.

Si deve evidenziare, in definitiva, con riguardo al lavoro a progetto, come il collaboratore sia esposto a una anomala condizione di doppia precarietà: il contratto è (sempre) a scadenza, in ossequio alle prescrizioni dettate dall'art. 62, comma 1, lett. *a*; tuttavia, nonostante questo, il rapporto sarà sottoposto a un regime di libera recedibilità. E ciò, ogni volta che le parti – e in particolare la parte che vi ha interesse – abbiano avuto cura di profittare dell'opportunità offerta dal legislatore in sede di stipulazione.

8. — *Le novità in materia di lavoro subordinato: flessibilità in uscita* a mezzo *di flessibilità in entrata* — Nell'autunno del 2003, in coincidenza con il varo del d.lgs. n. 276, le critiche più severe della dottrina lavoristica e del movimento sindacale si appuntarono sui nuovi istituti di derivazione anglosassone come il lavoro a chiamata o la somministrazione a tempo indeterminato.

Sul piano simbolico, la scelta del bersaglio era ineccepibile trattandosi di fattispecie la cui previsione e regolazione metteva in forse – e mette in forse ancora oggi, almeno sul piano sistematico – gli assiomi fondamentali del diritto del lavoro italiano e continentale.

Consegnando ai datori di lavoro l'utopia concreta di un'impresa senza dipendenti (nel caso dello *staff leasing ex* art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), o donando loro la facoltà di fruire delle prestazioni lavorative per il periodo di tempo strettamente necessario a far fronte alle esigenze produttive che volta a volta si presentino (nel caso del lavoro a chiamata di cui agli artt. 33-40), il legislatore dava vita, infatti, con i nuovi tipi contrattuali, a una rinnovata e inedita *convenzione di ripartizione del rischio*, capace di liberare colui che dirige e organizza la produzione, combinandone i fattori «secondo i criteri che crede migliori» (50), dall'insieme dei rischi di impresa tradizionalmente legati all'impiego del

(50) L. Barassi, *Diritto Corporativo e diritto del lavoro*, II, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1942, p. 16. «E questo potere – prosegue l'Autore – gli è riconosciuto in vista del fatto che egli – signore dell'organizzazione – anzitutto mira a uno scopo proprio (appropriazione del risultato prodotto da quell'organizzazione, al quale il lavoratore è estraneo); e inoltre vi perviene unicamente a proprio rischio».

fattore-lavoro. Fra questi, certamente, gli oneri relativi alla risoluzione dei rapporti di lavoro, limitati, in un caso, alla semplice disdetta di un contratto commerciale concluso con l'agenzia di somministrazione e, nell'altro, alla ancor più semplice rinunzia alla fatica di sollevare il telefono per effettuare la chiamata.

Sul piano materiale, tuttavia, le critiche – pur legittime e doverose – non coglievano nel segno dal momento che le imprese avevano già volto altrove la propria attenzione, dimostrando, per un verso, la sostanziale superfluità dei nuovi istituti e, per l'altro, una inedita predilezione per alcune vecchie conoscenze presenti nell'ordinamento in versione riveduta e corretta.

Conoscenze più datate del lavoro a termine ve ne sono poche nella famiglia dei lavori «atipici». E qui le virgolette sono più che mai necessarie giacché le legge n. 230 del 18 aprile 1962, con la previsione contenuta al suo primo articolo, in base al quale «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato…», si limitava a riprodurre, sotto questo profilo, la lettera del comma 1 dell'art. 2097 cod. civ., il quale, una volta affermata la predilezione per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ammetteva la possibilità di apporre un termine al contratto qualora esso risultasse «dalla specialità del rapporto o da atto scritto».

Pur in un contesto completamente diverso da quello attuale, caratterizzato dalla assenza di disposizioni di legge in funzione limitativa del recesso datoriale, la *Commissione parlamentare d'inchiesta sulle condizioni dei lavoratori*, istituita nel '53, aveva potuto accertare che «la ragione principale del ricorso, all'epoca massiccio, all'uso dei contratti a termine era da individuare nella volontà imprenditoriale di sottrarsi alle pur blande limitazioni al potere di licenziamento *ad nutum* nei rapporti a tempo indeterminato, previste dall'Accordo interconfederale 18 ottobre 1950» (51). In sostanza, dunque, già negli anni cinquanta apparve evidente che una forma di *flessibilità in entrata ante litteram* fosse prediletta dalle imprese che si avventuravano sul lastrico dorato del *boom* economico allo scopo di garantirsi una comoda *flessibilità in uscita*. Per questa ragione, del resto, il legislatore del 1962, abrogando le disposizioni contenute nell'art. 2097, scelse di sostituire alla tecnica della clausola generale una elencazione di ipotesi tassative che sole legittimavano, in via eccezionale, l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

(51) M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 134.

Non è il luogo per analizzare le evoluzioni della disciplina del rapporto a tempo determinato, transitata nel corso del tempo attraverso ripetuti ritocchi volti soprattutto ad ampliare – con l'intervento della contrattazione collettiva – le possibilità di ricorso a tale tipo di contratto (52). Quel che interessa, in questa sede, è sottolineare come il rapporto regola/eccezione, fissato dall'art. 1, comma 1, di una vecchia legge, anno del signore 1962, sia sopravvissuto indenne alle vicissitudini di un quarantennio, per essere poi superato, all'alba del nuovo secolo, dal d.lgs. n. 368/2001 (53).

La nuova disciplina del termine, inaugurando la stagione di riforme su cui si appunta la nostra attenzione, è tornata alla tecnica della clausola generale, legittimando le assunzioni a termine in presenza di «ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo»: una clausola incerta e dai confini labili che, sommata alla abrogazione del generale principio di preferenza per il tempo indeterminato, è tale da ingenerare il dubbio – solo temporaneamente fugato dai primi orientamenti giurisprudenziali (54) – che vi sia oggi, in Italia, una coesistenza di modelli negoziali alternativi posti su un piano di formale parità.

Da questo punto di vista, non diversamente si è mosso il legislatore in materia di somministrazione di lavoro a tempo determinato laddove, superando le cautele previste in materia di lavoro interinale dal cd. Pacchetto Treu (artt. 1-11, d.lgs. n. 196/1997), si è curato di affiancare alla clausola generale che riproduce quella utilizzata per il lavoro a termine la significativa locuzione «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003).

Se a questo si aggiunge, con riguardo alla disciplina del termine, l'assenza, in Italia, di una efficace disposizione antifraudolenta orientata a

(52) Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni contenute nell'art. 23 della legge del 28 febbraio 1987, n. 56, il quale nel consegnare ai contratti collettivi la facoltà di prevedere nuove causali che legittimassero il ricorso al lavoro a termine aveva contestualmente previsto che gli stessi contratti ne fissassero un tetto percentuale massimo, calcolato in termini percentuali sul totale dei lavoratori occupati nell'impresa che faceva ricorso a lavoratori a tempo determinato.

(53) L'abrogazione della legge n. 230/1960 è stata disposta dall'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001, il quale al comma 1 dell'art. 1 testualmente prevede: «è consentita l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

(54) Tra le prime pronunce di merito si vedano, a titolo di esempio, Trib. Milano, 31 ottobre 2003, in *D&L*, 2003, p. 936, e Trib. Firenze 5 febbraio 2004, *ivi*, 2004, p. 325.

impedire che attraverso la stipulazione di più contratti in successione nel tempo si mantenga il lavoratore in perenne condizione di instabilità, ben si comprende l'impatto indiretto di tale istituto sulla concreta operatività della disciplina limitativa dei licenziamenti (55).

8.1. — Segue: *Le possibilità di spingersi al di fuori dalla soglia di applicazione della «tutela forte»* — Oltre alle forme d'impiego capaci di escludere, in quanto tali, l'applicazione di ogni forma di tutela contro il recesso ingiustificato, il d.lgs. n. 276/2003 contiene diversi istituti che presentano soluzioni utili a evitare – pur in presenza di nuove assunzioni a ridosso dei 15 dipendenti – che sia varcata, dalle imprese, la soglia dimensionale prevista per l'applicazione della cd. tutela forte. Talvolta, invero, il legislatore sembra spingersi ancora oltre, suggerendo, non senza un pizzico di malizia, vie d'uscita dal raggio d'azione della tutela reale un tempo assai più impervie e difficoltose da percorrere.

Prendendo in considerazione questo secondo aspetto, va segnalato che un consistente nucleo regolativo contenuto nella riforma del 2003 attiene, notoriamente, alle nuove e inedite possibilità di scomposizione dell'impresa, la quale, se per un verso consente una dissociazione tra chi assume la formale titolarità del rapporto di lavoro e chi, effettivamente, ne trae beneficio, per altro verso offre ai datori di lavoro la possibilità di suddividere le unità produttive in maniera tale da liberarsi dai maggiori oneri connessi alla tutela assicurata contro il licenziamento ingiustificato nelle imprese con più di 15 addetti.

Alle modifiche introdotte nella regolazione dell'appalto e del trasferimento di ramo d'azienda sono state destinate indagini assai articolate e approfondite cui non resta che rinviare (56); si vuole invece richiamare

(55) Va segnalato che la Corte di Giustizia – con sentenza del 4 luglio 2006, in causa C-212/04 (caso Adeneler e altri) – ha censurato il legislatore greco per errata trasposizione della Direttiva n. 1999/70/Ce, con riferimento a una regolazione nazionale che presenta molte somiglianze con il caso italiano. Anche a fronte di tale pronunzia, una revisione dell'istituto del lavoro termine, già invocata da più parti in ragione della erronea trasposizione dei princìpi enucleati nella direttiva nonché per evidente violazione della clausola di non regresso, si rende ormai improcrastinabile per il legislatore italiano.

(56) Si veda, in tempi recenti, V. Speziale, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in q. *Riv.*, pp. 3 ss., nonché, da ultimo, le considerazioni relative all'ordinamento italiano contenute nel *Rapport Général* di R. De Luca Tamajo e A. Perulli, presentato in occasione del *XVIII Congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale*, svoltosi a Parigi nelle giornate del 5, 6 e 7 settembre 2006.

l'attenzione sulle conseguenze di tali previsioni con riferimento alla disciplina della stabilità dei rapporti di lavoro. Ebbene, se per trasferire il ramo è oggi sufficiente battezzarlo come tale all'atto del trasferimento (*ex* art. 32, d.lgs. n. 276/2003), riesce facile intuire quanto l'istituto possa risultare appetibile per le imprese di dimensioni relativamente ridotte che vogliano, in questo modo, scendere al di sotto dei limiti dimensionali indicati dall'art. 18, legge n. 300/1970. Tale ipotesi non è affatto remota: le caratteristiche del tessuto imprenditoriale italiano – costituito in larga prevalenza da imprese di piccole dimensioni – sommate alla facilità di stipulare, dopo le modifiche introdotte dall'art. 29, un appalto di servizi lecito, rendono assai concreta l'eventualità di pratiche di decentramento orientate alla mera semplificazione delle procedure di licenziamento (57). Peraltro, non è da escludere che un cessionario compiacente possa rendersi disponibile a ricevere non soltanto rami virtuali, con un numero di addetti inferiore alla cifra indesiderata, bensì anche «rami secchi», destinati a cadere a breve distanza dalla cessione, con conseguente elusione delle disposizioni contenute nella legge n. 223 del 1991 relative alla materia dei licenziamenti collettivi.

Altra tecnica regolativa, solo rinnovata dal legislatore del 2003 ma già di lungo corso in Italia, attiene al non computo di alcune nuove (giovani) assunzioni nel calcolo del numero di dipendenti richiesti per l'applicazione del consueto articolo 18 Stat. lav.

È il caso dei contratti a contenuto formativo come l'apprendistato – nella triplice versione prevista dagli articoli 47 ss. del decreto n. 276 – e del contratto di inserimento regolato dagli artt. 54-59.

Se nel caso dell'apprendistato l'esclusione dal computo può essere imputata alla causa mista del negozio, il quale dovrebbe garantire la coe-

(57) Com'è noto, le pratiche di decentramento e smembramento della produzione, realizzate attraverso la cessione del ramo e la contestuale reinternalizzazione delle attività afferenti al ramo ceduto attraverso un contratto d'appalto, sono state ampiamente favorite dal legislatore del 2003: questi ha, in primo luogo, eliminato il requisito della «preesistente autonomia» del ramo oggetto di cessione (art. 32) in secondo luogo, di fatto legittimato l'appalto di mera manodopera, a condizione che l'appaltatore diriga e organizzi personalmente i propri dipendenti (art. 29), e in ultimo eliminato, con l'integrale abrogazione della legge n. 1369 del 1960, il principio di parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dipendenti dell'appaltatore, contenuto nell'art. 3 di quella legge (art. 85, comma 1). Elementi di controtendenza sono, però, da segnalare nella giurisprudenza che affronta il problema dell'ambito di applicazione della tutela reale in materia di gruppi di imprese: sul punto cfr., da ultimo, O. Razzolini, *Riflessioni su* franchising *e ambito di applicazione della tutela reale*, in q. *Riv.*, n. 1, 2006, pp. 97 ss.

sistenza di lavoro e formazione più di quanto non avvenisse con il vecchio contratto di formazione lavoro, nel caso del contratto di inserimento, dove la formazione è soltanto eventuale, l'argomento non può in ogni caso essere portato.

Vale la pena rilevare che la Corte Costituzionale, con una pronuncia interpretativa di rigetto dettata nel 1989 in riferimento al non computo degli apprendisti ai fini del calcolo dei requisiti dimensionali previsti per l'applicazione della tutela reale, precisò già a quel tempo che il «sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti» in nome dell'emergenza occupazionale poteva ritenersi ragionevole in virtù del «carattere necessitato e urgente di tale intervento», ma non avrebbe potuto «giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori». Non sembra che tale invito sia stato colto dal legislatore del 2003 il quale, ignorando l'inversione di rotta avvenuta con la legge n. 108 del 1990 (58), è tornato a legittimare l'esistenza di lavoratori «invisibili», i quali sommano agli enormi vantaggi per i datori di lavoro in termini di costo l'irragionevole esclusione dal calcolo per il raggiungimento di una effettiva stabilità dell'impiego dei loro colleghi.

Autorizzati a una sintesi solo in apparenza paradossale, saremmo portati a scorgere, anche in questo caso, una tecnica di regolazione orientata alla *protezione del datore di lavoro dalla tutela forte contro il regime di tutela previsto per i licenziamenti arbitrari*, ossia, ancora una volta, una modalità di intervento la quale, pur differenziandosi in misura rilevante dalle strade percorse dal legislatore francese, ne richiama la filosofia di fondo, consistente nella sostanziale liberazione dell'*employeur* di casa nostra dal rischio cui è esposto il datore di lavoro quando risulti applicabile la tutela reale, la quale non consente di prevedere in anticipo le conseguenze di un vaglio giudiziale nei confronti di un provvedimento espulsivo giudicato illegittimo.

9. — *Linee di tendenza e prospettive evolutive* — Se le considerazioni sin qui svolte sono dotate di fondamento, deve riconoscersi una tendenza comune a Italia e Francia rispetto alle diverse strade intraprese nel corso di una certa stagione di riforme: con un rovesciamento semantico di non poco conto, se tradizionalmente l'attenzione della norma lavori-

(58) Giova rammentare che la legge n. 108 del 1990, in ossequio alle indicazioni fornite della Corte Costituzionale in una sentenza interpretativa di rigetto del 1986, aveva modificato la precedente tendenza legislativa optando per l'inclusione nel computo dei lavoratori assunti con C.F.L.

stica si indirizzava a garantire il diritto del lavoratore alla conservazione del posto, uno dei problemi prioritari del diritto del lavoro odierno sembra esser divenuto la *tutela del datore di lavoro dalla disciplina del licenziamento*.

Questo deragliamento funzionale, giustificato dalla assorbente esigenza di favorire l'impiego, si articola in varia maniera. In primo luogo è percepibile un tendenziale allontanamento dalla tecnica classica del controllo giudiziale, volta alla riduzione di un rischio particolare, che potremmo definire «rischio del diritto». Si tratta di un rischio connaturato a ogni procedimento di verifica giurisdizionale il quale, tuttavia, nel diritto del lavoro, assume un valore particolare giacché, appuntandosi sull'*esercizio di poteri* e sui *limiti* all'esercizio di quei poteri in un contesto caratterizzato dalla subordinazione di una parte del rapporto nei confronti dell'altra, si staglia all'interno di uno *spazio democratico di discussione tra datore di lavoro e lavoratore*.

Un tale orientamento appare evidente nella scelta di sottrarre al controllo giudiziale taluni atti del datore di lavoro, primi fra tutti i provvedimenti in materia di licenziamento, come nel caso del C.N.E. (e del C.P.E.) francese (59). Si mostra in modo velato in Italia dove il legislatore, implementando le forme di flessibilità in ingresso in misura tale da non aver pari nei mercati del lavoro dell'Europa continentale, sottrae *de facto* a ogni limite normativo di natura lavoristica le possibilità dell'imprenditore di liberarsi del lavoro prestato nel suo interesse.

In secondo luogo, si impone – nelle tecniche di regolazione esaminate – la tendenza a comprimere la posta di rischi sopportata dal datore di lavoro a seguito della rottura del contratto, riducendola, per quanto possibile, a un *conto economico suscettibile di calcolo anticipato*. Se ciò accade in Francia attraverso le tecniche di monetizzazione previste per i contratti *nouvelles embauches*, in Italia il medesimo risultato si persegue attraverso l'implementazione delle possibili vie di fuga dall'ambito d'applicazione della tutela reale: la tutela obbligatoria, infatti, che è tutela pu-

(59) Non va trascurato come la medesima filosofia fosse sottesa, sotto il diverso profilo della qualificazione dei rapporti, all'istituto italiano della certificazione. Secondo le indicazioni del *Libro bianco* del 2001, infatti, solo in parte trasfuse nella legge n. 30 e nel d.lgs. n. 276 del 2003, tale istituto avrebbe dovuto garantire effetti di deflazionamento del contenzioso giudiziario, marginalizzando le prerogative dei giudici in ordine alla qualificazione dei rapporti di lavoro certificati. Sul punto v., da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici ivi contenuti, V. Brino, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *LD*, n. 2/3, 2006, pp. 383-426.

ramente risarcitoria, circoscritta nel *quantum* all'interno di un *range* piuttosto circoscritto (da 2,5 a 6 mensilità), non sembra discostarsi molto, quanto agli effetti pratici, dalle conseguenze che derivano all'*employeur* francese a seguito della rottura di un C.N.E., con la rilevante differenza, peraltro, che l'ambito di applicazione di questa forma di «tutela leggera» non incontra, notoriamente, in Italia alcuna delimitazione temporale.

Se tali si mostrano le tendenze legate alla particolare stagione di riforme presa in esame, quanto alle prospettive, va innanzi tutto segnalato come gli orientamenti degli economisti francesi abbiano riscosso un certo gradimento anche presso i colleghi italiani: circola, infatti, da qualche tempo a questa parte, una proposta di riforma che riproduce in larga parte la filosofia del C.N.E. francese, prefigurando «un sentiero verso la stabilità» (60) contraddistinto da «tappe» molto simili a quelle previste per l'istituto d'oltralpe.

Tale proposta è stata recentemente rilanciata da un sito *internet* piuttosto frequentato dalla dottrina lavoristica italiana, venendo affiancata ad altre ipotesi di riforma (61). Il dato comune alle proposte in questio-

(60) È questo il titolo del contributo di T. Boeri e P. Garibaldi, pubblicato in data 08 maggio 2006 sul sito www.lavoce.info/lavoro. I due Autori mostrano di conoscere a perfezione il rapporto elaborato da Blanchard e Tirole, e tuttavia, cimentandosi nel tentativo di trasfondere quelle indicazioni nell'ordinamento giuridico italiano, peccano di leggerezza nel percorso di adattamento: utilizzando il vocabolario dei colleghi francesi, i due economisti parlano, da un lato, di «licenziamento disciplinare e discriminatorio» – ipotizzando per queste fattispecie l'applicazione, sin dal principio del rapporto, della tutela forte – e, dall'altro, di «licenziamento economico» – al quale seguirebbe, per un «periodo di inserimento» della durata di tre anni, l'applicazione di una protezione meramente indennitaria. A tacere della improprietà del lessico adoperato nonché del mancato distinguo tra imprese al di sopra e al di sotto dei 15 dipendenti, gli Autori non considerano che, nella loro prospettiva, sarebbe sufficiente al datore di lavoro addurre *sempre* un motivo economico al fine di sottrarsi alla applicazione della tutela reintegratoria. Del resto, qualora fosse effettivamente sussistente un giustificato motivo, non vi sarebbe esitazione nel disporre un normale licenziamento giacché nulla sarebbe dovuto al lavoratore legittimamente licenziato; diversamente, qualora tale giustificazione mancasse, il motivo «economico» sarebbe, con tutta evidenza, invocato al mero fine di eludere le conseguenze previste dall'articolo 18 Stat. lav. per il caso di licenziamenti sprovvisti di giusta causa o giustificato motivo.

(61) P. Ichino, *Considerazioni (quasi) conclusive su lavoro precario e stabilità*, 04 settembre 2006 su www.lavoce.info/lavoro. L'Autore accosta all'ipotesi prospettata da Boeri e Garibaldi, una seconda proposta dell'economista Andrea Ichino e una terza proposta elaborata da Marco Leonardi e Massimo Pallini, quest'ultima incentrata sulla previsione di un contratto unico a tempo indeterminato (comprensivo di tutto il lavoro economicamente dipendente) con prova lunga (fino al periodo massimo di un

ne sembra essere rappresentato dalla meritevole intenzione di superare il dualismo che affligge da tempo – oggi in misura più significativa – il mercato del lavoro italiano. Il limite più rilevante di due delle tre proposte, nella specie quelle elaborate dagli economisti, è però quello di fondare il processo di riduzione e semplificazione dei modelli negoziali su un indebolimento della posizione del lavoratore per un arco di tempo che rimane ancora molto significativo (62).

Si conferma, in sostanza, anche nel contesto italiano, la tendenza della scienza economica a valutare la stabilità dell'impiego come un elemento sostanzialmente relativo, attinente non già alla democrazia nei rapporti di lavoro, bensì alla sicurezza della continuità reddituale.

Non stupisce, del resto, che tali proposte siano incoraggiate da quei settori della dottrina lavoristica che, oramai da un decennio, insistono sulla contrapposizione tra tutele nel rapporto di lavoro e tutele nel mercato del lavoro, caldeggiando la riduzione delle une in favore di un accrescimento delle altre (63). È ben difficile contestare che un diritto del lavoro all'altezza dei tempi debba fare i conti, in prospettiva, con il dato strutturale di una maggiore discontinuità dell'impiego, garantendo una rete di protezioni sociali che assistano i lavoratori anche nel periodo di *non lavoro* o, come giustamente si dice, nel transito o nel passaggio da un impiego a un altro. Ma ciò in virtù del fatto che un sistema imprenditoriale esposto in misura crescente alle turbolenze derivanti dalla variabilità della domanda conosce crisi e contrazioni della produzione tali da aumentare le occasioni – o meglio, i *motivi* – di *giustifica-*

---

anno per i lavoratori più qualificati), seguìto da un regime di incentivazione all'accordo economico tra le parti in caso di licenziamento per g.m.o. (sul modello della Riforma Hertz varata nel 2003 dal governo socialdemocratico tedesco).

(62) Se la proposta Boeri-Garibaldi prevede, come si è osservato, un rapporto di lavoro unico, a tempo indeterminato, con prova lunga di sei mesi e con le caratteristiche proprie del C.N.E. francese fino al terzo anno dopo l'assunzione, la proposta formulata da Andrea Ichino contempla, in alternativa al contratto *standard*, un secondo binario rappresentato dal contratto temporaneo limitato (C.T.L.), ovvero un contratto a termine a-causale di durata non inferiore ai tre anni, non ripetibile presso la medesima impresa e ripetibile per non più di tre volte nell'arco della vita lavorativa del prestatore. La ricattabilità del lavoratore in costanza di detto rapporto potrebbe però raggiungere livelli preoccupanti poiché, in mancanza di una assunzione stabile, il lavoratore – una volta bruciate le sue tre possibilità – non disporrebbe di altra forma di impiego all'infuori del contratto a tempo indeterminato, la cui eventualità rimarrebbe, però, una incognita in virtù della coesistenza di un modello legale paritario e alternativo come il C.T.L.

(63) P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

ti e *legittimi* provvedimenti espulsivi. Diverso è, invece, ipotizzare la riduzione *tout court* del raggio d'azione della disciplina limitativa dei licenziamenti, la quale è stata edificata, in Italia e in Francia, come anche altrove, allo scopo di impedire che una parte del rapporto, quella strutturalmente più debole, sia esposta al mero arbitrio della parte più forte, dovendo sopportare le conseguenze di un atto d'imperio sprovvisto di giustificazione.

Con questa consapevolezza sembrano muoversi altre proposte di regolazione, riaffacciatesi di recente sulla scena. Si tratta di proposte le quali, indipendentemente dall'articolazione che le caratterizza e le differenzia, paiono accomunate dal riconoscimento strategico del valore della stabilità dell'impiego come principio di irrinunciabile civiltà giuridica. Alcune di esse, maturate all'interno del Centro Diritti del Lavoro – Sinistra Europea «Pietro Alò», sono state presentate da Piergiovanni Alleva in un convegno tenutosi a Roma il 26 ottobre 2006. Altre sono state illustrate, pochi giorni più tardi, in un convegno veneziano del 3 e 4 novembre, coinvolgendo studiosi e giuristi di orientamento e formazione piuttosto eterogenea. Senza dar conto, in questa sede, del complesso delle ipotesi di intervento prospettate, il denominatore comune risiede nel declinare un possibile superamento del quadro normativo vigente a partire dalla triplice esigenza di: 1) *restituire centralità al rapporto di lavoro a tempo indeterminato*, riconsegnando alla contrattazione collettiva la facoltà di negoziare forme flessibili nell'impiego della forza-lavoro; 2) *superare la dicotomia tra lavoro subordinato e lavoro autonomo*, sottraendo al requisito della eterodirezione l'indebito e anacronistico potere di rappresentare la chiave di accesso all'apparato protettivo del diritto del lavoro; c) *assicurare all'intero universo del lavoro prestato in condizione di dipendenza economica un regime di stabilità* tale da consentire l'esercizio effettivo di diritti di vecchia e nuova generazione.

Sembra insomma che ci sia ancora spazio, nel diritto del lavoro italiano, per coloro i quali, domandandosi cosa sarebbe venuto dopo la flessibilità, si rispondevano che sarebbe forse venuto anche qualcosa di diverso (64).

10. — *La libertà nel lavoro e il valore della stabilità* — Qualche tempo fa, un giurista attento e raffinato, cui non può certo essere rimprove-

(64) Il riferimento è a L. Mariucci, *Dopo la flessibilità, cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005.

rata insincerità o mancanza di coraggio, scriveva un saggio avente a oggetto *la stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza* (65). La tesi di fondo racchiudeva – come sempre accade a quest'Autore – una parte di incontestabili verità e, al tempo stesso, una porzione di insidie.

L'idea di fondo era rappresentata dall'esigenza di superare l'intollerabile dualismo che caratterizza il mercato del lavoro italiano, intervenendo sulla modulazione della disciplina limitativa dei licenziamenti prevista per coloro che già possiedono un lavoro stabile al fine di schiudere le porte di ingresso allo spazio di garanzie assicurate dal diritto del lavoro a coloro che ne sono quasi integralmente esclusi, vuoi perché un lavoro non hanno la fortuna di averlo, vuoi perché hanno avuto la sventura di incontrarne, soprattutto se giovani, uno precario e mal protetto.

Tra verità e insidie, quale sia il frutto e quale il guscio non è facile a dirsi: per un verso, l'esistenza di una relazione inversa tra tasso di protezione del lavoro e livelli occupazionali è teorema a tutt'oggi indimostrato (66); per altro verso, ove il nesso fosse riconosciuto, è incontestabile che laddove lavoro non vi sia è ben difficile possa esservi diritto del lavoro.

Peraltro, se l'esistenza, in Italia, di un mercato del lavoro duale è obiettivamente incontestabile, non sembra altrettanto scontata la ricetta, per così dire «a somma zero», secondo la quale sarebbe necessario ridurre le tutele e le protezioni di cui sono destinatari i lavoratori che popolano la cittadella protetta (i cosiddetti *insiders*) per assegnarne una quota a coloro che ne sono esclusi (gli *outsiders*).

A quanto pare a noi, invero, se non è certo che il principio dei vasi comunicanti possa risultare applicabile alla generalità delle tutele e dei diritti, è ancor più dubbio che esso possa funzionare con riguardo a una sfera tutta particolare delle protezioni: quella relativa alla disciplina

(65) P. Ichino, *La stabilità del lavoro*, cit.

(66) Se tale relazione veniva contestata anche alla fine del decennio scorso (P. Ciocca, *Disoccupazione di fine secolo*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997), oggi i dubbi sull'esistenza di una relazione inversa tra tasso di protezione del lavoro e livelli d'impiego sembrano percorrere anche le più reticenti organizzazioni internazionali. Nel rapporto O.C.S.E. del 2004 si legge, infatti: *Overall theoretical analysis does not provide clear-cut answers as to the effect of employment protection on overall employment and unemployment.* […]. *There too, however, researchers are not unanimous*, in *Employment Outlook*, Parigi, 2004, p. 80. Il passo è ripreso da R. Artoni, M. D'Antoni, M. Del Conte, S. Liebman, *Regimi di protezione del lavoro e modelli di stato sociale: una prospettiva comparata*, in *Working Paper* n. 17, Università Bocconi, *Centre for Research on the Public Sector*, Milano, 2006, p. 7.

limitativa dei licenziamenti. Si tratta pur sempre – ricordiamolo – di una protezione dal recesso arbitrario; mentre nessuno, né in Tribunale né altrove, ha mai immaginato di impedire a un datore di lavoro che sia assistito da adeguata motivazione di esercitare *tout court* il proprio potere di recesso.

Il dubbio proviene dal fatto che il diritto alla stabilità dei rapporti di lavoro, sì come assicurato dalla disciplina del licenziamento, non è un diritto come gli altri. Esso sorregge, infatti, l'intera impalcatura congegnata dal diritto del lavoro, la quale, in mancanza di quello, rischierebbe di crollare come un castello di carta.

Con riguardo a una materia la cui evoluzione è descrivibile in termini di continuità e discontinuità, piuttosto che in termini di cesure, se uno strappo si dovesse individuare esso sarebbe da collocare in Francia nel biennio '73-'75 e in Italia tra il 1966 e il 1970, ovvero in coincidenza con una stagione di interventi legislativi i quali, coronando a propria volta una particolare stagione di conflitti, avrebbero rappresentato, da quel momento in avanti, architrave e garanzia di effettività per l'intero apparato di tutele individuali e collettive che i rispettivi legislatori avevano scelto di destinare alla persona che lavora.

Stando all'Italia, può ben dirsi che la disciplina del licenziamento individuale prevista dalla legge n. 604 del 1966, come modificata a seguito dell'introduzione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, distingua il diritto del lavoro antico da quello moderno perché solo attraverso la protezione contro il recesso arbitrario viene consegnato alla parte debole del rapporto – quella che nel rapporto mette l'*essere* e non soltanto l'*avere* – lo strumento necessario a rendere effettivi tutti gli altri diritti garantiti dalla legislazione protettiva, sino al fondamentale diritto a una retribuzione proporzionata e sufficiente (art. 36 Cost.) o al diritto di sciopero (art. 40 Cost.), tutelati al massimo rango nella gerarchia delle fonti. Non c'è da dubitare che analogo discorso sia valso per la Francia. Diversamente, non si spiegherebbero le ragioni dell'interrogativo posto da Alain Supiot, il quale, in un articolo apparso nel dicembre 2005, si chiedeva: *qui peut sérieusement prétendre que le titulaire d'un contrat nouvel embauche, révocable ad nutum par son employeur, dispose effectivement du droit de gréve?* (67). Allo stesso modo, chi può credibilmente ritenere che la formale pari-

(67) A. Supiot, *Le droit du travail bradé sur le «marché des normes»*, in *Droit Social*, n. 12, 2005, n. 2.

ficazione economica e normativa dei lavoratori a termine, interinali, somministrati… possa concretamente tradursi in un concreto esercizio di quei diritti che pure sono formalmente riconosciuti e garantiti dall'ordinamento? Il timbro retorico delle domande suona evidente tanto quanto la risposta.

In altri termini, il diritto alla stabilità del lavoro non viene in rilievo soltanto al momento della «rottura» del rapporto, bensì esplica i propri effetti principali «in costanza di rapporto»: esso rappresenta l'albero maestro sul vascello dei diritti sociali, quello sul quale è drizzata la sola vela capace di raccogliere il vento delle Costituzioni del dopo Weimar e orientare, così, una fragile imbarcazione verso quella uguaglianza sostanziale, prescritta dai costituenti italiani al comma 2 dell'art. 3. Tale ambizione si rivelerebbe, altrimenti, impensabile – anche come semplice orizzonte – nell'ambito di un rapporto di potere asimmetrico quale si presenta il rapporto di lavoro.

Per questa ragione il maggior sindacato italiano scelse di opporre alle proposte di intervento sull'art. 18, preannunciate nell'autunno del 2001, uno slogan che insisteva sulla equivalenza tra *diritti del lavoro* e *diritti di libertà*, poi rimbalzato nelle vie del Quartiere Latino durante le mobilitazioni parigine contro il C.P.E.

Di questi tempi, però, si corre il rischio che persino l'evidenza venga scambiata per ideologia. E allora, a conclusione di queste note, vale la pena richiamare l'opinione del giudice delle leggi italiano che, se pure in una materia (solo apparentemente) marginale, ebbe a pronunciarsi con chiarezza sul tema della libertà nel lavoro e sul valore della stabilità.

La Corte Costituzionale, in una nota pronuncia del '66, quando ancora operava pienamente il principio del recesso *ad nutum*, chiamata a misurarsi con la disciplina della prescrizione per verificarne la compatibilità con l'art. 36 della Cost., «pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario», ritenne che il precetto costituzionale non ne consentisse il decorso in costanza di rapporto, ovvero – per usare le parole della Corte – non ne consentisse il decorso «finché permane quel rapporto di lavoro durante il quale essa maschera spesso una rinuncia» (68).

(68) Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, in *FI*, I, 1966, p. 986. Con tale pronuncia la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale degli articoli 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, cod. civ. limitatamente alla parte in cui consentivano il decorso della prescrizione dei diritti retributivi durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

I giudici fondarono il loro ragionamento sul nesso che lega il regime generale della prescrizione – la quale comincia a decorrere dal momento in cui il diritto può esser fatto valere – e la disciplina delle rinunzie e transazioni prevista dall'art. 2113 cod. civ., registrando che in pendenza di un rapporto di lavoro sussistono «ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento».

Quel *metus* endemico e strutturale, capace di mettere in forse la libertà del prestatore di lavoro, sarà realmente temperato solo alcuni anni più tardi, quando l'ordinamento giuridico conoscerà l'istituto della tutela reale come regime generale di tutela contro il licenziamento illegittimo (ancorché non generalizzato) (69). Non per caso la stessa Corte, investita della medesima questione in epoca successiva al varo delle garanzie normative previste dallo Statuto del settanta, preciserà che i rapporti in pendenza dei quali la prescrizione *può* decorrere sono soltanto i rapporti stabili (70), intendendo per tali – come sarà chiarito a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità (71) – quei rapporti che ricadono nell'ambito di applicazione della tutela forte contro il licenziamento ingiustificato.

Se la preoccupazione principale, nel corso della passata stagione di riforme in materia di lavoro, è stata rappresentata dalla paradossale esigenza di tutelare il datore di lavoro dalla disciplina del licenziamento, non è facile avanzare previsioni sul valore della stabilità declinato al futuro. Quanto al presente, l'impressione è che tale principio inizi a essere pazientemente riaffermato, come attestano, per un verso, alcuni interventi compiuti a livello comunitario (72) o in alcuni conte-

(69) V. art. 2, legge n. 108/1990.

(70) Cfr. Corte Cost. 12 dicembre 1972, n. 174, in q. *Riv.*, n. 2, 1973, p. 17, e Corte Cost. 1° giugno 1979, n. 41, in *FI*, I, 1979, p. 1648.

(71) Cass., Ss.Uu., 13 febbraio 1984, n. 1073, in *GI*, 1984, I, 1, p. 1557, e, in tempi più recenti, Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, in *RIDL*, II, 1998, p. 165.

(72) Il richiamo è all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza nel dicembre 2000, successivamente incorporata nel testo del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, fondamento normativo delle travagliate peripezie compiute poi dal progetto di Costituzione europea. Tale disposizione, senza dettare uno specifico regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato, ha comunque previsto un generalizzato obbligo di giustificazione dei provvedimenti espulsivi assunti dal datore di lavoro, così presupponendo – almeno implicitamente – l'esigenza di un controllo giudiziale in ordine alla legittimità (e alla congruità delle motivazioni addotte in occasione) del licenziamento.

sti nazionali (73), e, per altro verso, quegli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina lavoristica francese e italiana cui si è fatto cenno.

È certo, però, che si tratta di un tema cruciale. Legato alla effettività del diritto del lavoro come il più fedele dei compagni di viaggio.

(73) Il riferimento è alla Spagna, laddove il noto *Acuerdo social*, sottoscritto dal governo e dalle parti sociali nel maggio del 2006, ha notevolmente limitato il ricorso al lavoro a tempo determinato, invertendo in modo radicale la rotta verso la più accentuata flessibilizzazione dei rapporti di lavoro che, senza alcuna rilevante conseguenza sul terreno della riduzione della disoccupazione, era stata imboccata dal legislatore a partire dal 1994.

Natalia Paci (*)

LA TUTELA DEI DISOCCUPATI E LE POLITICHE DI *WORKFARE*

SOMMARIO: 1. Introduzione: novità in materia di indennità di disoccupazione. — 2. Il dibattito sulla nozione unica di disoccupazione. — 3. Le conseguenze d'ordine previdenziale della nozione unica di disoccupazione sulle competenze delle Regioni. — 4. L'inadeguatezza dell'attuale tutela contro la disoccupazione di lavoratori precari e discontinui. — 5. Alcune proposte di riforma e la necessità di un sistema «dedicato» per i lavoratori *non standard*.

1. — *Introduzione: novità in materia di indennità di disoccupazione* — Il sistema italiano di protezione contro la disoccupazione è caratterizzato da grande eterogeneità di istituti e dalla cd. anomalia italiana (1), per cui si è sviluppato a dismisura l'istituto della C.I.G.S. – riservato, come noto, solo ad alcuni settori occupazionali – a discapito degli altri istituti ad applicazione generalizzata (2). Concentrando il presente studio sull'indennità di disoccupazione, occorre notare che essa (nel trattamento ordinario a requisiti pieni) ha coperto fino al 2005 solo il 40% della retribuzione (grazie all'aumento di dieci punti percentuali con il d.l. n. 346/2000 e la Finanziaria 2001) (3) e ha una durata di sei mesi, mentre

(*) Professore a contratto di Diritto del Lavoro presso l'Università di Urbino.

(1) M. Ferrera, S. Porcari, *Verso la correzione dell'anomalia italiana*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 91. Ferrera afferma che l'Italia ha «deragliato» dal binario europeo perché, invece di consolidare il pilastro assicurativo e introdurre complementi di natura assistenziale, non contributiva, ha scelto di sviluppare un pilastro alternativo: la C.I.G. E ciò ha provocato una serie di conseguenze: il peggior grado di copertura dei disoccupati da parte dei trasferimenti pubblici; la più bassa intensità di protezione del reddito dei disoccupati; il maggior numero di disoccupati sotto la linea di povertà; la peggiore *performance* dei trasferimenti nel ridurre la povertà dei disoccupati; il maggior numero di famiglie numerose sotto la linea di povertà; la maggiore incidenza di povertà a livello aggregato nazionale.

(2) F. Liso, *Il problema della riforma degli ammortizzatori sociali nell'iniziativa del governo*, in Aa.Vv., *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Torino, 2002, pp. 119 ss.

(3) Legge 23 dicembre 2000, n. 388 (art. 78, comma 19).

la media europea è ben più alta: basti pensare che la Danimarca arriva al 90% della retribuzione per circa 60 mesi (4). Considerando l'ammontare e la durata dei trattamenti di disoccupazione, l'Italia appare quindi in Europa tra i paesi meno generosi. Seppure in generale nell'Europa meridionale si spende poco per i sussidi di disoccupazione, l'Italia è l'ultima con una spesa in percentuale del 2,7% rispetto al 7,2% medio (5).

Occorre segnalare, però, che la legge 14 maggio 2005, n. 80, di attuazione del d.l. n. 35 del 7 marzo 2005 (recependo solo in parte quanto a suo tempo previsto dal Patto per l'Italia) (6), ne ha aumentato di un mese la durata e di dieci punti percentuali il tasso di sostituzione per i primi sei mesi. Più precisamente, l'art. 13, prevede che: «In attesa della riforma organica degli ammortizzatori sociali […] per gli anni 2005 e 2006 sono adottati i seguenti interventi»: l'indennità di disoccupazione ordinaria a requisiti pieni viene prolungata nella durata a sette mesi per i soggetti con età inferiore ai 50 anni e a dieci mesi per gli *over* 50; inoltre la percentuale della retribuzione viene elevata al 50% per i primi sei mesi, al 40% per l'ultimo mese (o i successivi tre mesi e al 30% per l'ultimo mese, per gli *over* 50). Inoltre, la stessa indennità viene riconosciuta anche ai lavoratori sospesi in conseguenza di crisi aziendali dovute a eventi transitori non imputabili all'imprenditore, né ai lavoratori; mentre l'indennità a requisiti ridotti viene estesa anche ai dipendenti da imprese del settore artigianato, sospesi sempre in conseguenza di crisi aziendali dovute a eventi transitori non imputabili all'imprenditore, né ai

(4) È importante segnalare anche che i trattamenti di disoccupazione sono sempre soggetti a un massimale che in Italia è tra i più bassi dell'Europa continentale e meridionale: a fronte dei 5.045 euro della Francia, 4.079,80 della Svizzera, 3.507,40 di Lussemburgo, 1.208,81 della Spagna, 1.005,68 del Belgio e 1.096,80 del Portogallo, l'Italia ha un massimale di soli 806,78 euro elevabile a 969,66 per i salari maggiori di 1.745,40. Dati aggiornati al 2004. Vedi: *Europ'info*, n. 1/2004, *Direction Affaires Juridique*, Unédic, 2004, 4. La Circolare I.N.P.S. n. 21 del 13 febbraio 2006 ha previsto i nuovi massimali per il 2006: euro 830,77 (o euro 998,50) per l'indennità di disoccupazione ordinaria non agricola a requisiti normali; 819,62 (o 985,10) per quella a requisiti ridotti e per quella agricola.

(5) Dati riportati in S. Porcari, *Protezione sociale e disoccupazione in Italia*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 43.

(6) Il Patto per l'Italia, siglato il 5 luglio 2002 tra governo e sindacati (solo C.I.S.L. e U.I.L., esclusa la C.G.I.L.), prevedeva l'aumento dell'indennità di disoccupazione ordinaria sia nella durata (da 6 a 12 mesi), che nell'importo: 60% della retribuzione per i primi sei mesi e poi, secondo un meccanismo scalare, 40% e 30% nei due trimestri successivi.

lavoratori. In entrambi i casi, però, la durata degli interventi non può superare 65 giornate all'anno e, comunque, non riguardano i lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale, nonché lavoratori con contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate o contratti di lavoro a tempo parziale verticale (7).

Tale intervento normativo, tuttavia, non costituisce una riforma strutturale dell'indennità di disoccupazione in quanto ha un'efficacia limitata agli anni 2005-2006 e quindi non può essere sostitutivo dell'attesa riforma organica degli ammortizzatori sociali (8).

Nel presente studio ci si vuole soffermare però su una novità di non poco conto del citato articolo: «l'indennità di disoccupazione non spetta nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione».

2. — *Il dibattito sulla nozione unica di disoccupazione* — Occorre ora ricordare che lo *status* di disoccupato è stato definito per la prima volta con la riforma dei servizi per l'impiego introdotta inizialmente con il d.lgs. n. 181/2000, modificato poi, come noto, dal d.lgs. n. 297/2002. Secondo la nuova formulazione della norma, lo «stato di disoccupazione» è «la condizione del soggetto privo di lavoro che sia immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa» (art. 1, comma 2, lettera *c*). Secondo tale nozione, quindi, per essere considerati in «stato di disoccupazione» non è più sufficiente come una volta la mera iscrizione alle liste di collocamento, ma si richiede qualcosa di ulteriore: la funzione che prima veniva svolta dal requisito formale dell'iscrizione nelle liste di collocamento (soppresse *ex* art. 1-*bis*, comma 3, del d.lgs. n. 181/2000, così come modificato dal d.lgs. n. 297/2002) è ora sostituita dall'onere del disoccupato di rilasciare, presso i centri per l'impiego, una dichiarazione di «immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa» (art. 2, comma 1).

Il successivo art. 2 precisa poi che «la verifica dell'effettiva permanenza nello stato di disoccupazione è effettuata dai servizi competenti»

(7) Sull'esclusione dei lavoratori con contratto *part-time* verticale cfr. A. Pessi, *Disoccupazione e* part-time *verticale*, in *ADL*, n. 3/2006, p. 817 (nota a Corte Cost., 24 marzo 2006, n. 121).

(8) L'art. 13 della legge n. 80/2005 costituisce «un ennesimo intervento settoriale e contingente […] non in grado di rimediare all'iniquità e alle carenze storiche del nostro sistema di protezione sociale contro la disoccupazione»; così R. Riverso, *Mini riforma degli ammortizzatori sociali: luci e ombre*, in *DPL*, 2005, 42, p. 2296.

(art. 2, comma 4). Da ciò si desume che, dopo l'iniziale autocertificazione, vi siano dei controlli successivi. E, infatti, l'art. 2, comma 4, prevede anche le modalità con cui devono avvenire tali controlli: 1) «sulla base delle comunicazioni del datore di lavoro, dell'I.N.P.S., delle Direzioni regionali e provinciali del lavoro», comunicazioni volte a monitorare la situazione lavorativa del disoccupato: in altri termini a verificare che il disoccupato sia ancora effettivamente senza lavoro; 2) «in relazione al rispetto delle misure concordate dai centri per l'impiego con il disoccupato»: controllo volto evidentemente a verificare l'effettiva e permanente disponibilità al lavoro del disoccupato.

Come è logico, l'articolo successivo disciplina le ipotesi di «Perdita dello stato di disoccupazione» (art. 4):

«a) conservazione dello stato di disoccupazione a seguito di svolgimento di attività lavorativa tale da assicurare un reddito annuale non superiore al reddito minimo personale escluso da imposizione (9) […];

b) perdita dello stato di disoccupazione in caso di mancata presentazione senza giustificato motivo alla convocazione da parte del centro per l'impiego […];

c) perdita dello stato di disoccupazione in caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato o di lavoro temporaneo […] ma superiore a otto mesi o quattro se giovani […];

d) sospensione dello stato di disoccupazione in caso di accettazione di un'offerta di lavoro a tempo determinato o di lavoro temporaneo di durata inferiore a otto mesi, quattro mesi se si tratta di giovani» (art. 4, d.lgs. n. 181/2000, così come modificato dall'art. 5, d.lgs. n. 297/2002).

---

(9) A norma dell'art. 11 del nuovo T.U.I.R. (d.lgs. n. 344/2003), la parte di reddito che non viene sottoposta a tassazione, per le dichiarazioni del 2005, è fissata a 7.500 euro per il lavoro dipendente e assimilato e 4.500 euro per il lavoro autonomo. Occorre precisare, altresì, che l'Accordo Stato-Regioni del 10 dicembre 2003 (nell'ambito della Conferenza unificata) ha chiarito alcuni indirizzi interpretativi del d.lgs. n. 297/2002 e, in particolare, una novità di non poco conto prevede che la soglia di reddito da non superare (*ex* lett. *a* dell'art. 4, d.lgs. n. 297/2002) non valga solo ai fini della «conservazione» dello stato di disoccupazione, ma anche ai fini della sua «acquisizione» (art. 1 dell'Accordo). Inoltre, si afferma che in caso di lavoro a tempo determinato di durata non superiore a otto mesi, o quattro per i giovani, non si fa luogo alla sospensione (come previsto dalla lett. *d* del citato decreto), ma si applica il criterio della conservazione dello stato di disoccupazione, a condizione che non si superi la suddetta soglia di reddito di 7.500 euro.

Dal tenore di tale articolo emerge chiaramente come siano state introdotte regole nuove per l'accesso allo *status* di disoccupato, sia perché viene introdotta per la prima volta una soglia di reddito volta a incidere sulla stessa definizione di disoccupato, come previsto dalla lett. *a*, sia perché le lettere *b* e *c* sanciscono la perdita dello stato di disoccupazione in presenza di comportamenti non collaborativi.

Ciò che tale articolo, invece, non ha disciplinato espressamente sono gli effetti di tale perdita di *status*: in altri termini, non è chiarito in modo esplicito se, alla perdita dello stato di disoccupazione, il disoccupato perderà anche il relativo trattamento economico.

A questo punto, la dottrina si è interrogata proprio sui rapporti tra tali riforme di politica attiva del lavoro e la normativa in materia previdenziale. Ci si è quindi chiesti se la nuova nozione di «stato di disoccupazione» sia o meno una nozione unica, cioè valida, oltre che ai fini del ricollocamento del disoccupato (politiche attive), anche a fini previdenziali di individuazione dei destinatari dei trattamenti di disoccupazione (politiche passive).

Parte della dottrina (10) nega che le nuove regole sullo stato di disoccupazione possano valere sia per l'attuazione dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro, che ai fini del riconoscimento dei beneficiari delle prestazioni di disoccupazione, e sostiene ciò facendo riferimento all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 181/2000 (come modificato dal d.lgs. n. 297/2002), che così recita: «In attesa della riforma degli ammortizzatori sociali e degli incentivi all'occupazione, continuano a trovare applicazione le disposizioni vigenti in tema di trattamenti previdenziali in caso di disoccupazione» (art. 5, comma 1). Tale norma viene interpretata, quindi, nel senso che fino all'attuazione dell'annunciata riforma degli ammortizzatori sociali, e, quindi, in assenza di un intervento normativo di coordinamento tra le due normative, in materia di

(10) C. Lagala, *La nozione di disoccupato e gli incentivi per il reinserimento lavorativo*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155 ss.; C. Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, Ediesse, Roma, 2005, pp. 111 ss.; R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione. Quale condizione della tutela previdenziale?*, in *DSS*, 2004, 1, pp. 33 ss.; P. Bozzao, *Dal «lavoro» alla «laboriosità», nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, pp. 535 ss.; Gorretta, *Collocamento: le novità introdotte dal d.lgs. n. 297/2002, con particolare riferimento alla loro entrata in vigore*, in *Giur. lav.*, 2003, p. 912; D. De Fazio, *La nuova definizione di stato di disoccupazione: il «nodo» dell'indennizzabilità dei periodi lavorati in costanza di disoccupazione. Excursus storico e punti critici*, in www.altalex.com/index.php?idnot=7739.

prestazioni di disoccupazione trovano ancora applicazione le vecchie disposizioni previdenziali senza che su di esse possa incidere il nuovo stato di disoccupazione.

Altra dottrina (11), invece, evidenzia che l'art. 1 del d.lgs. n. 181/2000 (così come modificato dal d.lgs. n. 297/2002), prima di procedere con la definizione di «stato di disoccupazione», prevede che tale definizione e le altre elencate nello stesso articolo (12) si intendono «a ogni effetto». Secondo questo diverso orientamento, quindi, per stato di disoccupazione si deve intendere «a ogni effetto» la condizione del soggetto privo di lavoro «che sia immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di una attività lavorativa secondo modalità definite con i servizi competenti» e, quindi, l'indennità di disoccupazione non spetta nelle ipotesi di perdita o sospensione di tale stato, disciplinate dal citato art. 4 dello stesso decreto.

---

(11) S. Rosato, *Stato di disoccupazione (art. 3)*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego, Commentario al d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 271 ss.; D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Atti della Giornata di studio (Foggia, 5 dicembre 2003), Giuffrè, Milano, 2004, p. 118; A. Lassandari, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di* sistema, Editoriale scientifica, Napoli, 2004, *op. cit.*, pp. 404 ss.; M. Tiraboschi, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'art. 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30: prospettive di attuazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego, Commentario al d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, Giuffrè, Milano, 2003, *op. cit.*, p. 21.

(12) Nello stesso articolo, il decreto legislativo n. 181/2000 (modificato dal d.lgs. n. 297/2002) fornisce anche altre definizioni: «a) "adolescenti", i minori di età compresa fra i 15 e i 18 anni, che non siano più soggetti all'obbligo scolastico; b) "giovani", i soggetti di età superiore a 18 anni e fino a 25 anni compiuti, o, se in possesso di un diploma universitario di laurea, fino a ventinove anni compiuti, ovvero la diversa superiore età definita in conformità con gli indirizzi dell'Unione europea; d) "disoccupati di lunga durata", coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di nuova occupazione da più di dodici mesi o da più di sei, se giovani; e) "inoccupati di lunga durata", coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di 12 mesi o da più di sei se giovani; f) "donne in reinserimento lavorativo", quelle che, già precedentemente occupate, intendano rientrare nel mercato del lavoro dopo almeno due anni di inattività"; g) "servizi competenti", i centri per l'impiego di cui all'art. 4, comma 1, lettera *e*, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, e gli altri organismi autorizzati o accreditati a svolgere le previste funzioni in conformità con le leggi regionali e delle Province autonome di Trento e Bolzano» (art. 1, comma 2).

Tale seconda tesi appare consolidata anche dal fatto che, come è stato osservato (13), l'espressione «a ogni effetto» è stata introdotta dal d.lgs. n. 297/2002 a sostituzione della precedente del d.lgs. n. 181/2000 «ai fini del presente decreto», modifica inequivocabilmente significativa della volontà di ampliare il campo di applicazione della disciplina.

La successiva evoluzione normativa (in particolare, l'art. 13 della legge n. 80/2005) e gli stessi sviluppi contenuti in proposte e progetti di legge (dal *Libro bianco sul mercato del lavoro*, al Patto per l'Italia, al disegno di legge n. 848-*bis*) non possono che evidenziare come, almeno nelle intenzioni del legislatore, vi sia proprio la tendenza a privilegiare la nozione unica di disoccupazione (14). Già dal *Libro bianco sul mercato del lavoro* (Parte II, paragrafo II.1.7, «Incentivi e ammortizzatori») emergeva la volontà di dare importanza al «collegamento da istituire tra percezione delle prestazioni e politiche attive, il cui fine primo è quello di evitare abusi nel ricorso agli ammortizzatori», e ancora: «la corresponsione del sussidio o indennità dovrà immediatamente essere sospesa in caso di mancata accettazione di opportunità formative o occupazionali o di inottemperanza dello schema a cui il beneficiario si sia preventivamente impegnato».

Tale impostazione è stata poi ripresa dal d.d.l. 848-*bis* in materia di ammortizzatori sociali e incentivi all'occupazione, in cui si legge che le tutele dovranno avere un «assetto proattivo […] in modo da non disincentivare il lavoro […] legandole alla condizione di ricerca attiva del disoccupato […] alla sua disponibilità ad accettare le offerte di lavoro o a partecipare ai progetti formativi predisposti dalle strutture pubbliche per l'impiego» (art. 3, lettera *b*). Anche nel successivo Patto per l'Italia, del resto, si ribadiscono gli stessi concetti (art. 2.3) e, in più, si parla espressamente di «stretta correlazione tra erogazione dei sussidi e diritti-doveri del disoccupato»: quindi, per la prima volta, ci si esprime espressamente in termini di «doveri» e di «stretta correlazione» tra questi e l'erogazione dei sussidi.

Ma, infine, l'argomento decisivo a sostegno della nozione unica di disoccupazione è arrivato con la legge n. 80/2005 che, all'art. 13, prevede

---

(13) D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 103 e 119.

(14) Per una ricostruzione di tale evoluzione normativa, mi si consenta il rinvio a N. Paci, *Lo stato di disoccupazione nell'evoluzione del welfare*, in *Storia e Problemi Contemporanei*, Clueb, Bologna, n. 40/2005, pp. 101 ss.

una cd. «mini riforma degli ammortizzatori sociali» (15), dove si legge (e per ben due volte nello stesso testo) che: «l'indennità di disoccupazione non spetta nell'ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione disciplinate dalla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro» (art. 13). Tale novità normativa ha definitivamente chiarito la propensione del legislatore verso la nozione unica di disoccupazione, valevole sia ai fini delle politiche attive, sia ai fini del trattamento passivo.

Ulteriore conferma, se ce ne fosse stato bisogno, è arrivata da ultimo con la recente Circolare ministeriale n. 5 del 22 febbraio 2006 in materia di decadenza dai trattamenti previdenziali che chiarisce l'applicazione dell'art. 1-*quinquies* del decreto legge 5 ottobre 2004, n. 249, convertito con modificazioni dalla legge 3 dicembre 2004, n. 291 (16). Nella Circolare si precisa che il citato art. 1-*quinquies*, «nel dettare disposizioni in materia di decadenza dai trattamenti previdenziali e da altre indennità o sussidi, stabilisce obblighi nei confronti dei lavoratori beneficiari di interventi per il sostegno del reddito, sancendo la perdita dei trattamenti nei casi in cui i lavoratori medesimi rifiutino il percorso di reinserimento nel mercato del lavoro o di adeguamento formativo». Nella stessa Circolare vengono poi elencati ed esplicati i suddetti obblighi:

«a. obbligo di adesione a un'offerta formativa o di riqualificazione;

b. obbligo di accettazione di un'offerta di lavoro inquadrato in un livello retributivo non inferiore del 20% rispetto a quello di provenienza;

c. obbligo di avviamento a un percorso di reinserimento o inserimento nel mercato del lavoro, anche ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 276/2003» (17).

La stessa Circolare, infine, richiama la necessità di una «leale collaborazione delle pubbliche amministrazioni e degli Enti affinché vengano comunicati all'I.N.P.S. e, per i lavoratori in mobilità, al servizio per

(15) Così è stata definita da R. Riverso, *Mini riforma degli ammortizzatori sociali: luci e ombre*, in *DPL*, 2005, 42, p. 2296.

(16) Pubblicata in *GU*, n. 285 del 4 dicembre 2004.

(17) Nella Circolare si precisa, inoltre, che l'obbligo di accettare un'offerta di lavoro si applica nei casi in cui la medesima sia congrua con le competenze e le qualifiche possedute dal lavoratore e che gli obblighi di cui alle lettere *a*, *b*, e *c* sussistono nel momento in cui l'attività formativa o lavorativa si svolga in un luogo mediamente raggiungibile in 80 minuti con i mezzi pubblici e/o distante non più di 50 km dal luogo di residenza del lavoratore e, comunque, tali obblighi vengono meno nei casi di impossibilità derivante da documentata forza maggiore, congedi parentali, maternità.

l'impiego territorialmente competente, i casi in cui i lavoratori abbiano rifiutato un'offerta formativa, di lavoro o un percorso di reinserimento nel mercato». In altri termini, si precisa espressamente che ove si verifichino le ipotesi di decadenza dai trattamenti l'I.N.P.S. «sospende l'erogazione del trattamento, dandone comunicazione agli interessati».

Ma se non ci sono dubbi sulla nozione unica di disoccupazione e sulla decadenza del diritto ai trattamenti previdenziali in caso di perdita dello stato di disoccupazione, non risulta ancora chiaro come risolvere le molteplici contraddizioni e problematiche che ne derivano, in assenza di un'organica riforma degli ammortizzatori sociali e, quindi, di una coerente disciplina di coordinamento tra politiche attive e previdenza sociale (18).

Come è stato evidenziato, oggi la materia è dominata da «una situazione di incertezza normativa e di problematica convivenza tra vecchio e nuovo» (19). Nel prosieguo di tale studio si tenterà di far emergere tali ostacoli applicativi, a partire dalle questioni relative a una indiretta devoluzione alle Regioni in materia previdenziale e al conseguente contrasto con il riparto di competenze tra Stato e Regioni *ex* art. 117 Cost. (par. 3); continuando con la constatazione dell'inadeguatezza della riforma rispetto ai bisogni dei lavoratori discontinui (par. 4); concludendo con l'evidenza della necessità di una riforma che tenga conto proprio dei sempre più numerosi lavoratori cd. *non standard* e l'analisi di alcune proposte (par. 5).

3. — *Le conseguenze d'ordine previdenziale della nozione unica di disoccupazione sulle competenze delle Regioni* — Si è visto quindi che per avere diritto all'indennità di disoccupazione, ora, non bastano più solo «l'assenza di lavoro» e la dichiarazione di disponibilità (sostitutiva della

(18) Per un'analisi dettagliata dei problemi di coordinamento tra le due normative vedi: C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004; C. Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, Ediesse, *op. cit.*, 2005, pp. 111 ss.; D. De Fazio, *La nuova definizione di stato di disoccupazione: il «nodo» dell'indennizzabilità dei periodi lavorati in costanza di disoccupazione. Excursus storico e punti critici*, *op. cit.*, 2004; R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione. Quale condizione della tutela previdenziale?*, *op. cit.*, 2004, pp. 33 ss.; R. Riverso, *Mini riforma degli ammortizzatori sociali: luci e ombre*, in *DPL*, 2005, 42, p. 2296.

(19) R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 33 ss.

vecchia iscrizione al collocamento), ma occorrono anche l'obbligo di adesione a un'offerta formativa o di riqualificazione, l'obbligo di accettazione di un'offerta congrua di lavoro e l'obbligo di avviamento a un percorso di reinserimento o inserimento nel mercato del lavoro.

In definitiva, per avere una definizione completa di «stato di disoccupazione» è necessario adesso definire giuridicamente che cosa si intende per «disponibilità al lavoro», per «programma di ricerca attiva» o «percorso di reinserimento o inserimento» e, soprattutto, quando un'offerta di lavoro può considerarsi «congrua».

Proprio su questi ultimi delicati punti viene affidato alle Regioni il difficile compito di specificare le relative definizioni (artt. 3 e 5, d.lgs. n. 297/2002). E spetterà, pertanto, alla legislazione regionale la disciplina di dettaglio sullo stato di disoccupazione, oltre a precisare il concetto di «congruità» rispetto alla professionalità, alla carriera e, soprattutto, alle aspirazioni del lavoratore: il punto cruciale su cui si giocheranno le opposte posizioni di tutela della posizione professionale e lavorativa acquisita dal disoccupato (20) e di più veloce ricollocamento dello stesso (21).

Senza negare che tale nuovo ruolo delle Regioni (22) possa portare a esiti positivi (23), soprattutto se si accoglie la tesi (24) per cui alle stesse spetterebbe una potestà di intervento normativo *in melius* rispetto a

---

(20) G. Geroldi, *Il sistema di ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45. L'Autore afferma che «i lavoratori reclutati con rapporti temporanei, o privi di un sistema di compensazione del reddito con onere a carico del datore di lavoro, dovrebbero avere una retribuzione più elevata. Per altro verso l'evidenza empirica mostra che, in genere, succede il contrario: chi ha meno forza contrattuale ha più probabilità di rimanere intrappolato in rapporti di lavoro discontinui e ricevere salari più bassi».

(21) M. Ricci, *Le finalità del d.lgs. 276/2003 tra flessibilità/precariato e «presunti» orientamenti comunitari*, in *LG*, n. 3/2004, p. 275.

(22) Già diverse Regioni sono intervenute in materia: è il caso, ad esempio, della Regione Marche (d.g.r. del 11 marzo 2003, n. 327), della Regione Basilicata (d.g.r. del 5 luglio 2004, n. 1645), della Regione Emilia Romagna (d.l. n. 4/2005) ecc.

(23) Come avvenuto, ad esempio, con la Convenzione sottoscritta il 10 ottobre 2003 tra la Regione Piemonte e l'I.N.P.S., che ha portato all'estensione dell'indennità di disoccupazione anche ai co.co.co. (oggi destinati a transitare, di regola, nella forma del lavoro a progetto). Vedi P. Righetti, *Indennità di disoccupazione anche ai co.co.co. del Piemonte*, in *GL*, n. 21/2004, p. 114.

(24) Così A. Di Stasi nella relazione al Seminario su «Federalismo e diritto del lavoro», organizzato il 14 aprile 2003 dal Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali della Facoltà di Economia dell'Università Politecnica delle Marche, ora in Aa.Vv., *Diritto del lavoro e federalismo*, A. Di Stasi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004.

una tutela di base che lo Stato dovrebbe assicurare in virtù della sua competenza esclusiva in relazione alla determinazione – ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera *m*, Cost. – dei «livelli essenziali», ci si chiede, però, se tale «regionalizzazione» sia conforme al dettato del nuovo art. 117 Cost. (25).

In altri termini, visto che saranno le Regioni a stabilire i criteri di perdita dello stato di disoccupazione, e visto che da tale perdita conseguirà anche il venire meno del trattamento previdenziale, si avrebbe indirettamente una legislazione regionale in materia previdenziale, cioè in materia di competenza esclusiva dello Stato (26).

Rinviando il dibattito in materia di riparto di competenze tra Stato e Regioni alla folta letteratura in merito (27), ci si limita a osservare che

(25) Come noto la legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 (in *GU*, n. 248 del 24 ottobre 2001) ha modificato il Titolo V, parte seconda, della Costituzione e, segnatamente, l'art. 117 Cost. riguardante la ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni. Senza addentrarsi sui singoli aspetti di tale pur rilevante novità, basterà ricordare che, in relazione al tema che qui interessa trattare, vengono assegnate alla competenza esclusiva dello Stato la materia della «previdenza sociale» e la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117 Cost., comma 2, lettere *o* e *m*); mentre rientrano nella legislazione concorrente «la tutela e sicurezza del lavoro» e «la previdenza complementare e integrativa» (art. 117 Cost., comma 3). In materia è poi intervenuta anche la legge n. 131 del 5 giugno 2003: «Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3» (in *GU*, n. 132 del 10 giugno 2003). Infine, nell'ultima legislatura si era approvato il d.d.l. di revisione costituzionale della Parte II della Costituzione che prevedeva ulteriori e importanti modifiche anche del Titolo V: in particolare, per la parte che qui interessa, si divideva la problematica endiadi «tutela e sicurezza del lavoro» per ricondurre la «sicurezza del lavoro» tutta nella legislazione esclusiva dello Stato, lasciando, invece, la «tutela del lavoro» nell'ambito della legislazione concorrente. Ma tale tentativo di ulteriore riforma costituzionale è stato bloccato dal *referendum* costituzionale del 26 giugno 2006.

(26) Come evidenziato anche da C. Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, *op. cit.*, 2005, p. 126. In tal senso anche: G. Bocchieri, M. Tiraboschi, *Lavoratori svantaggiati e somministrazione di lavoro: prime attuazioni dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003*, in *Contr. & Contrattaz. Coll.*, 2005, 3, p. 78.

(27) Senza pretesa di esaustività: Aa.Vv., *Diritto del lavoro e federalismo*, A. Di Stasi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2004; M. G. Garofalo, *Federalismo, devolution e politiche dell'occupazione*, in *LD*, n. 3/2001, pp. 465 ss.; E. Balletti, *Sostegno dei redditi e ammortizzatori* sociali, Relazione al convegno di Napoli «Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismo», 3-4 maggio 2002; A. Supiot, *La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in q. *Riv.*, 1996, I, p. 53; G. G. Balandi, *Il sistema previdenziale nel federalismo*, in *LD*, n. 3/2001, p. 479; F. Carinci, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in

da più parti (28) si sottolinea la matrice previdenziale, di natura mutualistico-assicurativa, della gran parte delle misure di protezione sociale contro lo stato di disoccupazione e, quindi, la devoluzione della materia stessa alla legislazione esclusiva dello Stato.

In più, si ribadisce che, essendo rimessa sempre alla legislazione esclusiva dello Stato anche la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, e vista «la funzionalità delle provvidenze della disoccupazione al soddisfacimento dei diritti civili e sociali dei senza lavoro, indipendentemente dalla stessa matrice previdenziale (e quindi comprese eventuali misure di *welfare* a carattere universale), anche sotto tale profilo può reputarsi corroborata la riconduzione delle tematiche in parola alla sola competenza normativa statale». Riserva fondamentale per garantire «un'esigenza di uniformità di trattamento e per contrastare i fenomeni di cd. *dumping* regionale che può essere indotto da un esercizio incontrollato della potestà legislativa da parte delle Regioni» (29).

Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, tomo I, IPSOA, 2004, XXIX; F. Carinci, *Osservazioni sulla riforma del Titolo V della Costituzione. La materia del lavoro*, in www.labourlawjournal.it; G. Dondi, G. Zampini, *Previdenza pubblica e complementare privata nella riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione*, in *LPA*, n. 1/2002, p. 181; M. Napoli, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 3/2002, p. 361; M. Pallini, *La modifica del Titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in q. *Riv.*, n. 1/2002, p. 21; A. Trojsi, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, in *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 419.

(28) E. Balletti, *Sostegno dei redditi e ammortizzatori sociali*, *op. cit.*; A. Andreoni, *Art. 117 Cost. e ammortizzatori sociali*, www.cgil.it/giuridico; P. G. Alleva, U. Carabelli, N. Forlani, *La tutela del lavoro e la riforma degli ammortizzatori sociali*, Atti del Convegno del 14 dicembre 2001, Università di Economia di Ancona, ora in P. G. Alleva, E. Balletti, U. Carabelli, A. Di Stasi, N. Forlani, F. Liso, M. Paci, *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Quaderni di scienze giuridiche*, Università di Ancona, Giappichelli, Torino, 2002.

(29) Così E. Balletti, *Sostegno dei redditi e ammortizzatori sociali*, *op. cit.* Ma da più parti si sono sollevate opinioni contrarie a una forte diversificazione di regole e di tutele sul territorio nazionale, definita «pericolosa e foriera di pesanti conseguenze sul piano dell'unità sociale e politica del paese, non solo perché si svilupperebbero fenomeni di *dumping* regolativi assai deprecabili dal punto di vista di un equilibrato e omogeneo sviluppo economico delle diverse aree regionali, ma soprattutto perché si rischierebbe di giungere a una insostenibile differenziazione dei trattamenti normativi (nonché, direttamente o indirettamente, economici) dei lavoratori delle diverse Regioni in barba a un principio di eguaglianza». Così U. Carabelli, *Federalismo e diritto del lavoro: brevi riflessioni a margine di un seminario*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro e federalismo*, A. Di Stasi (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2004.

Sul punto è intervenuta più volte anche la Corte Costituzionale (30), che già in passato ha sostenuto la riserva di legge statale per la materia previdenziale e ha escluso fermamente la possibilità di trattamenti differenziati per Regione (31). Nelle sentenze più recenti (32) la Corte ha evidenziato come ormai, in base al nuovo riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni, nessuna «materia» può essere ricondotta per intero in una delle «competenze» dell'art. 117 Cost. a causa delle numerose intersezioni tra profili trasversali e indissolubilmente connessi e intrecciati (33). In altri termini, per ognuna di tali «materie trasversali» (34), come appunto quella relativa ai servizi per l'impiego, occorre sviscerarne tutti gli aspetti in modo di ricondurre ciascuno alle sue rispettive competenze (35). E così, tra tutti i profili riguardanti i servizi per l'impiego, «la disciplina di molti di essi, peraltro di una certa rilevanza, è da ritenersi riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato» e, «in primo luogo, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni…» (36). Ciò risponde all'esigenza di riservare comunque allo Stato il potere di fissare degli *standards* minimi di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale (37).

---

(30) L'art. 127 Cost. prevede espressamente che: «Il governo, qualora ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costituzionale…».

(31) Corte Cost. n. 92/1976; Corte Cost. n. 41/1982; Corte Cost. n. 979/1988.

(32) Corte Cost. n. 407/2002; Corte Cost. 282/2002; Corte Cost. 536/2002; Corte Cost. n. 226/2003; Corte Cost. 222/2003; Corte Cost. n. 303/2003; Corte Cost. 307/2003.

(33) Così A. Trojsi, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, *op. cit.*, 2004, p. 424.

(34) C. Magro, *Il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale dopo la riforma del Titolo V*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(35) L. Zoppoli, *La riforma del Titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i «pezzi» di un difficile* puzzle*?*, in *LPA*, suppl. al n. 1, p. 149.

(36) A. Trojsi, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, *op. cit.*, 2004, p. 425.

(37) Occorre notare che tale compenetrazione tra politiche passive e politiche attive a livello regionale necessiti un'attività estremamente efficiente dei servizi per l'impiego, oltre a un suo virtuoso collegamento con il territorio; qualità che, purtroppo, non sono state ancora dimostrate e su cui, anzi, autorevole dottrina dubita. Tronti, ad esempio, afferma l'urgenza di «mutamento culturale e comportamentale di tutti gli attori coinvolti: agenzie pubbliche e private, imprese, lavoratori, rappresentanze sociali» (L. Tronti, *Dal sostegno del reddito alla tutela del capitale umano. Spunti sulla riforma degli ammortizzatori sociali*, *op. cit.*, 2002). Balletti sottolinea la «necessità di un migliore funzionamento dei servizi di collocamento» (E. Balletti, *Sostegno dei redditi e am-*

4. — *L'inadeguatezza dell'attuale tutela contro la disoccupazione di lavoratori precari e discontinui* — La scelta per una nozione unica di disoccupazione, al di fuori di una complessiva riforma degli ammortizzatori sociali, crea problemi di attuazione concreta in particolare nelle ipotesi di disoccupazione agricola e a requisiti ridotti, con esiti contraddittori, come è stato giustamente evidenziato da parte della dottrina (38). Si è osservato, infatti, che il descritto regime sanziona-

---

mortizzatori sociali, *op. cit.*, 2002); anche Treu rileva che «I nostri servizi per l'impiego e il nostro sistema di formazione professionale, a distanza di quattro anni dalla riforma, non sono neppure lontanamente in grado di adempiere le prime due *guidelines* europee in materia di occupazione. […] Ma poi vi è anche il noto problema della sfasatura fra indicazioni normative e loro implementazione, particolarmente grave nel nostro paese, che costituisce un vero e proprio *deficit* competitivo delle nostre politiche di riforma» (T. Treu, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 46). Infatti, osserva Geroldi, il sistema dei servizi per l'impiego «che, nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto, grazie al decentramento, accrescere l'efficacia complessiva degli interventi per la mobilità e l'occupabilità, dopo una lunga fase di riorganizzazione contrassegnata da indubbi progressi, registra tuttora in diverse parti del territorio una funzionalità limitata, sia per la scarsità delle risorse, sia per alcuni indirizzi ideologici seguiti dalle amministrazioni regionali e provinciali, poco convinte dell'utilità di una presenza pubblica in questo ambito» (G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, inS. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45). Purtroppo, infatti, «cultura e tradizioni, insieme con le profonde differenze del tessuto economico e sociale delle diverse Regioni, incideranno profondamente sull'effettività dei servizi che le strutture pubblico-private saranno in grado di offrire ai lavoratori dello specifico territorio. Di modo che appare non infondato il rischio che la regionalizzazione possa concretamente tradursi in una causa di marginalizzazione o addirittura di discriminazione per i lavoratori – o meglio i disoccupati – delle aree tradizionalmente più disagiate» (U. Carabelli, *Federalismo e diritto del lavoro: brevi riflessioni a margine di un seminario*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro e federalismo*, A. Di Stasi (a cura di), *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2004). È fondamentale, quindi, che funzioni il collegamento tra i servizi per l'impiego e gli enti locali, al fine non solo di eseguire controlli, ma anche e soprattutto di adeguare le iniziative formative e professionali alle esigenze e opportunità esistenti, affinché le risorse finanziarie non vengano spese per interventi del tutto scollegati con i bisogni effettivi del territorio. In materia vedi anche: D. Gilli, *Il procedere della modernizzazione dei servizi pubblici per l'impiego*, in *DRI*, n. 4/XIII, 2003, p. 660; E. Reyneri, *I servizi pubblici per l'impiego: funzioni e ruoli professionali*, in *DRI*, n. 4/XIII, 2003, p. 649; G. Geroldi, *Ammortizzatori sociali e incentivi all'impiego nel quadro dei nuovi strumenti di politica del lavoro*, in *AS*, n. 3/1997, p. 95; F. Liso, *La gestione delle eccedenze di lavoro in Europa: valutazione d'assieme*, in *E.L.*, 1994, n. 3-4, p. 155; S. Ciucciovino, *Misure della ricollocazione dei lavoratori «eccedenti»: la manutenzione del capitale umano*, in *DL*, 1996, Parte I, pp. 350 ss.

(38) A cui si rinvia per una più dettagliata analisi di tali aspetti: R. Riverso, *Mini riforma degli ammortizzatori sociali: luci e ombre*, in *DPL*, 2005, 42, p. 2296; R.

torio *ex* art. 4, d.lgs. n. 297/2002, finalizzato a incentivare atteggiamenti collaborativi, non è coerente con i rapporti discontinui, quali sono appunto quelli agricoli o i cd. 78isti. In particolare, ha fatto discutere la lettera *a* dell'articolo citato nella parte in cui sembrerebbe limitare e condizionare la percezione del trattamento di disoccupazione al mancato superamento di una determinata soglia di reddito annuale. Ma se si dovesse accettare una simile interpretazione della norma, anche per i lavoratori agricoli o 78isti, si avallerebbe una revisione al ribasso della tutela per questa categoria di lavoratori rispetto al passato (in cui non si sono mai richieste indagini sul reddito) (39), dando luogo anche a esiti paradossali, se si accetta che il «lavoratore licenziato a metà anno con reddito percepito di 7.500 euro (superiore, cioè, alla soglia fiscalmente imponibile) non è perciò stesso da considerarsi disoccupato e non ha pertanto diritto alle prestazioni di disoccupazione anche se possiede tutti i requisiti contributivi e assicurativi» (40).

Ma anche le successive lettere *b* e *c*, che determinerebbero, se si accetta la strada della nozione unica, la perdita del trattamento indennitario qualora il comportamento non collaborativo del disoccupato dimostri l'indisponibilità alla ricerca e svolgimento di attività lavorativa – cioè, per dirla con la «vecchia» terminologia, la mancanza di invo-

---

Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 33 ss.; P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005; P. Bozzao, *Disoccupazione e sottoccupazione: omogeneità e differenze di tutela*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 81 ss.; D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 101 ss.; C. Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, *op. cit.*, 2005, p. 126; C. Lagala, *La nozione di disoccupato e gli incentivi per il reinserimento lavorativo*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155 ss.

(39) R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 33 ss.

(40) C. Lagala, *La nozione di disoccupato e gli incentivi per il reinserimento lavorativo*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155 ss. Per l'Autore tale conclusione è inaccettabile e per questo e altri motivi ritiene che i princìpi fissati dal d.lgs. n. 297/2002 servono solo ai fini dell'anzianità di disoccupazione utile al fine di godimento di particolari benefici.

lontarietà della disoccupazione –, non sono state pensate per i lavoratori di cui si tratta. Anche qui, infatti, per i lavoratori stagionali, agricoli e a requisiti ridotti, occorre fare un discorso a parte perché essi sono entrati nell'ambito dell'assicurazione generale contro la disoccupazione (r.d.l. n. 1827/1935) solo successivamente (legge n. 264/1949, art. 32) e, per i requisiti ridotti, in tempi relativamente recenti (legge n. 160/1988), e soprattutto con finalità completamente diverse rispetto a quelle del trattamento ordinario: con una funzione di integrazione del reddito da lavoro (41) e non di sostituzione dello stesso. Ciò è dimostrato dalla stessa forma di erogazione del trattamento: *una tantum* e nell'anno successivo a quello della disoccupazione, quindi in una logica del tutto avulsa da un'indagine sull'attualità dello stato di disoccupazione. In altri termini, come è stato giustamente osservato, la disoccupazione a requisiti ridotti «funziona nella sostanza come una integrazione dello scarso reddito conseguito l'anno precedente, mentre l'I.N.P.S. non richiede alcuna giustificazione in merito all'involontarietà della disoccupazione nel periodo lavorato», né «l'iscrizione alle liste di collocamento» (42). Pertanto il beneficiario del trattamento ben potrebbe non essere disoccupato nel periodo di percezione dell'indennità di disoccupazione di cui si tratta e tale eventualità contrasta con gli obblighi di disponibilità del disoccupato (in caso di convocazione da parte del centro per l'impiego o di congrua offerta di lavoro) di cui alle lettere *b* e *c* del citato articolo.

Infine, anche le lettere *c* e *d* del citato art. 4 male si adattano ai lavoratori precari o discontinui, «dal momento che è previsto (indirettamente nella lett. *c* dell'art. 4, *n.d.a.*) il mantenimento dello stato di disoccupazione anche in caso di rifiuto di un rapporto di lavoro congruo di durata fino a otto mesi ed è pertanto possibile che un lavoratore che abbia lavorato precariamente solo 78 giornate in un anno possa poi rifiutare senza conseguenze un rapporto di lavoro di otto mesi» (43), mentre chi accetta avrà la sospensione dello stato di disoccupazione, «con la conseguenza abnorme e contraria all'imposta-

(41) F. Liso, *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, in *RIDL*, 1995, I, p. 341.

(42) R. Riverso, *Trattamenti di disoccupazione e lavoro a tempo parziale nella legge n. 80/2005*, in *PAPP*, 2005, 4, p. 997.

(43) R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 55.

zione complessiva della riforma che chi accetta avrà la sospensione dello *status*, mentre chi rifiuta lo conserverà» (44).

Tale inconciliabilità tra vecchia e nuova disciplina aumenta se si considera anche un'altra importante novità. Come noto, infatti, il d.lgs. n. 297/2002 ha introdotto una specie di rivoluzione delle definizioni, determinando un decisivo ampliamento dell'ambito dei soggetti destinatari delle tutele (attive): per la prima volta, infatti, per disoccupato non si intende più solo il lavoratore licenziato da un lavoro dipendente, ma qualsiasi «soggetto privo di lavoro che sia immediatamente disponibile allo svolgimento e alla ricerca di un'attività lavorativa» (art. 1, comma 2, lettera *c*, d.lgs. n. 297/2002). Si passa, cioè, a un concetto di disoccupazione «senza aggettivi» (45), caratterizzato solo dalla citata disponibilità o, come è stato anche osservato, dal passaggio dal lavoro alla laboriosità (46).

Il disoccupato, quindi, è oggi qualsiasi soggetto, «a prescindere dal suo precedente stato di lavoratore (occupato o inoccupato; di lavoratore a termine o a tempo indeterminato; a tempo parziale o a tempo pieno; subordinato, autonomo, parasubordinato o associativo), purché il reddito annuale comunque prodotto rimanga al disotto di una certa soglia (pari al reddito minimo personale escluso da imposizione)» (47).

---

(44) Così D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 108. Come già anticipato, l'Accordo Stato-Regioni del 10 dicembre 2003 (nell'ambito della Conferenza unificata) ha chiarito, tra gli indirizzi interpretativi del d.lgs. n. 297/2002, che in caso di lavoro a tempo determinato di durata non superiore a otto mesi, o quattro per i giovani, non si fa luogo alla sospensione (come previsto dalla lett. *d* del citato decreto), ma si applica il criterio della conservazione dello stato di disoccupazione, a condizione che non si superi la suddetta soglia di reddito di 7.500 euro.

(45) D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 109 ss.

(46) P. Bozzao, *Dal «lavoro» alla «laboriosità», nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, pp. 535 ss.

(47) R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 51. Scelta criticata da Garofalo e Rosato perché il problema dei precari non andava trattato «come eccezione della regola generale sullo stato di disoccupazione, ma andava trattato in modo diverso […] sarebbe preferibile riconoscere questo particolare *status* di precario, individuando una specifica categoria», così S. Rosato, *I nuovi servizi per l'impiego e l'accertamento dello stato di disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella*

Tale pur positiva novità fa tuttavia emergere ancora di più l'attuale «forte discrasia tra la tutela attiva, riconosciuta al nuovo disoccupato sul mercato, ove tutti coloro comunque privi di lavoro ma disponibili a lavorare risultano ricompresi», e tutela «passiva riconosciuta esclusivamente ai soggetti fuoriusciti dal mercato tendenzialmente a seguito della perdita di un lavoro alle dipendenze altrui, unici destinatari dei relativi trattamenti previdenziali in caso di disoccupazione» (48).

Al contrario i soggetti bisognosi di tutela sono tutti i lavoratori precari (con contratto a termine o con contratti indeterminati ma discontinui, indipendentemente dal reddito), destinati ad aumentare, soprattutto dopo il d.lgs. n. 276/2003 (49), che ha portato il nostro mercato del lavoro a essere il più flessibile d'Europa e caratterizzato da una molteplicità di tipologie contrattuali: «una sorta di ipermercato dei moduli del rapporto» (50).

In questo quadro si aggiunga poi la recente sentenza della Corte Costituzionale (51) in tema di *part-time* verticale che ha rigettato la pos-

---

riforma degli ammortizzatori sociali, Giuffrè, Milano, 2004, p. 130. Garofalo, poi, critica anche la scelta di equiparare i lavoratori precari ai disoccupati nella definizione fiscale (reddito inferiore a quello non imponibile) e quella sull'elenco anagrafico che comprende nella classe disoccupati «persone con attività lavorativa che non sospende lo stato di disoccupazione (precari)» (d.P.R. n. 442/2000). Così D. Garofalo, *L'accertamento della disoccupazione*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 109.

(48) P. Bozzao, *Disoccupazione e sottoccupazione: omogeneità e differenze di tutela*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 91 ss.

(49) G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45. L'Autore afferma che: «si deve sottolineare che la successione di alcune norme (pacchetto Treu e, in misura molto più allargata, la legge n. 30/2003) ha introdotto nel nostro mercato del lavoro una gamma decisamente molto ampia di figure contrattuali atipiche, collegate a rapporti lavorativi flessibili e temporanei che creano problemi di protezione sotto più profili, come il rispetto delle norme contrattuali, la sicurezza del reddito, il riconoscimento delle competenze acquisite e la maturazione dei diritti previdenziali».

(50) Così M. D'Onghia, *Le nuove prestazioni «flessibili» e la tutela per la mancanza di lavoro*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 93. L'Autore afferma che siamo di fronte a «un nuovo lavoratore che nell'arco della vita potrà avere diverse tipologie del lavoro subordinato», lavoro autonomo, fasi alternate di formazione e/o disoccupazione o attesa.

(51) Si tratta della sentenza n. 121 del 24 marzo 2006. La Corte ha sostanzialmente respinto la possibilità di assimilare il contratto di lavoro stagionale (per il qua-

sibilità di ottenere in questi casi l'indennità di disoccupazione per i periodi di sospensione della prestazione lavorativa. Giustamente si è osservato, invece, che riconoscere in questi casi la disoccupazione è un modo per tutelare anche il lavoro precario: infatti «la disoccupazione non è la causa della precarizzazione ma ne è l'effetto […], un effetto che oggi risulta incalzato e alimentato con il d.lgs. n. 276/2003 attraverso la moltiplicazione delle figure di lavoro precario e discontinuo. Come è stato chiarito bene dalla dottrina, la volontarietà della tipologia contrattuale prescelta, in sé strutturalmente precaria, non solo non pregiudica, ma anzi giustifica il riconoscimento del diritto a un trattamento indennitario per il periodo di attesa e di non lavoro» (52).

---

le, a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 160/1974, era stata prevista la possibilità di godere dell'indennità di disoccupaizone) al lavoro *part-time* verticale su base annua perché «rispetto al lavoro stagionale il tipo contrattuale del tempo parziale verticale presenta sicuri elementi di differenziazione. In particolare, nel lavoro stagionale il rapporto cessa a fine stagione, sia pure in vista di una probabile nuova assunzione stagionale; nel lavoro a tempo parziale verticale invece il rapporto prosegue anche durante il periodo di sosta, pur con la sospensione delle corrispettive prestazioni, in attesa dell'inizio della nuova fase lavorativa».

(52) R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 45. Il tema della disoccupazione nel *part-time* verticale ha sollevato negli anni un nutrito dibattito in dottrina in conseguenza di contrastanti orientamenti giurisprudenziali. Vedi, tra gli altri: C. Lagala, *Le diverse funzioni dell'indennità di disoccupazione e la tutela dei lavoratori part-time*, in *LG*, 2002, p. 825; R. Riverso, *L'indennità di disoccupazione negata nel part-time verticale: ritorna il dogma della volontà nel rapporto di lavoro*, in *LG*, 2003, 5, p. 406; M. Brollo, *Part-time: proposte di modifica*, in *DPL*, 1995, p. 598; A. Lo Faro, *La regolamentazione del part-time in Europa*, in *DLRI*, 2000, p. 603; A. Andreoni, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione: chi ha paura della Corte Costituzionale*, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 442; A. Niccolai, *Indennità di disoccupazione e part-time verticale*, in *MGL*, 2003, p. 275; F. Rotondi, A. Quarto, *Part-time verticale e indennità di disoccupazione per i periodi di inattività*, in *DPL*, 2003, p. 1071; F. Agostini, *Indennità di disoccupazione e lavoro part-time*, in q. *Riv.*, 1999, p. 91; I. Marimpietri, *Part-time di tipo verticale su base annua ed indennità di disoccupazione*, in *DL*, 1-2, 2004, II, p. 101; M. Giovedì, *Sull'indennità di disoccupazione nel lavoro a tempo parziale verticale*, in *RIDL*, 2003, II, p. 911; G. Del Borello, *L'indennità di disoccupazione nel part-time verticale*, in *IPREV*, 2003, p. 1029; L. Sgarbi, *Part-time verticale e involontarietà dello stato di disoccupazione*, in *LG*, 1997, p. 318; A. Pessi, *Disoccupazione e* part-time *verticale*, in *ADL*, n. 3/2006, p. 817. Mi si consenta, infine, il rinvio a: N. Paci, *Evoluzione, e involuzione, della giurisprudenza sull'indennità di disoccupazione nel part-time verticale* (Commento a Pretura di Ravenna, sentenza 12 settembre 2000), in *LG*, n. 1/2001, p. 69; N. Paci, *Riflessioni in tema di indennità di disoccupazione e disoccupazione involontaria. In particolare il caso delle dimissioni per giusta causa*, in *LG*, n. 12/2002, p. 1139.

Mentre, ancora, di fronte al medesimo evento dannoso, la disoccupazione, i lavoratori non sono tutti uguali e la loro tutela è direttamente proporzionale alla forza (misurata in termini di anzianità e di stabilità del contratto di lavoro) del legame che li stringe all'impresa (53). Vi è un evidente scollamento tra i soggetti destinatari dei trattamenti contro il rischio di disoccupazione e quelli effettivamente e maggiormente esposti al rischio stesso (54). Non solo; l'aumento dei rapporti contrattuali «precari» determina uno spostamento del rischio dell'interruzione del rapporto e quindi del reddito dalle imprese verso tali lavoratori, e ciò dovrebbe essere coerentemente compensato da una retribuzione più elevata, mentre l'evidenza empirica mostra che avviene esattamente il contrario: tali lavoratori hanno minore forza contrattuale, sono poco sindacalizzati e quindi sono destinati a restare «intrappolati» in rapporti di lavoro discontinui e con salari sempre più bassi (55).

---

(53) L'impresa è, quindi, il luogo unico di tutela sia durante che dopo il rapporto di lavoro. Così A. Di Stasi, *Questione metodologica e principio di solidarietà*, in *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 57. Tale dicotomia dipende dal tipo di mercato che ha caratterizzato la struttura economica dalla rivoluzione industriale in poi, basata sul modello dell'impresa fordista in cui è l'impresa stessa il terreno fertile delle tutele, in quanto è anche l'unico fulcro dell'organizzazione sindacale. Cfr.: M. G. Garofalo, *Eccedenze di personale e conflitto: profili giuridici*, in *DLRI*, 1990, n. 46, p. 235; U. Carabelli, *Crisi, impresa e lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 1990; M. Miscione, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Kluwer Ipsoa, 2001, p. 305; A. Allamprese, G. Naccari, *Diritti e ammortizzatori sociali per i lavoratori delle imprese sopra e sotto la soglia dei 15 dipendenti: omogeneità e differenze di trattamento*, in q. *Riv.*, n. 2/2004, p. 231.

(54) Ma anche tra gli stessi *insiders*, si è visto, esiste una sproporzione tra beneficiari degli interventi ed effettiva tutela: la tutela più forte, infatti, cioè quella data dall'indennità di mobilità o dalla C.I.G.S., copre solo il 32% dell'intera platea di lavoratori (corrispondente a circa 2,9 milioni di lavoratori, fonte I.N.P.S.), contro il 90% dei lavoratori potenzialmente assicurabili dell'indennità di disoccupazione ordinaria, che però costituisce il trattamento con il tasso di sostituzione più basso e la durata temporale minore. Così G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45.

(55) Così G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45. A ciò si aggiunga, poi, che secondo i nuovi citati obblighi di politica attiva, tali lavoratori – nei periodi ormai fisiologici di disoccupazione tra un lavoro a termine e un altro – sono tenuti (per non perdere lo stato di disoccupazione e il relativo trattamento economico) ad accettare offerte di lavoro anche se con una retribuzione fino al 20% inferiore alla precedente.

Esistono ancora, da un lato, aree a differente grado di copertura, e dall'altro, aree del tutto sprovviste: apprendistato (56), *part-time*, lavoro a chiamata e lavoro ripartito; tutte tipologie contrattuali che riguardano, come noto, soprattutto i giovani e le donne.

A dispetto di ciò, i disoccupati italiani sono soprattutto giovani tra i 25 e i 34 anni (33%); seguono i giovani al di sotto dei 25 anni (26%) e quelli dai 35 ai 44 anni (23%). E il motivo più frequente di perdita del lavoro precedente (33%) è la fine di un contratto a tempo determinato (57). Quindi la maggior parte dei disoccupati italiani è associata alla cd. condizione di «figlio» (45%), precedentemente occupato in lavori di tipo temporaneo e quindi con scarsi o nulli requisiti di accesso al sistema di protezione del reddito (58). Lavoro che, se finora è stato sopportabile dai «figli» grazie all'unico ammortizzatore sociale per loro esistente, la famiglia (59), non sarà di certo più in grado di soddisfare le primarie esigenze di vita di quella famiglia che i figli di oggi, divenuti padri, avranno domani.

Si reclama, quindi, da più parti la necessità di un intervento normativo di riforma in grado di venire incontro a tali nuovi bisogni, passando a un sistema di solidarietà finanziato dalla fiscalità generale che permetta di riconfigurare lo statuto protettivo del lavoratore per le fasi di transizione da un impiego all'altro (60).

5. — *Alcune proposte di riforma e la necessità di un sistema «dedicato» per i lavoratori* non standard — Occorre a questo punto segnalare che esistono già delle proposte organiche di riforma degli ammortizzatori sociali.

---

(56) L'apprendistato oggi resta irrazionalmente escluso dalla tutela contro la disoccupazione, nonostante il suo rafforzamento con la riforma Biagi, in termini non solo di durata (che può arrivare fino a sei anni), ma anche dei suoi destinatari, che non sono più solo gli adolescenti fino ai 18 anni, ma anche gli adulti fino ai 29.

(57) S. Porcari, *Protezione sociale e disoccupazione in Italia*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, cit., p. 58.

(58) *Ibidem*, p. 63.

(59) E. Belli, F. Rossi, *Disoccupazione e strumenti di sostegno del reddito*, in De Caprariis, *Mercato del lavoro e ammortizzatori sociali*, Il Mulino, 1999, p. 23; Negri, Saraceno, *Povertà, disoccupazione ed esclusione sociale*, cit.; M. Paci, A. Melone, *Welfare State*, Ediesse, Roma, 1997, p. 61; M. Paci, *Nuovi lavori, nuovo* welfare, Il Mulino, Bologna, 2005; T. Boeri, *Uno stato asociale*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 3; Porcari, *Protezione sociale e disoccupazione in Italia*, *op. cit.*, p. 44.

(60) M. D'Onghia, *Le nuove prestazioni «flessibili» e la tutela per la mancanza di lavoro*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 98.

Senza soffermarsi sulle precedenti proposte di riforma (61) non andate a buon fine, come quelle della Commissione Onofri (62) del 1997 o quelle contenute nella legge delega n. 144/1999, oltre al più recente d.d.l. 848-*bis* del 2001 (63), qui preme prendere in considerazione solo

(61) Per una ricostruzione completa delle varie proposte di riforma che si sono succedute negli ultimi anni, vedi: C. Lagala, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001, pp. 190 ss.; F. Liso, *Il problema della riforma degli ammortizzatori sociali nell'iniziativa del governo*, in Aa.Vv., *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, Torino, 2002, p. 119; C. Sunna, *I percorsi della riforma degli ammortizzatori sociali*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 143 ss.

(62) Commissione per l'analisi delle compatibilità macro-economiche della spesa sociale, nominata dalla Presidenza del Consiglio all'inizio del 1997. La Commissione Onofri, ha elaborato un'ipotesi di revisione generale degli ammortizzatori sociali. La proposta, contenuta nella Relazione finale presentata il 28 febbraio 1997, parte dall'analisi dei punti deboli dell'attuale sistema con lo scopo di ridurne le «incoerenze e iniquità» che reclamano una revisione complessiva del sistema. Lo studio sottolinea, tra le altre cose: l'esistenza di innumerevoli iniquità di trattamento (criteri di eleggibilità, durata, ammontare dei benefici), ricollegabili in larga parte al prevalere di meccanismi di pressione che escludono i gruppi meno rappresentati; il proliferare di forme di intervento; l'assenza di veri e propri strumenti di assistenza, per cui convivono situazioni di forte bisogno e disagio sociale con l'utilizzo improprio e assistenzialistico di strumenti che dovrebbero avere natura temporanea e servire ai processi fisiologici di mobilità e reinserimento lavorativo. A fronte di tale quadro «disorganico e quasi ingovernabile, caratterizzato da successive sovrapposizioni prive di qualunque visione d'insieme dei problemi», la Commissione propone di organizzare gli ammortizzatori sociali all'interno di un sistema strutturato su tre livelli: in primo luogo, l'ipotesi di integrazione al reddito per il caso di sospensione temporanea con conservazione del rapporto di lavoro; in secondo luogo, il trattamento di disoccupazione riservato ai lavoratori che, invece, perdono del tutto la precedente occupazione; infine, l'intervento assistenziale, da erogare in caso di esaurimento del diritto alle precedenti prestazioni. Il terzo livello costituisce il livello assistenziale, per ora inesistente nel nostro sistema (almeno come livello a sé stante), volto a intervenire per i casi di esaurimento dei diritti agli altri benefici o per i casi di esclusione sociale. Si tratterebbe di un nuovo trattamento di tipo universalistico, finanziato dal prelievo fiscale e volto a tutelare non solo i lavoratori, ma in generale tutti i cittadini che si trovino in stato di bisogno e a rischio di emarginazione.

(63) In proposito si è osservato che ci vogliono «capacità divinatorie per comprendere che cosa effettivamente si nasconda dietro le generiche e confuse proposizioni in cui quella delega si articola. In ogni caso, non si fanno esplicitamente i conti con il problema del lavoro precario». Così F. Liso, *La tutela per la mancanza di lavoro tra vecchi e nuovi ammortizzatori sociali*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 29. Della stessa opinione anche R. Riverso, *L'involontarietà della disoccupazione quale condizione per la tutela previdenziale*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 56.

le ultime in ordine cronologico, in quanto sono quelle su cui probabilmente si concentrerà il prossimo confronto legislativo, se e quando si deciderà di procedere alla tanto attesa riforma.

Ci si riferisce, in particolare, al d.d.l. Treu (Atto Senato n. 1674 dell'agosto 2002) «Diritti di sicurezza sociale in materia di tutela attiva del lavoro e del reddito» (64) e al «Progetto di legge sulla salvaguardia dell'occupazione, sulla qualità del lavoro e sulla garanzia dei redditi» proposto dalla C.G.I.L. nel marzo del 2003 (65).

Il primo prevede, in estrema sintesi, tre novità di grande rilievo. La prima consiste nella previsione di un trattamento unico di disoccupazione ordinaria, volto a sostituire e ricomprendere i diversi trattamenti a oggi esistenti e, soprattutto, l'indennità di mobilità. Tale trattamento, disciplinato all'art. 16, sarebbe poi aumentato in termini di generosità e durata arrivando ai livelli europei: 60% di tasso di sostituzione per i primi 12 mesi, ridotto a 40% e poi 30% nei mesi successivi. Tale previsione non esclude il mantenimento dell'indennità a requisiti ridotti (che andrebbe a inglobare anche la disoccupazione agricola), di cui però ne vengono disciplinati in modo più severo i controlli sull'effettivo stato di disoccupazione dei beneficiari.

La seconda fondamentale novità consiste nell'auspicata e improrogabile estensione dei trattamenti di disoccupazione (sia ordinaria, secondo l'art. 18, che a requisiti ridotti, *ex* art. 21) anche ai lavoratori non subordinati, quindi non *standard*, ma definiti «economicamente dipendenti» (sostanzialmente tutta l'ampia area delle collaborazioni coordinate e continuative e ora anche quelle dei lavoratori a progetto).

Terza novità di non poco conto è la previsione di un Titolo terzo dedicato ai giovani disoccupati e inoccupati: l'art. 23, in particolare, prevede una dotazione finanziaria di 15.000 euro in favore dei giovani dai 18 ai 25 anni finalizzata a permettere una formazione post-secondaria o lo svolgimento di un'attività imprenditoriale o professionale, in nome del principio dell'uguaglianza delle opportunità. Il d.d.l. Treu è sta-

(64) L'Ulivo ha presentato tre diversi disegni di legge: la «Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori», «La riforma del processo del lavoro» e «I diritti di sicurezza sociale» per quanto riguarda gli ammortizzatori sociali.

(65) La C.G.I.L. ha presentato quattro proposte di legge di iniziativa popolare: per la riforma degli ammortizzatori sociali e la salvaguardia dell'occupazione; per una maggiore copertura dei lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati; per rendere più rapidi i processi che trattano controversie di licenziamento; e, infine, per estendere i diritti dei lavoratori atipici. Vedi www.cgil.it/giuridico.

to accolto in dottrina come il programma più articolato e organico (66), che «avvierebbe un importante processo redistributivo mirato a fornire solidarietà rispetto ai soggetti più esposti alle discontinuità occupazionali» (67).

La proposta di riforma degli ammortizzatori sociali della C.G.I.L. si pone all'interno di un programma di più generale estensione dei diritti dei lavoratori, a partire dalla riscrittura dell'art. 2094 cod. civ. (68), comprendendovi per la prima volta anche tutta la vasta categoria dei lavoratori parasubordinati o delle cd. collaborazioni (di cui al comma 3 del nuovo art. 2094 cod. civ.).

---

(66) C. Sunna, *I percorsi della riforma degli ammortizzatori sociali*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 145 ss.

(67) Così F. Liso, *La tutela per la mancanza di lavoro tra vecchi e nuovi ammortizzatori sociali*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 30 ss. L'Autore sottolinea l'importanza di tale disegno di legge per le seguenti innovazioni: a) trattamento universalistico (destinato a lavoratori subordinati e non, anche della pubblica amministrazione); il coinvolgimento nell'obbligo contributivo anche dei lavoratori (come in tutta Europa); la previsione di contributi addizionali per i datori che favoriscono la precarietà (con contratti a termine o licenziamenti per giustificato motivo oggettivo); b) la previsione di un trattamento unico, ponendo fine ai trattamenti speciali (compresa l'indennità di mobilità) e le relative disparità di trattamento; c) una rivoluzione del sistema a requisiti ridotti che acquisterebbe, anche da un punto di vista formale, la funzione di integrazione del reddito (ma solo fino a una certa soglia di reddito familiare); d) l'estensione dei trattamenti di disoccupazione anche ai lavoratori economicamente dipendenti; e) l'estensione dell'ambito di applicazione della C.I.G.; f) il ricorso agli enti bilaterali per forme integrative; g) l'introduzione di forme di finanziamento per i giovani.

(68) La riscrittura dell'art. 2094 cod. civ. è contenuta nell'art. 1 della «Proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla C.G.I.L. sulla estensione dei diritti dei lavoratori» e così recita: «1. Con il contratto di lavoro, che si reputa a tempo indeterminato salve le eccezioni legislativamente previste, il lavoratore si obbliga, mediante retribuzione, a prestare la propria attività intellettuale o manuale in via continuativa all'impresa o diversa attività organizzata da altri, con destinazione esclusiva del risultato al datore di lavoro. 2. Il contratto di lavoro deve prevedere mansioni, categoria, qualifica e trattamento economico e normativo da attribuire al lavoratore. 3. L'eventuale esclusione, per accordo tra le parti espresso o per fatti concludenti, dell'esercizio da parte del datore dei poteri di cui agli artt. 2103, primo e secondo periodo, 2104, comma 2, 2106, nonché dell'applicazione degli artt. 2100, 2101, 2102, 2108 cod. civ. e dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, non comporta l'esclusione dei prestatori di lavoro interessati dalla fruizione delle discipline generali di tutela del lavoro previsti dal codice civile e dalle leggi speciali, né può dar luogo a trattamenti economico-normativi inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi applicati agli altri lavoratori dipendenti della medesima impresa. 4. L'accordo di cui al comma 3, qualora intervenga fra i contraenti di un contratto di lavoro in corso di e-

L'impostazione della proposta della C.G.I.L. si distingue dal d.d.l. Treu perché punta soprattutto sui tradizionali ammortizzatori sociali «di tipo conservativo» (C.I.G.S. straordinaria, contratti di solidarietà e, ancora più a monte, si propone un piano sociale di impresa incentrato su formazione e mobilità intra-aziendale) e su un ritorno al contratto a tempo indeterminato come regola da derogare solo in casi tassativi (in pratica si torna a prima del d.lgs. n. 368/2001). Inoltre, la posizione della C.G.I.L. si oppone alla scelta del d.d.l. Treu di «prevedere una disciplina uniforme per tutti i settori, né, per altro verso, abbassare il baricentro della tutela puntando su indennità di disoccupazione, invece che su misure di prevenzione della crisi occupazionale e della disoccupazione stessa» (69). In altri termini, il progetto rivisita e rielabora istituti già esistenti, riorganizzandoli intorno all'idea guida di accordare la priorità a strumenti conservativi dell'occupazione e di governo dell'esuberanza, mantenendo come punti di forza la C.I.G.S. e l'indennità di mobilità, coperti sempre all'80% della retribuzione perduta, seppure estesi finalmente a tutti i lavoratori (comprese le collaborazioni) indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa. Mentre il trattamento di disoccupazione si attesterebbe, come nel d.d.l. Treu, sul 60% della retribuzione per 12 mesi (ma con un massimale di 1000 euro).

Ciò che qui preme evidenziare è che la proposta C.G.I.L. prevede un nutrito pacchetto di tutele di solidarietà, diretto proprio a quei soggetti che, come visto, sono maggiormente colpiti dalla precarizzazione del mercato del lavoro (giovani, lavoratori precari o discontinui e, più in generale, soggetti svantaggiati). Gli istituti previsti sono tre: il sostegno al reddito da lavoro per tutti i lavoratori a basso reddito (art. 35); l'istituzione del reddito minimo di inserimento per le persone svantaggiate a rischio di marginalità sociale (artt. 37-48); similmente al d.d.l. Treu, il sostegno finanziario per i giovani consistente nell'assegnazione di 15.000 euro a titolo di credito senza interessi per svolgere attività di formazione o imprenditoriale (artt. 49-51). Inoltre, il progetto di riforma della C.G.I.L. ha il pregio di assicurare medesimi diritti e garanzie (in particolare di tipo previdenziale, ma anche di maternità, malattia, ferie, infortuni, divieto di licenziamento senza giusta causa) a tutti i lavoratori che prestano la loro opera personalmente e in modo continuativo presso lo stesso datore di lavoro.

---

secuzione, non costituisce novazione del rapporto di lavoro né può comportare per il lavoratore peggioramenti di trattamento economico-normativo».

(69) Come si legge nella Relazione al progetto.

Entrambe le proposte, infine, sono sensibili al tema dei controlli, al duplice fine di verificare che gli interventi vengano destinati a chi ne ha realmente bisogno e di contribuire alla lotta al lavoro sommerso o irregolare. In particolare, il d.d.l. Treu detta disposizioni in materia di decadenza dai trattamenti volte a contrastare il lavoro nero (art. 16, commi 12, 13 e 14) e, per la disoccupazione a requisiti ridotti, in quanto forma di sostegno a carico della finanza pubblica (cioè di «trattamento che si colloca fuori dall'ordinario rapporto assicurativo»), prevede forme di controllo dell'effettività dello stato di disoccupazione e di *test* di prova dei mezzi (art. 17, commi 3 e 4) (70), proprio per evitare che «le politiche di sostegno monetario al reddito possano costituire un disincentivo alla ricerca attiva di lavoro (problema di *moral hazard*) o, peggio, facciano aumentare i comportamenti opportunistici rivolti ad acquisire reddito da lavoro in forma irregolare per evitare di perdere il diritto ai benefici di *welfare*» (problema della cd. trappola della povertà) (71).

La proposta della C.G.I.L. prevede, invece, in relazione all'accesso al reddito minimo di inserimento, l'affidamento ai Comuni dell'attività di controllo della veridicità delle dichiarazioni dei beneficiari, in collaborazione con il catasto, gli uffici tecnici erariali, l'anagrafe, il Ministero delle finanze e gli Enti che erogano prestazioni previdenziali e assistenziali (art. 44), e l'istituzione di un sistema informativo dei servizi sociali (contenente tutti i dati relativi alle caratteristiche familiari e sociali dei soggetti beneficiari del R.M.I., le caratteristiche dei programmi di integrazione sociale, la durata e l'importo della prestazione, le ragioni dell'eventuale riduzione, sospensione, cessazione) utilizzabile dalle amministrazioni competenti per le attività di monitoraggio (art. 48).

---

(70) Il trattamento di disoccupazione a requisiti ridotti non spetta quando non risulti accertato lo stato di disoccupazione per tutte le giornate non lavorate (art. 17, comma 3) e, comunque, lo stesso spetta solo fino a concorrenza di un reddito familiare pari a euro 16.000 calcolato in base all'I.S.E.E. (art. 17, comma 4).

(71) Come si legge nel testo introduttivo al d.d.l. Una delle principali accuse che vengono rivolte ai sistemi impostati principalmente su politiche passive è quella di creare una sorta di dipendenza dai sussidi di disoccupazione. Tale fenomeno, definito trappola della disoccupazione, si sostanzia in quel circolo vizioso per cui il disoccupato risulta disincentivato dall'accettare un nuovo impiego perché il salario, presumibilmente basso, sarebbe comunque inferiore al reddito di cui gode sommando l'ammontare del trattamento di disoccupazione a quello di altre prestazioni assistenziali dirette sempre alle stesse fasce deboli della popolazione (ad esempio: assegni familiari, alloggi, esenzioni fiscali).

A questo punto, per valutare qual è la strada migliore da percorrere, può essere utile dare uno sguardo alle scelte compiute da altri paesi europei. Ormai da un decennio, infatti, in tutta Europa si vive un periodo di riforma dei sistemi di *welfare* e in particolare di modifica dei sistemi di protezione del reddito dei disoccupati (72). Sono molti i paesi europei che, visto il diffondersi di contratti di lavoro cd. *non standard*, hanno progressivamente esteso le tutele anche a questi lavoratori (73).

È importante notare, infatti, come nella maggioranza dei paesi europei (Finlandia, Danimarca, Regno Unito, Germania, Austria, Francia, Spagna, Portogallo) è stato introdotto, accanto al primo livello di tutela assicurativa per l'evento disoccupazione, un secondo livello, di fonte assistenziale cd. «dedicato», cioè rivolto ai lavoratori disoccupati che non rientrano nel primo per mancanza dei requisiti di anzianità contributiva (o per avere esaurito il diritto al trattamento senza avere ancora tro-

(72) T. Boeri, *Uno stato asociale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 31 ss. L'Autore afferma che oggi l'Europa è tutto un cantiere: quasi duecento riforme in dodici anni. Per una ricostruzione delle riforme avvenute nei vari paesi europei, vedi: M. Tiraboschi, *Le prestazioni di disoccupazione in Europa*, in www.csmb.unimo.it; Aa.Vv., *La protezione sociale del lavoro non standard*, in *LD*, n. 3/2003; G. De Caprariis, *Mercato del lavoro e ammortizzatori sociali*, Il Mulino, Bologna, 1999. In particolare, per la Francia: J. P. Laborde, *La protezione sociale dei lavoratori atipici nel diritto francese*, in *LD*, n. 3/2003, p. 371; A. Daguerre, B. Palier, *Francia*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, 2004, p. 195. Per la Spagna: S. G. Ortega, *La protezione sociale dei lavoratori atipici in Spagna*, in *LD*, n. 3/2003, p. 385. Per l'Italia: P. Sandulli, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *LD*, n. 3/2003, p. 409. Per la Germania, K. J. Bieback, *La tutela sociale dei rapporti di lavoro atipici in Germania*, in *LD*, n. 3/2003, p. 441. Per i Paesi Bassi: G. Heerma van Voss, *La protezione sociale dei lavoratori atipici nei Paesi Bassi*, in *LD*, n. 3/2003, p. 471. Per l'Ungheria: C. Kollonay Lehoczky, *La protezione sociale del lavoro non standard nel sistema ungherese nell'ambito del mercato del lavoro europeo*, in *LD*, n. 3/2003, p. 493. Per la Polonia: D. Stateczny, *La protezione sociale dei lavoratori atipici in Polonia*, in *LD*, n. 3/2003, p. 525. Per il Regno Unito: J. Clasen, *Regno Unito*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, 2004, p. 103. Per il Belgio: B. Cantillon, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, 2004, p. 151. Per la Danimarca: N. Ploug, *Danimarca*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, 2004, p. 237. Per il Portogallo: L. Imaginàrio, *Portogallo*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, 2004, p. 273. Per i paesi dell'Europa dell'Est, vedi: D. A. Sotiropoulos, *Dopo la transizione: povertà disuguaglianze e sistemi assistenziali nell'Europa dell'Est*, in *RPS*, n. 1/2004, p. 197; R. Misci, S. Perini, *I sistemi di sicurezza sociale nei paesi dell'Europa centrale e orientale*, in *RPS*, n. 1/2004, p. 249.

(73) Porcari, *Protezione sociale e disoccupazione in Italia*, cit., p. 89; Ferrera, *La protezione contro la disoccupazione in Europa*, cit., p. 38.

vato un nuovo impiego) (74). Si tratta di una tutela di fonte assistenziale (cioè il cui finanziamento è di origine fiscale generale), ma che si distingue e si aggiunge a quella cd. di terzo livello, sempre assistenziale ma «generale», diretta a fornire un reddito minimo garantito a chi si trova in condizioni di povertà, indipendentemente dallo *status* di lavoratore. Tale ultima forma di sostegno assistenziale – che è indirizzata non solo ai lavoratori, ma alla generalità dei cittadini poveri – pure esiste come forma autonoma di tutela in tutti i paesi europei, Grecia e Italia escluse.

È chiaro che anche in Italia è divenuta ormai urgente l'esigenza di introdurre tutele *ad hoc* e di predisporre un sistema di protezione del reddito di fonte assistenziale per i disoccupati (o inoccupati) esclusi dai lavori *standard* e, quindi, dalla tutela assicurativa (75).

Nel nostro paese, in effetti, tutti gli strumenti di sostegno del reddito posti dalla legislazione italiana a tutela della disoccupazione sono strumenti di origine assicurativa (almeno da un punto di vista formale) e volti a proteggere non tutti i soggetti in cerca di occupazione, ma solo i disoccupati provenienti da una precedente stabile occupazione, cioè lavoratori che sono già da tempo inseriti nel mercato del lavoro (i cd. lavoratori *standard*, a tempo pieno e indeterminato) (76). In altri termini, non esiste un regime universalistico di solidarietà a tutela del disoccupato che non rientri nel sistema assicurativo (77) (cioè l'inoccupato o il la-

(74) M. Ferrera, *La protezione contro la disoccupazione in Europa: osservazioni comparative e implicazioni per l'Italia*, in *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 14.

(75) Treu, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001, *op. cit.*; F. Liso, *La gestione delle eccedenze di lavoro in Europa: valutazione d'assieme*, in *EL*, 1994, nn. 3-4, p. 155; S. Ciucciovino, *Misure della ricollocazione dei lavoratori «eccedenti»: la manutenzione del capitale umano*, in *DL*, 1996, Parte I, pp. 350 ss.

(76) Anche dal punto di vista previdenziale: M. Persiani, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *PAPP*, n. 4/2004, p. 995; P. Sandulli, *La tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *LD*, n. 3/2003, p. 409; C. Lagala, *Un* welfare *compassionevole per i lavoratori precari?*, in q. *Riv.*, n. 3/2004, p. 363.

(77) A tale esigenza erano destinati i sussidi straordinari di disoccupazione (introdotti con il d.lgs. 20 maggio 1946, n. 373), diretti a coloro che, avendo già goduto dell'indennità ordinaria di disoccupazione per il periodo massimo previsto dalla legge o non potendo far valere il minimo contributivo richiesto per l'acquisizione del diritto all'indennità, rimanevano privi di assistenza. Ma l'esistenza di tale istituto, tuttavia, non è mai stata sufficiente per costituire un separato regime di tutela assistenziale cd. «dedicato» per i disoccupati esclusi da altre tutele, e ciò per due ordini di ragioni: da un lato, il limitato ambito di applicazione dello stesso, riservato solo a determinate categorie professionali e zone geografiche e, dall'altro, l'ec-

voratore *non standard* o disoccupato che, dopo aver terminato il diritto al trattamento assicurativo, si trova ancora in stato di disoccupazione involontaria) (78), così come, invece, avviene nella maggior parte dei paesi europei.

Si potrebbe obiettare che un tale sistema cd. dedicato in Italia esiste già e sarebbe quello della disoccupazione agricola e a requisiti ridotti che, pur essendo formalmente di stampo assicurativo, è nella sostanza un sistema assistenziale che si basa sulla solidarietà informale dello Stato e degli altri lavoratori. A rigore, infatti, occorre precisare che in Italia pressoché tutti gli istituti, pur avendo un'impostazione contributivo-assicurativa, godono anche di contributi statali (79). D'altro canto, il contributo statale risulta necessario perché non sempre il finanziamento assicu-

---

cezionalità della sua previsione, condizionata dall'emanazione di un decreto ministeriale diretto a intervenire, di volta in volta, in specifici casi di emergenza.

(78) Così come era stato già, in parte, previsto dalla Commissione Onofri, vedi *retro*, nota 62.

(79) Il finanziamento del regime di assicurazione contro la disoccupazione varia a seconda del tipo di trattamento. In generale vi è sempre una combinazione tra fondi pubblici e contributi delle aziende; inoltre, per la disoccupazione, non vi è uno specifico finanziamento a carico del lavoratore il quale è tenuto a versare solo i normali contributi I.V.S. (Invalidità-Vecchiaia-Superstiti). Al contrario, i datori di lavoro sono chiamati a partecipare con aliquote differenziate per settore; per lo più si tratta di un contributo pari all'1,61% per ogni lavoratore per la disoccupazione ordinaria; regole a parte valgono per l'indennità di mobilità. Quest'ultima è finanziata, oltre che dallo Stato, anche dalle imprese che ne possono beneficiare: l'art. 16, comma 2, lett. *a*, della legge n. 223/1991 prevede un contributo permanente pari allo 0,30% delle retribuzioni assoggettate al contributo integrativo per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria. Inoltre è previsto un contributo aggiuntivo a carico dell'azienda che ne usufruisce: dovrà corrispondere ratealmente all'I.N.P.S. (anticipandone una quota all'atto stesso dell'avvio della procedura di mobilità), e per ogni lavoratore posto in mobilità, una somma pari a sei volte il trattamento mensile spettante al lavoratore (somma dimezzata se sulla mobilità vi è stato il consenso del sindacato: art. 5, legge n. 223/1991). La somma versata dall'impresa è recuperata in tutto o in parte mediante conguaglio con i contributi dovuto all'I.N.P.S. o sospensione delle rate ancora dovute, se l'impresa rinuncia a collocare in mobilità i lavoratori o ne colloca un numero inferiore (artt. 4, comma 10, e 5, comma 5, legge n. 223/1991). Per quanto riguarda il finanziamento della C.I.G.O., oltre all'intervento dello Stato, vi è con un contributo ordinario (che va dall'1,90% al 2,20%) a carico dell'imprenditore e uno addizionale (dal 4 all'8% dell'integrazione salariale corrisposta) per le imprese che concretamente se ne avvalgono; per la C.I.G.S. è previsto, oltre ai contributi ordinario (0,60%) e addizionale (4,5%-3%) a carico delle imprese (contributo che raddoppia in caso di proroghe), anche un contributo a carico del lavoratore (0,30%). Il pagamento avviene attraverso un anticipo da parte dell'imprenditore (salvo comprovate difficoltà finanziarie) e successivo conguaglio con l'I.N.P.S.

rativo riesce a soddisfare la richiesta di prestazioni (80). Questo perché in Italia vi è stato nel tempo il progressivo distacco dalle logiche di stretta equivalenza tra contribuzione e previdenza (per gli ammortizzatori sociali, diversamente che per le pensioni), nel senso che l'evoluzione legislativa ha mostrato una progressiva tensione verso una previdenza in cui non vi è una necessaria corrispondenza tra i soggetti che versano i contributi e quelli che ne usufruiscono: si vuole fare riferimento, ad esempio, al frequente fenomeno della solidarietà tra diverse gestioni (81). È il caso, appunto, della disoccupazione agricola o a requisiti ridotti, i cui beneficiari ricevono venti volte di più di quanto versato in contributi (82). Ciò ha determinato un continuo *deficit* economico della previdenza agricola e a requisiti ridotti, finanziata non a sufficienza dai contributi degli stessi beneficiari dell'intervento (come dovrebbe essere nella logica assicurativa), ma dalla solidarietà degli altri lavoratori appartenenti a settori più forti e dello Stato, attraverso la fiscalità generale. Si è trattato in questi casi, quindi, di un sistema in parte assicurativo e in parte assistenziale.

---

(80) Vedi L. Tronti, *Per il riordino degli ammortizzatori sociali*, in *PE*, 1998, n. 1, pp. 187 ss.

(81) C. Lagala, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Cacucci, Bari, 2001.

(82) Come calcolato da C. Lagala, *La nozione di disoccupato e gli incentivi per il reinserimento lavorativo*, in C. Lagala (a cura di), *Part-time verticale e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 155 ss.; vedi anche C. Lagala, *Precariato e Welfare in Italia*, *op. cit.*, 2005, pp. 127 ss. L'Autore evidenzia che, per quanto riguarda la prima (disoccupazione agricola), è stata introdotta con la legge n. 264/1949 (art. 32) con una funzione di garantire un reddito minimo di sopravvivenza per le famiglie povere, specie del Sud, quindi è nata sin dall'origine con una funzione diversa dalla disoccupazione ordinaria, visto che si tratta di indennizzare non lavoratori che si trovano in stato di disoccupazione «involontaria», ma, al contrario, lavoratori di un settore – quello agricolo – che prevede fisiologicamente periodi di interruzione dell'attività lavorativa e quindi di disoccupazione per così dire «forzata» o programmata. Stesso o simile discorso vale per la disoccupazione a requisiti ridotti, introdotta più tardi (con la legge n. 160/1988) con funzione di integrazione del reddito dei lavoratori cd. stagionali, soprattutto giovani (40% sono trentenni), donne (60%), impiegati nel settore della scuola ed edilizia (insieme il 50% del totale), poi turismo e commercio. Si tratta di lavoratori stagionali che contano in media dalle 90 alle 150 giornate di lavoro all'anno; lavoratori decuplicati nell'ultimo decennio e destinati ad aumentare nel prossimo futuro anche grazie al d.lgs. n. 276/2003. Costituisce quindi una gestione che pesa sulle casse previdenziali (15% della spesa totale per gli ammortizzatori sociali) senza reggersi da sola, ma soprattutto con la solidarietà delle altre gestioni e della fiscalità generale, visto che anche qui i contributi versati sono solo una minima parte di quanto ricevuto.

Ma tale «ibridazione» finanziaria, lungi dall'essere un vantaggio, diventa invece un ulteriore elemento di iniquità (83): infatti, non esistendo un separato e universale regime di assistenza per gli esclusi dal sistema assicurativo, la solidarietà dello Stato (e quella tra lavoratori assicurati) viene indirizzata a favore sempre delle stesse categorie (84). Si prospetta, così, una netta e ingiusta separazione tra coloro che godono di una forte e lunga protezione (lavoratori dipendenti da imprese medio-grandi), coloro che godono di una protezione debole (lavoratori dipendenti da piccole imprese, lavoratori stagionali agricoli e 78isti) e coloro che ne sono, invece, totalmente sprovvisti (85) (lavoratori al termine del trattamento previdenziale, lavoratori *part-time*, a prestazioni ripartite, a chiamata, lavoratori *non standard* cd. economicamente dipendenti, apprendisti, inoccupati ecc). Proprio per questo da più parti si auspica, invece, la netta separazione dei due regimi in assistenziale e assicurativo (86).

(83) D. Franco, *Il finanziamento delle spese sociali: vantaggi e limiti di un ritorno al criterio della controprestazione*, in *PE*, 1991, pp. 25 ss.

(84) Così, V. Simi, *Un'esigenza che si impone: la scissione, effettiva oltre che concettuale, tra previdenza ed assistenza sociale*, in *RPS*, 1979, p. 557. La figura più protetta è, infatti, come si è visto, quella del lavoratore dell'industria medio-grande, il quale può usufruire della C.I.G.O., della C.I.G.S., dell'Indennità di mobilità e, anche e soprattutto, dei Prepensionamenti (eventualmente anche uno di seguito all'altro); così A. Di Stasi, *Questione metodologica e principio di solidarietà negli ammortizzatori sociali*, in *Quaderni di scienze giuridiche*, Giappichelli, 2002, pp. 57 ss. Ma anche tra questi cd. *insiders* si riscontrano differenze di tutela basate sull'appartenenza a un settore, al numero di dipendenti dell'impresa, alla durata e all'ammontare del trattamento. Vedi F. Liso, *La più recente legislazione di protezione del lavoro: una riflessione critica*, in *Lavoro e politiche della occupazione in Italia – Rapporto 1991-92*, Ministero del lavoro e della previdenza sociale, Roma, 1993, pp. 241 ss.; M. Mocella, *Licenziamenti collettivi, crisi aziendali e piccola impresa*, in *DL*, 1998, pp. 328 ss.; P. Magno, *L'attuazione non conforme della Direttiva 129/75 sui licenziamenti collettivi e la successiva Direttiva 56/92*, in *DL*, 1993, parte I, pp. 320 ss.

(85) Così, T. Treu, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 2001; T. Boeri, *Uno stato asociale*, Laterza, Roma-Bari, 2000; E. Belli, F. Rossi, *Disoccupati e strumenti di sostegno del reddito*, in *Mercato del lavoro e ammortizzatori sociali*, De Caprariis (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1999, p. 26; S. Renga, *Proporzionalità e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, in *LD*, n. 1/2005, p. 53; S. Borelli, *Eguaglianza e differenze nella protezione sociale dei lavoratori non-standard*, in *LD*, n. 1/2005, p. 95; G. G. Balandi, S. Renga, *La protezione sociale del lavoro non standard. Presentazione e note per una (difficile) comparazione*, in *LD*, n. 3/2003, p. 361; P. Sandulli, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *LD*, n. 3/2003, p. 409.

(86) V. Simi, *Un'esigenza che si impone: la scissione, effettiva oltre che concettuale, tra previdenza ed assistenza sociale*, in *RPS*, *op. cit.*, 1979, p. 557; S. Porcari, *Protezione so-*

L'assenza di una tutela assistenziale universale diventa oggi molto più grave rispetto al passato perché il mutamento del mercato del lavoro, come visto, ha fatto sorgere e diffondere nuove figure di lavoratori cd. *non standard* (a basso reddito, discontinui, continui ma a termine, autonomi ma economicamente dipendenti, *standard* ma a *part-time*, apprendisti, inoccupati ecc) che, pur essendo in continua crescita (87), restano esclusi da valide forme di protezione (88).

In definitiva, la scelta di separare i due regimi sarebbe non solo più coerente con il quadro europeo, ma anche più giusta e trasparente nei confronti dei beneficiari delle tutele. Infatti, la chiara distinzione tra assicurazione e assistenza permetterebbe di diversificare anche i rispettivi requisiti di accesso ai trattamenti: in altri termini, il primo livello assicurativo, collegato ai requisiti contributivi, potrebbe scattare pressoché automaticamente (89) al verificarsi del rischio disoccupazione (com'è nella logica assicurativa, appunto), senza particolari oneri di «laboriosità», essendo sufficiente per accedere alla tutela il lavoro già svolto e il versamento dei relativi contributi. Il secondo livello assistenziale cd. dedicato, invece, destinato a intervenire al termine del primo o per gli esclusi dal sistema assicurativo, essendo finanziato non dai diretti interessati ma dalla fiscalità generale, potrebbe essere legittimamente sottoposto a limiti e condizioni più ristrette (alla firma del cd. patto di servizio con i servizi per l'impiego, alla verifica della disponibilità o laboriosità del disoccupato ecc.) (90), in modo che la spesa sociale venga indirizzata, senza sprechi, verso chi ne ha effettivamente bisogno.

---

ciale e disoccupazione in Italia, *op. cit.*, 2004, p. 77; F. Mazziotti, *Il problema dell'occupazione nel diritto del lavoro*, in *DL*, 1995, p. 113; M. Trotta, *Come riformare gli ammortizzatori sociali*, in *LI*, 1999, n. 3, p. 43. Preoccupato per le conseguenze della separazione dei due regimi è C. Lagala, *Un* welfare *compassionevole per i lavoratori precari?*, in q. *Riv.*, n. 3/2004, p. 363.

(87) Il numero dei lavoratori parasubordinati, i cd. lavoratori co.co.co. (ora co.co.pro.), e, soprattutto, dei contratti a termine, è in continua crescita. Così A. Aurilio, *Le nuove regole sullo stato di disoccupazione*, in *LI*, 2000, n. 14, p. 5.

(88) G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 45; N. Negri, C. Saraceno, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 57 ss.

(89) Eccetto le ipotesi di abuso o frode, come, ad esempio, nel caso di dichiarazioni mendaci oppure di svolgimento di lavoro sommerso.

(90) È vero che un po' in tutta Europa si stanno diffondendo politiche di *workfare*, maggiormente concentrate sulle condizioni di eleggibilità o sull'introduzione di obblighi in capo al disoccupato per ottenere o mantenere il sussidio. Tali obblighi, i-

Prevedere un primo livello di tutela assicurativa «automatica», cioè senza un'indagine sull'involontarietà della disoccupazione, sarebbe più coerente anche con la tutela dei lavoratori precari e discontinui per i quali il trattamento di disoccupazione acquisterebbe una reale funzione di integrazione del reddito, una sorta di «compensazione» per aver accettato lavori ad alto rischio di precarietà. Tale ipotesi, però, potrebbe funzionare solo se il finanziamento di tale livello assicurativo fosse posto a carico di quelle imprese che più favoriscono la precarietà con un uso massiccio di contratti a termine o discontinui, come in parte previsto dal d.d.l. Treu. Quest'ultimo, infatti, introduce un contributo delle imprese modulato con riferimento alla tipologia contrattuale di riferimento, con un incremento in caso di rapporti di lavoro a termine: «in questo modo le imprese partecipano in misura più equa ai costi del sistema avendo i rapporti di tipo discontinuo una maggiore probabilità di dover ricorrere ai trattamenti di disoccupazione».

Per il livello assistenziale, invece, una capillare ed efficiente disciplina dei controlli sarebbe necessaria e legittima per un'esigenza di contenimento e razionalizzazione delle finanze pubbliche (91). Tra l'altro, la gestione a livello locale della tutela assistenziale permetterebbe dei controlli più efficienti e degli interventi più mirati alle esigenze del territorio, ma senza incontrare il conflitto di competenza tra Stato e Regioni *ex* art. 117 Cost. (di cui *retro*, par. 3), dal momento che i limiti verrebbero posti solo a trattamenti di matrice, appunto, assistenziale.

---

noltre, sono sempre più spesso formalizzati in un documento scritto, in una sorta di vincolo contrattuale tra il disoccupato e i servizi per l'impiego. In particolare, la prima di tali forme «contrattuali» è nata nel 1996 in Gran Bretagna, con la *Jobseekers Allowance* che prevede l'obbligo di firmare un accordo per la ricerca di un impiego e la disponibilità ad accettare qualsiasi offerta di lavoro entro 48 ore dalla proposta; poi, nel 1997, in Svezia sono stai introdotti i Piani di Azione Individuali e nel 2001 è stata ridotta la possibilità di rifiutare un'offerta di lavoro (anche distante dal domicilio) dopo 100 giorni di disoccupazione; nel 1998 sono stati introdotti tali Piani individualizzati in Olanda e in Germania (in questo ultimo paese non si può rifiutare, dopo 6 mesi di disoccupazione, nessuna offerta di lavoro con retribuzione superiore al sussidio di disoccupazione); sono stati introdotti nel 2001 in Francia, con l'obbligo dei disoccupati di firmare il *Plan d'Action Personalisée*, e nel 2002 in Spagna. Vedi *Sistemi di welfare e gestione del rischio economico di disoccupazione*, ISFOL, Franco Angeli, Milano 2004, p. 32. È anche vero, però, che i paesi i quali presentano le condizioni più restrittive per l'accesso al sistema (come l'Olanda e la Danimarca) sono anche quelli più generosi nell'ammontare e nella durata del sussidio: si tratta, dunque, di paesi con sistemi di tipo universale, ovvero finanziati dallo Stato.

(91) Anche per questo aspetto, come visto, il d.d.l. Treu prevede forme di controllo contro il lavoro nero e introduce il principio della prova dei mezzi.

D'altronde l'Italia è ancora il paese europeo che spende meno per le politiche del mercato del lavoro (92), ed è pertanto non solo necessario ma anche possibile (93), rafforzare ed estendere la tutela passiva di base, assicurativa e pressoché automatica, negabile solo in caso di abuso o frode, e aggiungere a essa un secondo livello «dedicato» di tutela attiva. L'introduzione di questa distinzione in due diversi pilastri sarebbe certo una rilevante innovazione rispetto al quadro normativo attuale e risponderebbe alle istanze di riforma che da anni si attendono con l'annunciata, ma mai attuata, riforma organica degli ammortizzatori sociali.

(92) Il confronto con gli altri paesi conferma che l'Italia spende poco per gli strumenti di politica attiva (0,54% del P.I.L. contro lo 0,66% della media Ue) ma, in proporzione, ancora meno per gli ammortizzatori sociali (0,61% del P.I.L. contro l'1,27% della media Ue). Inoltre dai dati Esspross sulla protezione sociale risulta che l'Italia è la «Cenerentola comunitaria», con dei tassi di copertura superiori solo a Estonia e Lituania e agli stessi livelli di Polonia, Slovacchia e Lettonia. Così G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 47.

(93) G. Geroldi, *Il sistema degli ammortizzatori sociali in Italia: aspetti critici e ipotesi di riforma*, in S. Giannini, P. Onofri, *Per lo sviluppo. Fisco e* Welfare, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 56. Secondo l'Autore i fondi per tali interventi possono essere in parte ricavati razionalizzando i visti aspetti di incoerenza dell'attuale sistema e correggendone le attuali distorsioni, con lo scopo di distribuire in modo più equo e coerente le risorse finanziarie e, soprattutto, dedicando specifica attenzione alle categorie deboli finora trascurate.

Pietro Capurso (*)

LA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO: RIFLESSI SULLE OBBLIGAZIONI CONTRIBUTIVE PREVIDENZIALI (**)

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sull'impatto della riforma del mercato del lavoro sul sistema previdenziale. — 2. Il consolidamento del modello bipolare: lavoro subordinato/lavoro autonomo. — 3. Profili contributivi della flessibilità tipologica dei rapporti di lavoro. — 3.1. La contribuzione nei sottotipi flessibili di lavoro subordinato. — 3.2. Le condizioni legali di accesso ai sottotipi flessibili. Nullità del contratto di lavoro flessibile e attrazione al tipo generale del lavoro subordinato a tempo pieno. — 3.3. La contribuzione dovuta per la prestazione di fatto eseguita in violazione della legge. — 3.4. La gestione separata come forma di tutela previdenziale dei rapporti di lavoro autonomo *non standard*. — 3.5. Il divieto di collaborazioni coordinate e continuative atipiche: la subordinazione come sanzione. — 3.6. Il problema della riconduzione del rapporto di lavoro al suo contenuto effettivo. — 3.6.1. *Segue:* Nel lavoro a progetto eseguito in regime di eterodirezione. — 3.6.2. *Segue:* Nella associazione in partecipazione resa senza effettiva partecipazione e adeguate erogazioni. — 3.6.3. *Segue:* Nella deviazione dalla realizzazione dei sottotipi flessibili di lavoro subordinato. — 4. Problematiche contributive nella dissociazione tra titolarità formale del rapporto e utilizzazione effettiva delle prestazioni di lavoro. — 4.1. La solidarietà dal lato passivo con funzione di rafforzamento della tutela del credito contributivo. — 4.2. Il lavoro in somministrazione: l'inquadramento del somministratore nel settore terziario e la deroga ai minimali di legge per il computo della contribuzione sulla indennità di disponibilità. — 4.3. Le conseguenze sulla contribuzione della adibizione del lavoratore a mansioni superiori senza regolare comunicazione al somministratore. — 4.4. La patologia del rapporto di lavoro in somministrazione, appalto e distacco. — 4.5. Nullità del contratto e costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore in funzione di conservazione atipica del contratto. — 4.6. Il problema della titolarità delle diverse azioni di nullità e di costituzione del rapporto con l'utilizzatore. — 4.7. Efficacia satisfattoria della contribuzione versata dall'interposto in esecuzione del contratto nullo. — 5. Gli effetti della certificazione sul rapporto contributivo. — 5.1. Rapporti di lavoro certificati e verbali ispettivi che ne disconoscono il con-

(*) Avvocato I.N.P.S. in Genova.

(**) Lo scritto trae spunto dalla Relazione tenuta a Genova il 19 dicembre 2005 nell'ambito degli incontri di studi organizzati dal Consiglio Superiore della Magistratura, Sezione decentrata per la Liguria, e dal Centro Studi «Domenico Napoletano», sul tema «Le riforme per il mercato del lavoro. Applicazioni e primi risultati». Le riflessioni in esso contenute rappresentano esclusivamente le opinioni dell'Autore.

tenuto. Preclusione alla iscrizione al ruolo o solo alla sua esecutorietà? — 6. Riforma dei servizi ispettivi e obbligazioni contributive. — 6.1. *Piccoli equivoci* a margine delle conciliazioni tra datore di lavoro e lavoratore che definiscono le procedure ispettive dinanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro. — 6.2. Gli orientamenti della giurisprudenza sulla assoggettabilità a contribuzione delle erogazioni effettuate a seguito di transazioni di lavoro. Il principio generale di indisponibilità della contribuzione previdenziale. — 6.3. I contributi dovuti in conseguenza di conciliazione che estingua la diffida accertativa. — 6.4. La conciliazione monocratica come transazione necessariamente non novativa. La *condicio iuris* del versamento della contribuzione dovuta sulle omissioni contributive riconosciute.

1. — *Considerazioni preliminari sull'impatto della riforma del mercato del lavoro sul sistema previdenziale* — È convincimento ormai acquisito che uno dei caratteri fondamentali della riforma del mercato del lavoro è dato dalla carente attenzione per gli aspetti previdenziali e dalla conseguente incapacità del sistema a rispondere alle aspettative pensionistiche dei cd. lavoratori *non standard* (1).

(1) Convergono su questo aspetto, con diverse sfumature, tutti gli studi in materia: per una soddisfacente panoramica, C. Lagala, *Un welfare compassionevole per i lavoratori precari?*, in q. *Riv*., 2004, I, p. 363; Idem, *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 2004, p. 395, oggi entrambi anche in C. Lagala, *Precariato e welfare in Italia*, Roma, 2005; M. Cinelli, *«Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, in *RIDL*, 2005, I, p. 225; M. Persiani, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro*, in *Prev. Ass. Pubbl. Priv*., 2004, p. 995; A. Todaro, *Flessibilità dei contratti di lavoro e aspetti previdenziali*, in *ADL*, 2004, p. 927; Idem, *L'impatto previdenziale della riforma del lavoro*, in *IPREV*, 2004, p. 447; F. Borla, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, *ivi*, 2003, p. 1505; S. Borelli, *Eguaglianza e differenze nella protezione sociale dei lavoratori non-standard*, in *LD*, 2005, p. 95; A. Avio, *Omogeneità di trattamento e incoerenze previdenziali*, *ivi*, 2005, p. 129; S. Renga, *Proporzionalità, adeguatezza e eguaglianza nella tutela sociale dei lavori*, *ivi*, 2005, p. 53; Idem, *La protezione sociale dei lavoratori a tempo parziale, ripartito e intermittente*, *ivi*, 2005, p. 245.

Per gli studi sulla flessibilità della tutela previdenziale anteriori alla riforma del mercato del lavoro cfr. S. Giubboni, *Flessibilità e diritto della previdenza sociale*, in q. *Riv*., 1999, I, p. 569; Idem, *Flessibilità delle forme di lavoro e protezione sociale. Note introduttive*, in *RDSS*, 2002, p. 419; P. Bozzao, *Dal «lavoro» alla «laboriosità», nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, *ivi*, 2003, p. 535; M. Cinelli, *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale*, in *RIDL*, 2000, I, p. 41; Idem, *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia, quale ruolo per la previdenza sociale?*, *ivi*, 1996, I, p. 339; Idem, *La protezione sociale dei lavori atipici*, in *DL*, 2000, I, p. 273; S. Piccinino, *I presupposti ed i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, *ivi*, 2000, p. 141; P. Sandulli, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavoratori atipici nell'ordinamento giuridico italiano*, in *LD*, 2003, p. 422; L. Foglia, *Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali*, *ivi*, 2003, p. 115.

Costretto dai pesanti vincoli di sostenibilità finanziaria, il legislatore – con il decreto legislativo n. 276 del 2003 – ha così disatteso a uno dei cardini fondamentali del *Libro bianco*, che espressamente prevedeva la costruzione di misure di compensazione della flessibilità.

Tecnicamente, ha prevalso la scelta di estendere ai lavoratori *non standard* forme di tutela previdenziale già esistenti, ancorché evidentemente inadeguate alla complessità e dimensione del fenomeno della frammentazione del lavoro.

La generalizzata applicazione del principio del riproporzionamento delle tutele, commisurate alle prestazioni eseguite, risponde infatti a un criterio di eguaglianza ormai solo formale, condivisibile in un modello in cui la discontinuità del lavoro costituisce fenomeno occasionale, ma che nasconde un reale disinteresse verso il destino previdenziale dei lavoratori coinvolti laddove essa sia condizione normale di collocazione nel mercato del lavoro (2).

C'è inoltre da dubitare della efficacia di quegli istituti giuridici, pur giustamente estesi e valorizzati, che permettono di sopperire alla insufficienza della contribuzione, atteso che il relativo onere economico è posto direttamente a carico del lavoratore (cd. *fai da te* previdenziale), e dunque di difficile accesso per una categoria di lavoratori che, prima ancora che problemi pensionistici, lamenta problemi retributivi.

In questo contesto, di sostanziale divaricazione tra il modello di riferimento – lavoratore subordinato a tempo pieno e con occupazione stabile – e la realtà del mercato del lavoro, l'indagine sui riflessi della riforma sulla contribuzione trae spunto dalla considerazione che, dopo l'introduzione del criterio di calcolo delle pensioni cd. contributivo, la diminuzione delle risorse economiche destinate ad affluire sulle posizioni assicurative per effetto della frammentazione dei periodi di lavoro ha diretta incidenza sul diritto e sull'importo delle prestazioni pensionistiche.

2. — *Il consolidamento del modello bipolare: lavoro subordinato/lavoro autonomo* — Con riguardo al tema centrale dell'aumento di offerta

(2) M. Cinelli, *«Nuovi lavori» e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, cit., p. 228, osserva che «il connotato di continuità che lega anche la tutela previdenziale e obbligatoria a logiche preesistenti finisce, oggi, per assumere, a fronte della disciplina dei nuovi lavori e rispetto a questa, un significato sostanzialmente diverso: rischia di rappresentare, quella continuità, il tratto terminale di un percorso avviato al capolinea; un segnale, cioè, di *fine corsa*».

di forme di lavoro *non standard*, si può subito rilevare – almeno per il profilo della contribuzione previdenziale, qui in esame – il sostanziale consolidamento, salvo quanto si dirà *sub* par. 3.4., del modello bipolare fondato sulla distinzione tra subordinazione e autonomia (3).

Anche nel rapporto contributivo questa distinzione è fondamentale, conformandosi in maniera differente la struttura della relativa obbligazione.

Nel lavoro subordinato si realizza, infatti, la scissione tra soggetto passivo della obbligazione, il datore di lavoro, responsabile nei confronti degli enti previdenziali anche per la parte a carico del lavoratore, e quest'ultimo, titolare della posizione assicurativa; opera il principio di automatismo delle prestazioni, con la conseguenza che l'ente previdenziale deve garantire le prestazioni anche in caso di mancato versamento dei contributi, rispondendo, cioè, della eventuale insolvenza del debitore. Infine, la legge prevede alcuni strumenti surrogatori in favore del lavoratore – costituzione della rendita vitalizia e risarcimento del danno – nelle ipotesi di danno pensionistico derivante dal mancato versamento della contribuzione che non è più possibile versare per intervenuta prescrizione.

Nel rapporto di lavoro autonomo la struttura dell'obbligazione è più semplice, perché essenzialmente bilaterale, con unificazione nella medesima figura del lavoratore autonomo delle posizioni di debitore dell'obbligo e di beneficiario della corrispondente prestazione, e conseguente inapplicabilità dell'automatismo delle prestazioni (4).

I sottotipi flessibili di lavoro subordinato (somministrato, intermittente, a prestazioni ripartite, a tempo parziale, a tempo determinato, in inserimento, in apprendistato) sono caratterizzati dalla flessibilizzazione delle modalità temporali della prestazione oppure dalla carenza di stabilità del rapporto, mentre i sottotipi di lavoro autonomo *non standard* (lavoro a progetto, lavoro occasionale, collaborazioni coordinate e continuative, nelle modalità residue consentite, lavoro reso in apporto nella associazione in partecipazione) comprendono le categorie dei lavoratori occasionali e di coloro che svolgono attività di lavoro autonomo con inserimento nell'organizzazione dell'impresa.

---

(3) Sul punto, con precisione, A. Sgroi, *La riforma del mercato del lavoro: riflessioni in tema di contribuzione previdenziale obbligatoria*, in *Dir. merc. lav*., 2004, p. 423.

(4) Giurisprudenza consolidata: Cass., 24 marzo 2005, n. 6340; Cass., 15 maggio 2003, n. 7602, in *FI*, 2004, I, 198, con nota di richiami; Cass., 1° luglio 2002, n. 9525.

3. — *Profili contributivi della flessibilità tipologica dei rapporti di lavoro* —

3.1. — *La contribuzione nei sottotipi flessibili di lavoro subordinato* — Fatta eccezione per la somministrazione di lavoro, che presenta tratti di assoluta particolarità (*infra*, parr. 4.2. e 4.3.), la flessibilità delle forme di lavoro subordinato *non standard* si realizza, sul versante qui investigato, in due forme.

Laddove oggetto di deroga al modello generale del lavoro subordinato sia la flessibilizzazione del tempo di lavoro, adeguato alle diverse esigenze delle parti attraverso la stipula di contratti di lavoro a tempo parziale, intermittente o ripartito, l'obbligazione contributiva viene a essere ridotta in ragione dell'utilizzo della forza lavoro, e quindi della minor retribuzione corrisposta, e questo in ossequio al criterio del riproporzionamento delle tutele previdenziali. Questo modello, ormai da tempo collaudato nella disciplina del *part-time*, vero e proprio archetipo del lavoro *non standard*, è oggi esteso nella sua interezza al lavoro ripartito, con la sola variante tecnica del computo *ex post*, e al lavoro intermittente.

La seconda forma si ha nei contratti formativi, apprendistato e contratto di inserimento, per effetto della precisa volontà del legislatore di favorire questi rapporti di lavoro attraverso la modulazione della obbligazione contributiva. La riforma conferma dunque la sostanziale esenzione contributiva per l'apprendistato ed estende ai contratti di inserimento gli incentivi economici previsti dalla legislazione vigente in materia di contratti di formazione e lavoro.

3.2. — *Le condizioni legali di accesso ai sottotipi flessibili. Nullità del contratto di lavoro flessibile e attrazione al tipo generale del lavoro subordinato a tempo pieno* — Problemi di non agevole soluzione sono posti dalla patologia di tali rapporti, e in particolar modo dagli effetti derivanti dalla stipulazione di contratti di lavoro flessibile nulli perché contrastanti con le disposizioni di legge che regolano le condizioni di accesso, formali e sostanziali, a tali contratti (5).

Sul tema occorre nettamente distinguere le conseguenze giuridiche della nullità afferenti la fase successiva all'accertamento, e quindi la pos-

(5) In generale, M. Dell'Olio, *Violazione di legge in materia di lavoro*, in *EGT*, vol. XXXII, 1988.

sibile alternativa tra conservazione del contratto e sua integrale caducazione, da quelle relative al segmento già eseguito, e quindi alle modalità applicative della prestazione di fatto eseguita in violazione di legge.

Il primo profilo – se la nullità del sottotipo flessibile abbia riflessi per il futuro, per effetto della conservazione del contratto corrispondente al tipo, cioè privato della clausola nulla – appare piuttosto marginale in materia previdenziale, essendo gli effetti sul rapporto assicurativo intimamente connessi alle sorti del rapporto di lavoro, ma è centrale nel dibattito giuslavoristico (6).

In sintesi è possibile qui dire che spesso le conseguenze della violazione delle disposizioni imperative che regolano le condizioni di accesso ai rapporti *non standard* sono fissate dalla legge, che in questo modo si sostituisce alla disciplina dell'autonomia privata: ipotesi di conservazione *ex lege* del contratto di lavoro subordinato *standard* sono previste nel caso del contratto di inserimento privo di forma scritta, perché il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato (7), oppure di contratto di lavoro a termine che prosegua oltre questo limite, e che si converte di conseguenza in un rapporto stabile; in altri casi la conservazione del contratto di lavoro tipo può essere ricavata in via interpretativa, come, ad esempio, nella ipotesi di contratto di lavoro a termine privo di forma scritta *ad substantiam* (8).

Non mancano però fattispecie per le quali il legislatore si limita a regolamentare le condizioni di accesso, ed è già in atto, in materia, la radicalizzazione del contrasto tra chi ritiene che, trattandosi di norme poste a garanzia del lavoratore contraente debole, debba realizzarsi l'effetto di attrazione al tipo generale del lavoro subordinato (9), e coloro che, al contrario, escludono che tale conversione sia necessitata, e la subordinano al-

---

(6) Sul tema, A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in *ADL*, 2005, p. 527; più risalente, G. Fontana, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in *RIDL*, 1993, I, p. 339.

(7) Cfr. art. 56 d.lgs. n. 276 del 2003. Sul requisito della forma nelle nuove tipologie contrattuali, R. Altavilla, *Le prescrizioni di forma nella disciplina dei contratti di lavoro tra autonomia e controllo*, in q. *Riv.*, 2005, I, p. 727.

(8) Così A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, cit., p. 542.

(9) Ovvero la cd. «reversibilità al tipo elettivo», secondo la elegante descrizione della fattispecie proposta da M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 529; Idem, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, *ivi*, 1991, p. 455; sulla attrazione al tipo generale v. anche M. Dell'Olio, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, in *ADL*, 2005, p. 69.

la verifica della cd. *volontà ipotetica*, e cioè alla circostanza, espressamente prevista *sub* art. 1419, comma 1, cod. civ., che entrambi i contraenti avrebbero concluso il contratto senza la parte colpita da nullità (10).

Ideale *apripista* è la disputa, nel quadro normativo anteriore alla riforma del 2000, sugli effetti del contratto di lavoro *part-time* nullo per mancanza di forma scritta: da un lato la posizione assunta dalla Corte Costituzionale, che ha affermato il principio della inestensibilità all'intero contratto della nullità di una clausola per violazione di norma posta a garanzia del lavoratore (11); dall'altro la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, che esclude, nel silenzio della legge, la automatica conversione del contratto *part-time* nullo in contratto a tempo pieno (12).

---

(10) A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, cit., p. 543, con particolare riferimento alla violazione dei divieti legali dei contratti a termine, intermittente e di inserimento, che secondo l'Autore «determina la nullità di tali contratti ma senza alcun effetto legale di imposizione del tipo a tempo pieno e indeterminato». Ritiene Vallebona (p. 540) che si debba distinguere i casi in cui la nullità colpisca non una clausola di trattamento, bensì l'elemento caratterizzante della fattispecie costitutiva del sottotipo, trattandosi di fattispecie per le quali «la *ratio* delle restrizioni alla scelta del sottotipo flessibile non è la tutela del singolo contraente debole, bensì il governo del mercato del lavoro con adeguato bilanciamento tra l'esigenza generale di ridurre la disoccupazione consentendo alle imprese modalità di organizzazione competitive e l'altrettanto generale esigenza di impedire abusi».

(11) Si tratta della storica Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, in q. *Riv*., 1992, II, p. 433, con nota di A. Chiacchieroni, *Lo ius variandi nel part-time*; in *FI*, 1992, I, c. 3232, con nota di A. Alaimo, *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel «part-time»: la Corte Costituzionale volta pagina?*; in *GI*, 1992, I, I, p. 2043, con nota di S. Genovese, *Part-time e clausole elastiche*; *ivi*, 1993, I, p. 277, con nota di M. Brollo, *Part-time: la Corte Costituzionale detta le istruzioni per l'uso e le sanzioni per l'abuso*; in *Riv. dir. lav*., 1992, II, p. 731, con nota di P. Ichino, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale*; in *MGL*, 1992, p. 445, con nota di A. Lorusso, *Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto a «part-time»*.

(12) Cfr., tra le tante, Cass., 13 aprile 2004, n. 7012, in *NGL*, 2004, p. 437; Cass., 14 giugno 1995, n. 6713, in *FI*, 1995, I, c. 2444, e in *GC*, 1995, I, p. 913, con nota di P. Morgera, *Spunti sulla tipologia del part-time nell'elaborazione giurisprudenziale*; Cass., 7 febbraio 1994, n. 1226, in q. *Riv*., 1994, II, p. 708, con nota di M. Brollo, *Vizio di forma nel* part-time*: l'effimera tutela dell'art. 2126 cod. civ. e le soluzioni alternative*; Cass., 30 maggio 1994, n. 5265, in *GI*, 1995, I, I, p. 1728, con nota di C. Cirielli, *Nullità del contratto di lavoro a tempo parziale per inosservanza della forma scritta*; Cass., 10 giugno 1993, n. 6487, in q. *Riv.*, 1994, II, p. 153, con nota di M. Brollo, *Lavoro a tempo parziale, vizio di forma e vizio di sostanza* (p. 41); Cass., 24 aprile 1991, n. 4482, in *RIDL*, 1992, II, p. 588, con nota di C. La Macchia, *Nullità del contratto di part-time e art. 2126 cod. civ*.

Nuovamente investita della questione, questa volta dalla stessa Cassazione (13), la Corte Costituzionale ha rigettato la questione sollevata, e ha ribadito il principio secondo cui la conversione legale del contratto può essere oggetto solo di espressa previsione di legge, trovando diversamente applicazione il principio generale di conservazione del contratto, limitato però alle ipotesi in cui i contraenti avrebbero concluso il contratto senza la parte colpita da nullità; con il dichiarato obiettivo di pervenire in via interpretativa al risultato della conservazione del contratto, ha proposto però una più ampia nozione di nullità parziale, cioè della sola clausola viziata, da ritenersi applicabile tutte le volte in cui la stessa non risulti essenziale al solo lavoratore (14).

Alla luce di questo insegnamento si deve concludere che qualunque clausola che introduca un elemento di flessibilità nel rapporto di lavoro, ove posta al di fuori delle condizioni di legge, dia luogo a una nullità con funzione protettiva di una sola parte del contratto (cd. ordine pubblico di protezione) (15), e comporti, di regola, la conservazione del contratto depurato da quella clausola – e quindi del normale contratto di lavoro subordinato a tempo pieno –, salva la prova che non solo il datore di lavoro ma anche il lavoratore non avrebbe stipulato il contratto se non con la clausola flessibile, circostanza, quest'ultima, che porta invece alla dissoluzione dell'intero contratto (16).

---

(13) Cass., 24 agosto 2004, n. 16755 (ord.), in *RIDL*, 2005, II, p. 389, con nota di C. Alessi, *La Cassazione e la forma scritta del contratto di lavoro a tempo parziale: un pentimento tardivo?*

(14) Corte Cost., 15 luglio 2005, n. 283, in *ADL*, 2005, p. 895, con nota di A. Vallebona, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, *ivi*, p. 835.

(15) Per l'applicazione di questo principio, Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *GI*, 1996, I, I, p. 252, con nota di A. Boso Caretta, dove la Suprema Corte afferma che «L'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 cod. civ., ha carattere eccezionale perché deroga al principio generale della conservazione del contratto e può essere dichiarata dal giudice solo in presenza di una eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto; tale interesse deve essere negato per la parte che pretende di estendere la nullità di una clausola per sé sfavorevole anche a tutto il contratto se questo contenga solo altre clausole favorevoli o che non siano chiaramente legate alla clausola nulla, perché la nullità di una clausola sfavorevole per una parte, fino a quando non sia estesa alle clausole favorevoli, può arrecare alla parte medesima solo un vantaggio». Nello stesso senso, Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189.

(16) Per una diversa interpretazione della sentenza della Corte Costituzionale, A. Vallebona, *La conversione legale automatica dei contratti di lavoro atipici invalidi non è costituzionalmente necessaria*, cit., p. 837, il quale sottolinea l'importanza della pronuncia

Si tratta, dunque, di una deviazione dal principio generale di cui all'art. 1421, cod. civ., che trova giustificazione e fondamento nella considerazione che, diversamente, la violazione di una norma imperativa finirebbe per nuocere proprio al soggetto che la stessa norma intendeva tutelare.

3.3. — *La contribuzione dovuta per la prestazione di fatto eseguita in violazione della legge* — La giurisprudenza formatasi in ordine agli effetti del contratto a tempo parziale nullo per difetto di forma consente di affrontare anche il diverso problema delle conseguenze della nullità del sottotipo flessibile sugli obblighi contributivi per il segmento temporale che precede la nullità, e quindi quando il contratto è stato eseguito.

Mentre, infatti, nel rapporto di lavoro presenta pochi problemi la previsione di cui all'art. 2126, cod. civ., di salvezza degli effetti del contratto nullo per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione, perché è evidente che gli obblighi retributivi devono essere comunque commisurati alle prestazioni effettivamente rese, l'individuazione del criterio di determinazione della base contributiva ha dato luogo a contrasti interpretativi.

Un primo orientamento ritiene – sul presupposto che la mancanza della forma scritta comporti la nullità e non anche l'illiceità della causa o dell'oggetto – che si debba applicare il criterio dell'appena citato art. 2126, e quindi la nullità non produce effetto per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione e il datore di lavoro è obbligato alla contribuzione, da calcolarsi tenendo in considerazione solo il lavoro effettivamente prestato, secondo le regole del contratto a tempo parziale (17).

L'orientamento contrapposto sostiene, nel richiamare il principio generale secondo il quale la contribuzione va calcolata non sulla retribuzione corrisposta ma su quella comunque dovuta, che alla prestazione di fatto non può che applicarsi il regime contributivo ordinario (18).

---

nella parte in cui ribadisce che la conversione legale non è costituzionalmente necessitata, e critica il riportato passaggio sulle modalità di accertamento della essenzialità della clausola invalida, che ritiene un «errore evidente, poiché per la conservazione del contratto senza la clausola invalida non basta l'aspirazione di una sola parte, ma occorre una comune volontà in tal senso oggettivamente ricavabile dal contratto stesso».

(17) Cass., 29 dicembre 1999, n. 14692, in *MGL*, 2000, p. 255, con nota di M. Tatarelli, *Rapporto di lavoro a tempo parziale nullo per vizio di forma e contribuzione previdenziale*.

(18) Cass., 28 gennaio 2004, n. 1589, in *IPREV*, 2004, p. 308; Cass., 5 agosto 2003, n. 11805, *ivi*, 2003, p. 1098; Cass., 26 aprile 2002, n. 6097; Cass. 2 dicembre 1999, n. 13445, in *MGL*, 2000, p. 255, nonché in *GC*, 2000, I, p. 2711, con nota di L. Surdi, *Contratto a tempo parziale nullo ed obbligo contributivo*.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno composto il contrasto aderendo a quest'ultimo orientamento (19), sulla base della condivisibile argomentazione – che deve ritenersi estensibile a tutte le fattispecie di rapporti di lavoro subordinato flessibili affetti da nullità – che la più favorevole disciplina contributiva, in quanto norma eccezionale, può trovare applicazione solo nel caso che il rapporto di lavoro flessibile sia posto in essere nel rispetto delle norme che lo regolano.

In caso di nullità, invece, si ha un fenomeno di attrazione al modello generale dell'obbligazione contributiva, che non prende a riferimento la retribuzione effettivamente corrisposta in relazione alla quantità della prestazione, come vorrebbe una rigorosa applicazione dell'art. 2126, cod. civ., ma la retribuzione dovuta, e quindi comprensiva dei minimali che la legge impone anche a fini solidaristici (20).

3.4. — *La gestione separata come forma di tutela previdenziale dei rapporti di lavoro autonomo* non standard — La vasta platea dei lavoratori autonomi *non standard* trova la propria area di tutela previdenziale nella cd. gestione separata, ormai allargata a figure eterogenee, dai collaboratori a progetto ai lavoratori autonomi occasionali e agli associati in partecipazione.

Ai fini della ricerca che si intende condurre è interessante osservare come qui la differenza strutturale tra obbligazioni contributive derivanti da lavoro subordinato o autonomo, esposta *sub* par. 2, si presenti molto sfumata, e ciò quasi a testimoniare la consapevolezza del legislatore di operare in un'area contigua a quella del lavoro subordinato.

---

(19) Cass., Ss.Uu., 5 luglio 2004, n. 12269, in *Lav. giur.*, 2005, p. 340, con nota di M. Dibitonto, *Applicazione del regime previdenziale ordinario al contratto di part-time nullo*; in *DRI*, 2005, 1, p. 186, con nota di E. Bellezza, *Lavoro a tempo parziale: i requisiti di forma in caso di trasformazione del rapporto*. Nello stesso senso, Cass., 24 agosto 2004, n. 16670; Cass., 24 giugno 2004, n. 17271, in *RIDL*, 2005, II, p. 384, con nota di M. Caro, *Il regime contributivo applicabile al rapporto di lavoro a tempo parziale di mero fatto*.

(20) A margine di quest'ultimo punto le Sezioni Unite osservano che «tali conclusioni sono sostenute anche da evidenti ragioni logico-sistematiche: risulterebbe, infatti, privo di razionalità un sistema che imponesse, per esigenze solidaristiche, a soggetti rispettosi della legge l'osservanza del *principio del minimale* con l'applicazione a essi di criteri contributivi da parametrare su retribuzioni anche superiori a quelle in concreto corrisposte al lavoratore, e nello stesso tempo esentasse da detti vincoli, assicurando loro un trattamento di fatto privilegiato, quanti, nello stipulare il contratto *part-time*, mostrano, col sottrarsi alle prescrizioni di legge, di ricorrere a tale contratto particolare per il perseguimento di finalità non istituzionale, agevolando così, di fatto, forme di lavoro irregolare».

L'elemento più significativo di questa tendenza legislativa è dato dal passaggio dall'abrogato art. 49, comma 2, lett. *a*, del T.U.I.R. – che coerentemente considerava redditi di lavoro autonomo quelli derivanti dai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa – all'art. 34 della legge 21 novembre 2000, n. 342, che, nell'assimilare i redditi in questione a quelli di lavoro dipendente, recepisce dalla nozione di retribuzione imponibile del lavoro dipendente anche i criteri di determinazione, richiamando la regola generale della onnicomprensività della base imponibile (21).

Questa affinità con il modello del lavoro subordinato trova ulteriore conferma nella struttura della obbligazione contributiva. Si prevede, infatti, che i contributi siano ripartiti tra il committente e il collaboratore, nella misura rispettivamente di 2/3 e 1/3, ma soprattutto il committente viene considerato soggetto passivo dell'obbligazione, anche per la parte a carico del collaboratore; da qui la necessaria conseguenza che in caso di inadempimento l'ente previdenziale creditore dovrà agire direttamente nei confronti del committente.

Sarà probabilmente doveroso, in futuro, interrogarsi sulla opportunità di estendere a tale area anche diritti, quali – in primo luogo – quello all'automatismo delle prestazioni, che giurisprudenza assolutamente consolidata riserva invece, salvo espressa previsione di legge, all'area del lavoro subordinato (22); l'argomento della sostanziale estraneità del titolare della posizione assicurativa al rapporto contributivo è stato peraltro già utilizzato dalla Corte Costituzionale per estendere il diritto alla costituzione della rendita vitalizia per i contributi non regolarizzati e prescritti ai familiari coadiutori degli artigiani e dei piccoli commercianti (23).

(21) Cfr., in materia, P. Boer, *La tutela previdenziale del lavoro a progetto*, in *RDSS*, 2005, p. 99; G. Ferraro, *Collaborazioni non subordinate e riflessi previdenziali*, *ivi*, 2001, p. 103; M. Pedrazzoli, *Il mondo delle collaborazioni coordinate e continuative fra genuinità e frode*, in *DL*, 2004, p. 1177.

(22) Cfr. Corte Cost., 24 luglio 1995, n. 365, in *MGL*, 1995, p. 325, dove si afferma che la categoria della parasubordinazione non solo non fornisce un criterio ermeneutico di estensione a questi rapporti, che restano nell'area del lavoro autonomo, di discipline materiali proprie del lavoro subordinato, ma neppure consente di trarne argomento di illegittimità costituzionale, per contrarietà al principio di eguaglianza, delle disparità di trattamento. Sulla inoperatività del principio dell'automatismo delle prestazioni previdenziali al lavoratore autonomo v. anche la giurisprudenza richiamata *sub* nota 4.

(23) Corte Cost., 19 gennaio 1995, n. 18, in *DL*, 1995, II, p. 327, con nota di V. M. Marinelli, *La Corte Costituzionale estende il riscatto dei contributi prescritti anche ai collaboratori dell'artigiano*.

3.5. — *Il divieto di collaborazioni coordinate e continuative atipiche: la subordinazione come sanzione* — Anche l'accesso alle forme di lavoro autonomo *non standard* è subordinato a oneri formali e sostanziali, ma che sottendono a un diverso orientamento di politica del diritto, perché obiettivo dichiarato della norma è la guerra alle pratiche di abuso di collaborazioni formalmente autonome che dissimulino veri e propri rapporti di lavoro subordinato.

Si ha qui la massima espressione di quella che è stata denominata l'*anima laburista* della riforma del mercato del lavoro (24), la cui manifestazione più evidente è nella norma (art. 69, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003) che impone che le collaborazioni coordinate e continuative siano riconducibili a uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, e che, in mancanza, siano convertite, con efficacia *ex tunc*, in rapporti di lavoro subordinato.

La lettera della norma non sembra dare spazio ad altre interpretazioni: il legislatore ha voluto – con evidente finalità antielusiva delle norme dettate in favore del lavoratore subordinato – connotare di tipicità le collaborazioni coordinate e continuative, oggi necessariamente a termine e ricondotte a un progetto. La fase della determinazione del progetto, espressamente riservata al committente, è dunque esogena al contratto di lavoro, che invece deve contenere, a pena di nullità, la riconduzione al progetto stesso, con effetto, in mancanza, di inserzione automatica legale delle norme che regolano il rapporto subordinato.

Malgrado sia a tutti noto come, nella pratica, una volta inserito il lavoratore nella organizzazione del committente datore di lavoro, la distinzione tra prestazione svolta in regime di subordinazione o di mera coordinazione sia tutt'altro che agevole (25), è evidente che, sul piano

---

(24) Cfr., P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e «dipendenza» nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, in *GC*, 2005, II, p. 131.

(25) Sulla difficoltà della giurisprudenza a utilizzare il tradizionale criterio discretivo della verifica della sottoposizione al potere direttivo emblematica è Cass., 6 luglio 2001, n. 9167, in *FI*, 2002, I, 134; in *MGL*, 2001, p. 1133, con nota di G. Gramiccia, *Potere direttivo e subordinazione*; in *Riv. dir. lav.*, 2002, II, p. 272, con nota di M. Agostini, *Subordinazione e metodi di qualificazione del rapporto*; in *DL*, 2000, II, p. 429, con nota di R. Sciotti, *Direttive impartite dal datore di lavoro e subordinazione*, dove la suprema Corte afferma che «ai fini della distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporto di lavoro autonomo il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro – inteso come sottoposizione a ordini specifici e al diretto e costante controllo datoriale delle diverse fasi di

teorico, l'idea di costringere le parti a un contratto né voluto né di fatto realizzato (non si richiede, infatti, l'accertamento del requisito dell'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo del committente) non è di facile sistemazione concettuale, a meno di inquadrarla come mera sanzione del divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipica (26).

Si tratta dell'unica interpretazione possibile, anche se non immune da sospetti di illegittimità costituzionale, già prospettati in dottrina (27), non tanto riguardo alla violazione del principio di indisponibilità del tipo legale – che invero era stato fissato dalla Consulta nel quadro

esecuzione delle prestazioni lavorative – diviene, con l'evolversi dei sistemi di organizzazione del lavoro nella direzione di una sempre più diffusa esteriorizzazione di interi settori del ciclo produttivo o di una serie di professionalità specifiche, sempre meno significativo della subordinazione, mentre, in riferimento a tali nuove realtà, assume valore di indice determinante della subordinazione l'assunzione per contratto dell'obbligazione di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative e di impiegarle, con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dal datore di lavoro e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione per il perseguimento dei fini propri dell'impresa datrice di lavoro».

(26) Per questa posizione, che ritiene introdotta dal legislatore una vera e propria presunzione assoluta di subordinazione, A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *DL*, 2003, p. 623; G. Santoro Passarelli, *La nuova figura del lavoro a progetto*, in *ADL*, 2005, p. 95. Una proposta interpretativa alternativa è invece offerta da P. Ichino, *L'anima laburista della legge Biagi. Subordinazione e «dipendenza» nella definizione della fattispecie di riferimento del diritto del lavoro*, cit., p. 131, secondo il quale la disposizione, per salvarsi da censure di incostituzionalità, deve essere interpretata, disattendendosene la rubrica, «nel senso che il contratto di collaborazione autonoma continuativa a tempo indeterminato non è vietato, ma soltanto parificato al contratto di lavoro subordinato quanto alla disciplina applicabile, cioè quanto allo *standard* minimo di trattamento che deve essere inderogabilmente riservato per legge al lavoratore».

(27) Con diverse argomentazioni ritengono che la disposizione sia incostituzionale: A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, p. 22; L. De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 247; A. Perulli, *Teoria e prassi del lavoro a progetto*, in q. *Riv.*, 2005, p. 713, il quale rileva come, «con questa inedita forma di conversione tipologica *ex lege*, il legislatore riesce, simultaneamente, a sopprimere, del tutto arbitrariamente, ogni rilievo della *lex contractus*, ponendosi in rotta di collisione frontale con il divieto, cui è astretto lo stesso legislatore, di disponibilità del tipo negoziale; a elevare surrettiziamente il progetto/programma di lavoro/fase a requisito essenziale del contratto, dopo aver disposto la sua presenza solo ai fini della prova; a limitare l'accertamento giudiziale, non più volto – come dovrebbe essere naturale – all'esistenza o meno dei requisiti tipologici del lavoro autonomo, bensì alla mera presenza di un progetto/programma di lavoro/fase».

esattamente rovesciato (28), come affermazione del diritto del lavoratore, ove di fatto dipendente, a fruire delle tutele più ampie previste per questo *status* – ma per contrasto con l'art. 35 Cost., che postula la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (29).

La diversa impostazione, volta a sminuire la portata della disposizione in esame – vero e proprio fulcro della riforma del mercato del lavoro – riducendola a una dimensione meramente processuale, per cui la collaborazione coordinata e continuativa atipica darebbe luogo a una presunzione semplice di subordinazione, onerando il datore di lavoro della prova della natura autonoma del rapporto (30), appare tuttavia ancora più fragile. L'approdo cui essa giunge è infatti del tutto incoerente con l'intento antielusivo della legge, perché finisce per configurare una nuova tipologia: quella del lavoro coordinato e continuativo genuino, senza progetto e a tempo indeterminato, privo di ogni tutela previdenziale, proprio perché non voluto dal legislatore (31).

(28) V. le pronunce della Corte Costituzionale richiamate *infra*, par. 3.6., nota 35.

(29) In questo senso, A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, cit., p. 539.

(30) È questa l'interpretazione avanzata dal Ministero del *welfare* con la nota Circolare n. 1 dell'8 gennaio 2004, dove si afferma che «l'art. 69, comma 1, stabilisce una presunzione che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio prova della esistenza di un rapporto effettivamente autonomo». Per questa tesi, in dottrina, D. De Feo, *Potere direttivo e coordinamento: la (spesso sottile) linea di demarcazione tra subordinazione ed autonomia ed i nuovi modelli contrattuali*, in *ADL*, 2004, p. 647, che ritiene «consentito al committente di dimostrare in concreto la inconfigurabilità di un rapporto di lavoro subordinato» (p. 660); S. P. Emiliani, *La presunzione legale di conversione del contratto di lavoro a progetto*, *ivi*, 2006, p. 157. Adesive la prime pronunce di merito: Trib. Torino, 5 aprile 2005, in *DL*, 2005, II, p. 321, con nota di C. Marcelli, *Specificità del progetto di lavoro e qualificazione della fattispecie*; in *RIDL*, 2005, II, p. 849, con nota di R. Bausardo, *Il contratto a progetto a un primo vaglio della giurisprudenza di merito*; in *Lav. giur*., 2005, p. 651, con nota di V. Filì, *Il lavoro a progetto in una prima pronuncia pioniera della giurisprudenza di merito*; in *IPREV*, 2005, p. 32, con nota di G. Sferrazza, *I primi contributi giurisprudenziali sul lavoro a progetto*; Trib. Ravenna, 24 novembre 2005, in *Lav. giur*., 2006, p. 273.

(31) Per una severa critica, già nel titolo, alla soluzione adottata, A. Vallebona, *Lavoro a progetto: incostituzionalità e circolare di pentimento*, in *ADL*, 2004, p. 296: «Questa interpretazione, però, è davvero insostenibile: sia perché l'espressione "sono considerati" indica inequivocabilmente non una presunzione relativa, ma un effetto legale automatico […]; sia perché la disposizione dell'art. 61, comma 1, statuisce che i rapporti di lavoro parasubordinato "devono", e non semplicemente possono, essere riconducibili a un progetto o programma a termine; sia perché le eccezioni al divieto di lavoro parasubordinato a tempo indeterminato sono espressamente indicate dalla legge (art. 61, commi 1 e 3); sia perché il legislatore, se avesse

3.6. — *Il problema della riconduzione del rapporto di lavoro al suo contenuto effettivo* — Ma il motivo principale che induce a ritenere errata la tesi che interpreta l'art. 69, comma 1, citato, come mera presunzione relativa di sussistenza della subordinazione è nella confusione che essa porta sulla distinzione tra effetti della nullità del contratto per violazione di norme imperative e qualificazione del rapporto di lavoro che abbia nella sua attuazione realizzato un assetto diverso da quello programmato inizialmente dalle parti.

Questo secondo profilo è espressamente previsto, in materia di lavoro a progetto, dallo stesso art. 69, comma 2, in forza del quale il giudice che accerti la natura subordinata del rapporto di lavoro dissimulato come collaborazione a progetto debba qualificare – ma il legislatore, sbagliando, utilizza il verbo *trasformare* – il rapporto di lavoro corrispondente alla tipologia di fatto realizzata (32).

È invece importante tenere i due piani ben distinti, perché la nullità per violazione di norma inderogabile di legge non ha niente a che vedere con l'antico e costituzionalmente irriducibile problema della riconduzione del rapporto di lavoro al suo contenuto effettivo (33).

---

davvero ipotizzato la generale ammissibilità di un lavoro comprovato come autonomo parasubordinato pur senza un progetto, non lo avrebbe certo lasciato incostituzionalmente privo delle tutele predisposte per il lavoro a progetto»; nello stesso senso, P. Toso, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 234; G. Santoro Passarelli, *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *RIDL*, 2004, I, p. 543; A. Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusive ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, cit., p. 633.

(32) Cfr. R. De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al «lavoro a progetto»*, in *Itinerari d'impresa. Management, Diritto, Formazione*, 2003, n. 3: «…le due norme concernono fattispecie diverse – l'una: rapporti di collaborazione privi dell'individuazione di specifico progetto, l'altra: sedicenti rapporti di collaborazione che sottendono una realtà di subordinazione – e provocano effetti differenti – di tipica conversione sanzionatoria, il primo; di classica emersione del negozio dissimulato, il secondo». Per una rigorosa distinzione tra i due rimedi v. anche A. Vallebona, *Le tecniche normative nella riforma dei lavori*, in *DL*, 2004, p. 193.

(33) Questa distinzione è ben evidenziata in Cass., 28 luglio 2004, n. 14294, dove la Suprema Corte osserva come «ai fini della corretta qualificazione di un rapporto di lavoro di cui le parti abbiano convenuto una diversa qualificazione con un atto scritto, è di norma priva di rilievo la disciplina dell'art. 1424 cod. civ. per la conversione del negozio nullo, poiché la questione della identificazione del reale tipo di rapporto deve essere affrontata in relazione alle effettive caratteristiche dello stesso, quali desumibili anche dalle modalità della sua attuazione, in quanto nei rapporti di durata il comportamento delle parti è idoneo a esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova diversa volontà».

E infatti, com'è noto, non vi è disponibilità, da parte del legislatore, in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro, per cui l'unico organo competente all'accertamento della natura giuridica dello stesso è il giudice (34).

La Corte Costituzionale ha più volte avuto modo di affermare che non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai princìpi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato (35).

A questo deve inoltre aggiungersi che l'operazione di qualificazione del rapporto di lavoro in sede giudiziale soggiace al cd. principio di effettività, per cui non è rilevante la previsione contrattuale ma lo svolgimento concreto del rapporto (36).

La problematica, squisitamente giuslavoristica, ha rilevanti conseguenze in materia contributiva, per il ruolo di protagonista ormai assunto dall'ente previdenziale quale soggetto direttamente esponenziale degli interessi coinvolti nella questione qualificatoria (37), ed è serio il rischio che la vasta e articolata offerta di nuove forme di lavoro *non standard* finisca per causare l'aumento del contenzioso giudiziario promosso dagli Istituti previdenziali sulla qualificazione del rapporto, perché «ogni nuovo contenitore negoziale può prestarsi a mascherature del rapporto di lavoro subordinato» (38).

3.6.1. — Segue: *Nel lavoro a progetto eseguito in regime di eterodirezione* — Ovviamente la zona più sismica, in materia, resta quella del

---

(34) In dottrina, M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 63; R. Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, I, p. 95.

(35) Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *FI*, 1993, I, c. 2432; Corte Cost., 31 marzo 1994, n. 115, *ivi*, 1994, I, c. 2656, e in *Riv. dir. lav.*, 1994, II, p. 227, con nota di A. Avio, *La subordinazione ex lege non è costituzionale*.

(36) Sul principio di effettività, v., di recente, Cass., 13 luglio 2000, n. 9292, in *RIDL*, 2001, II, p. 220, con nota di M. Tiraboschi, *Lavoro dirigenziale e novazione simulata*; Cass., 6 maggio 1999, n. 4558, in *LPO*, 1999, p. 1874.

(37) P. Tosi, *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, in Aa.Vv., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, Utet., 1998.

(38) Così, O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, 2003, I, p. 279.

lavoro autonomo *non standard* con inserimento del lavoratore nella organizzazione del committente, nelle due forme del lavoro a progetto e dell'apporto di lavoro reso nell'ambito del contratto di associazione in partecipazione.

Questi rapporti – laddove eseguiti sotto il potere direttivo del committente – devono essere qualificati come subordinati, ed è quindi facile prevedere una alta conflittualità proprio nella modalità del lavoro a progetto, per le notevoli incertezze in ordine ai concreti spazi concessi alla autonomia privata nella individuazione della prestazione.

Occorrerà dunque attendere le risposte della giurisprudenza sugli interrogativi che riguardano lavori a progetto *border line*, quali, ad esempio, quelli relativi ad attività tipiche dell'impresa, oppure meramente esecutive, o ancora le ipotesi di successione di più rapporti per progetti sostanzialmente uguali.

3.6.2. — Segue: *Nella associazione in partecipazione resa senza effettiva partecipazione e adeguate erogazioni* — Sicuramente più rispettosa dei princìpi generali, rispetto al meccanismo della presunzione assoluta, è invece la diversa tecnica utilizzata per contrastare fenomeni elusivi della disciplina legale del lavoro subordinato, contenuta nell'art. 86 del d.lgs. n. 276 del 2003, che introduce una presunzione semplice di instaurazione di rapporto di lavoro subordinato *standard*, cioè indeterminato e a tempo pieno, nella ipotesi in cui un rapporto di associazione in partecipazione sia *reso senza una effettiva partecipazione e adeguate prestazioni a chi lavora* (39).

Quest'ultimo nuovo requisito della adeguatezza degli importi corrisposti all'associato dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore, spostare verso l'area della subordinazione il tradizionale criterio discretivo adottato dalla giurisprudenza, secondo la quale la distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa deve essere fondata sulla prevalenza degli elementi che caratterizzano i due contratti; questa indagine – che deve essere svolta alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto – deve essere condotta tenendo conto che mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto

(39) In materia, M. Tatarelli, *Associazione in partecipazione con apporto di lavoro*, in *EGT*, vol. III, 2003; G. Pellacani, *L'associazione in partecipazione nel decreto attuativo delle deleghe in materia di occupazione e di mercato del lavoro*, in *MGL*, 2003, p. 909; M. De Cristofaro, *L'associazione in partecipazione nello schema di decreto delegato per la riforma del mercato del lavoro*, in *DL*, 2003, I, p. 181.

periodico dell'associante in relazione al potere dell'associato di controllo sulla gestione economica dell'impresa, e l'esistenza per quest'ultimo di un rischio di impresa, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo dell'organizzazione dell'azienda (40).

Fermo restando che la valutazione della adeguatezza presenta sicure difficoltà interpretative (41), così come fonte di problemi di ordine processuale può essere la restrizione della prova a carico dell'associante, che deve essere portata *con idonee attestazioni o documentazioni*, e quindi, a quanto pare, senza poter utilizzare la prova testimoniale, è necessario ricordare che qui si tratta di mera qualificazione – e non di conversione legale –, come confermato dalla necessità che il rapporto di lavoro venga riportato dal giudice nella tipologia, anche di lavoro autonomo, effettivamente realizzatasi tra le parti.

3.6.3. — Segue: *Nella deviazione dalla realizzazione dei sottotipi flessibili di lavoro subordinato* — Il fenomeno della riconduzione del rapporto al suo contenuto effettivo può attuarsi anche nel rapporto tra sottotipo flessibile e tipo generale di lavoro subordinato, con le stesse conseguenze – sul piano della contribuzione previdenziale – esposte *supra*, *sub* par. 3.2.

Nei contratti formativi, ad esempio, nei quali la causa è mista, e la controprestazione del lavoro non è solo la retribuzione ma anche la formazione del giovane, l'inadempimento a quest'ultimo obbligo dovrebbe comportare la attrazione al tipo generale, e ciò non come sanzione

(40) In questi termini, Cass., 24 febbraio 2001, n. 2693; conformi, Cass., 23 gennaio 1999, n. 655, in q. *Riv*., 2000, II, p. 29, con nota di M. Madera, *Annotazioni in tema di contratto di associazione in partecipazione e lavoro subordinato nell'impresa*; Cass., 4 febbraio 2002, in *Riv. dir. lav*., 2003, II, p. 26, con nota di M. M. Mutarelli, *Sulla qualificazione del contratto di associazione in partecipazione*; Cass., 10 agosto 1999, n. 8578, *ivi*, 2000, II, p. 445, con nota di P. Albi, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*; Cass., 6 novembre 1998, n. 11222, in *Riv. dir. lav*., 1999, II, p. 483, con nota di G. Conte, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato*. Per una accurata indagine sugli orientamenti giurisprudenziali succedutisi nel tempo, G. Mignone, *Apporto d'opera dell'associato in partecipazione e prestazione di lavoro subordinato*, in *GI*, 2002, p. 209.

(41) A. Vallebona, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *ADL*, 2005, p. 253, osserva che questo nuovo requisito «rischia di stravolgere il tipo associazione in partecipazione, se non viene correttamente inteso come condizionato e proporzionato all'effettivo andamento dell'impresa o dell'affare».

per il mancato raggiungimento del progetto formativo, ma come mera qualificazione del rapporto effettivamente realizzato (42).

Costituisce quindi una fattispecie autonoma e aggiuntiva, di carattere esclusivamente sanzionatorio, quella prevista in materia di apprendistato, nel caso di inosservanza per esclusiva responsabilità del datore di lavoro degli obblighi formativi cui quest'ultimo è tenuto, che dà luogo alla restituzione dei contributi oggetto di agevolazione, maggiorati del cento per cento (43).

Allo stesso modo nel contratto di inserimento, nel quale la funzione formativa si aggiunge senza inserirsi nella causa del contratto, che resta di scambio tra lavoro e retribuzione, la sanzione prevista nel caso di gravi inadempienze nella realizzazione del progetto individuale di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro – pari alla differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di inserimento – non dovrebbe impedire la qualificazione del rapporto di lavoro *standard* nelle ipotesi di carenza di attività formativa (44).

Per l'applicazione del principio di effettività alle altre tipologie flessibili è invece fondamentale una recente pronuncia della Cassazione, con la quale si è affermato che ove un contratto *part-time* abbia presentato, nella fase della sua attuazione, il sistematico ricorso a prestazioni eccedenti l'orario pattuito, non competono al datore di lavoro le

---

(42) In questo senso, M. Dell'Olio, *I rapporti di lavoro atipici nella recente riforma*, cit., p. 92. Per la giurisprudenza recente in materia di contratti di formazione e lavoro, Cass., 14 agosto 2004, n. 15878, in *RIDL*, 2005, II, p. 604, con nota di A. Sartori, *Le conseguenze dell'inadempimento del contenuto del progetto nel c. f. l. e nel nuovo contratto di inserimento*; Corte d'App. Firenze, 8 ottobre 2004, *ivi*, 2005, II, p. 616, con nota di V. Beghini, *Vecchi e nuovi problemi in materia di contratto di formazione e lavoro*.

(43) A. Sgroi, *La riforma del mercato del lavoro: Riflessioni in tema di contribuzione previdenziale obbligatoria*, cit., p. 499, osserva che l'uso dell'avverbio *esclusivamente* «è foriero di difficoltà applicative in sede giudiziaria».

(44) Cfr., su questi temi, P. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in q. *Riv*., 2003, p. 912; M. D'Onghia, *I contratti a finalità formativa: apprendistato e contratto di inserimento*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., p. 271; G. Ferraro, *I contratti formativi nella riforma Biagi*, in *DL*, 2004, p. 1089; A. M. Battisti, *La nuova disciplina dei contratti di lavoro con funzione formativa tra incoerenza e frammentarietà*, *ivi*, 2004, p. 981; E. Balletti, *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, in *Lav. giur*., 2004, p. 421.

agevolazioni previste dalla legge, ed è quindi dovuta la contribuzione ordinaria prevista per il rapporto a tempo pieno (45). Evidente è la differenza, anzi la complementarietà, con la sentenza Cass., 5 luglio 2004, n. 12269, richiamata *supra* (46), sulla determinazione dell'obbligazione contributiva nel caso di violazione dell'obbligo di forma scritta prevista *ad substantiam*: lì nullità del sottotipo flessibile e regolazione ai fini previdenziali della prestazione di fatto illecita; qui mancata attuazione del progetto negoziale pattuito e qualificazione del rapporto come concretamente realizzato.

4. — *Problematiche contributive nella dissociazione tra titolarità formale del rapporto e utilizzazione effettiva delle prestazioni di lavoro* —

4.1. — *La solidarietà dal lato passivo con funzione di rafforzamento della tutela del credito contributivo* — Sul piano della contribuzione, l'area dei rapporti caratterizzati dalla cosiddetta dissociazione del lavoro dall'impresa presenta un elemento costante, che si realizza nella formazione – tutte le volte in cui vi siano più soggetti datoriali coinvolti – di una obbligazione soggettivamente complessa, con un meccanismo di solidarietà passiva in funzione di rafforzamento della tutela del credito contributivo (47).

Il prototipo di questo modello è l'obbligo solidale in capo a committente e appaltatore previsto nell'ipotesi di appalto lecito dall'art. 3 della legge n. 1369 del 1960, oggi integralmente riproposto, anche nella limitazione temporale di operatività entro un anno dalla cessazione dell'appalto, ed esteso al caso in cui l'esecuzione dell'appalto avvenga utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione.

Soggettivamente complessa, e questa volta senza limiti temporali, è anche l'obbligazione contributiva prevista nel lavoro somministrato, che opera, tuttavia, solo nei periodi di effettiva utilizzazione del lavoratore.

---

(45) Cass., 10 gennaio 2006, n. 168, in www.cortedicassazione.it.

(46) *Sub* par. 3.3., nota 19.

(47) Cfr. L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1997, I, p. 77, la quale – prospettando una ipotesi di collegamento negoziale tra il contratto di lavoro e i contratti commerciali che, per la loro particolare struttura, coinvolgono la prestazione lavorativa altrui ai fini dell'esecuzione dell'oggetto del contratto – osserva che la funzione di queste norme «consiste non solo in una mera garanzia della parte debole del rapporto, ma anche nella necessità di far discendere conseguenze giuridiche da operazioni economiche che coinvolgono la prestazione di lavoro».

Occorre peraltro rilevare, sul punto, il non perfetto coordinamento tra la disposizione contenuta *sub* art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, che configura una ipotesi di solidarietà piena, e il precedente art. 21 che, nell'elencare gli elementi che devono essere inseriti nel contratto di somministrazione di manodopera, espressamente prevede, *sub k*, la clausola di assunzione da parte dell'utilizzatore, ma solo in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa. Dalla relazione tra queste due norme, e soprattutto dalla considerazione che il diritto di credito dell'ente previdenziale non può derivare dal contratto commerciale, ma esclusivamente dalla esistenza del presupposto di legge, scaturisce la solidarietà piena – che esclude qualsiasi forma di sussidiarietà – tra somministratore e utilizzatore nei confronti dell'ente previdenziale, il quale non è tenuto a chiedere l'adempimento al datore di lavoro somministratore prima di rivolgersi all'utilizzatore (48). Di contro, le clausole del contratto commerciale che prevedono l'assunzione della obbligazione del versamento dei contributi in carico al somministratore, e la responsabilità – salvo diritto di rivalsa – dell'utilizzatore nel caso di inadempimento, servono a regolare i rapporti interni tra i debitori, e quindi per escludere la presunzione di parità delle parti nella regolamentazione finale del rapporto.

4.2. — *Il lavoro in somministrazione: l'inquadramento del somministratore nel settore terziario e la deroga ai minimali di legge per il computo della contribuzione sulla indennità di disponibilità* — Due specificità caratterizzano l'obbligazione contributiva in questo particolare rapporto, peraltro entrambe ereditate dalla previgente disciplina del lavoro temporaneo (49).

---

(48) In questo senso anche A. Sgroi, *La riforma del mercato del lavoro: riflessioni in tema di contribuzione previdenziale obbligatoria*, cit., p. 479; sull'argomento v. anche le considerazioni di G. Nicosia, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, n. 71, 2005.

(49) Sui profili previdenziali della legge 24 giugno 1997, n. 196, C. A. Nicolini, *Disciplina previdenziale del lavoro temporaneo: gli obblighi contributivi*, in *RIDL*, 1998, I, p. 239; Idem, *Disciplina previdenziale del lavoro temporaneo: i diritti del lavoratore e il regime sanzionatorio*, *ivi*, 1998, I, p. 329. Per la giurisprudenza sul lavoro interinale v. Cass., 27 febbraio 2003, n. 3020, in *FI*, 2003, I, c. 1029, con nota di A. M. Perrino, *Prime note a margine della legge delega 30/03: in particolare, le modifiche del part-time e l'introduzione di figure di lavoro flessibile*; in *GC*, 2003, I, p. 1791, con no-

In primo luogo il legislatore prevede l'inquadramento del somministratore, che è datore di lavoro, nel settore terziario. Si tratta di una agevolazione contributiva, perché le aliquote di legge sono significativamente inferiori a quelle degli altri settori, e tale intento di riduzione del costo del lavoro allo scopo di incentivare l'istituto giuridico trova conferma nella deroga espressamente prevista per i casi, quelli del lavoro agricolo e domestico, per i quali la contribuzione risulta inferiore.

La seconda specificità concerne l'assoggettabilità a contribuzione della indennità di disponibilità che il somministratore – e la stessa disposizione è prevista anche nel rapporto di lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata – è tenuto a corrispondere per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione, calcolandola sull'effettivo ammontare della indennità, anche in deroga alla normativa in materia di minimali.

In entrambi i casi sono state sollevate critiche e dubbi di legittimità costituzionale, portati dalla disparità di trattamento rispetto ai lavoratori dipendenti dell'utilizzatore, e dalla violazione del principio costituzionale di sufficienza della retribuzione (art. 36 Cost.) (50).

Si è tuttavia fatto osservare che non mancano nel sottosistema previdenziale disposizioni di legge che attribuiscono rilievo alla natura dell'attività esercitata dall'imprenditore, indipendentemente dal contenuto della prestazione lavorativa, e – con riferimento alla deroga dei minimali per l'indennità di disponibilità – che può dubitarsi della natura retributiva, e quindi della riferibilità all'art. 36 Cost., dell'indennità in esame, che in realtà sembra costituire una forma di indennizzo per un periodo non lavorato (51).

Considerata però la inapplicabilità, al settore terziario, di alcuni istituti giuridici che tutelano la carenza di lavoro (C.I.G.S., disoccupazione speciale, mobilità), resta il dubbio se possa esserci violazione della legge delega, il cui criterio direttivo prevedeva, per i lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione, un trattamento non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice.

---

ta di L. Zappalà, *Lavoro temporaneo e regime sanzionatorio: gli improbabili effetti del collegamento negoziale*. Sulla nullità del contratto di lavoro temporaneo per mancanza di forma scritta, Corte Cost., 6 febbraio 2006, n. 58.

(50) C. Lagala, *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., p. 398; F. Borla, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, cit., p. 1509.

(51) A. Todaro, *Flessibilità dei contratti di lavoro e aspetti previdenziali*, cit., p. 930.

4.3. — *Le conseguenze sulla contribuzione della adibizione del lavoratore a mansioni superiori senza regolare comunicazione al somministratore* — Una situazione particolare concerne gli obblighi contributivi derivanti dall'adibizione del lavoratore a mansioni superiori in mancanza della prevista comunicazione al somministratore.

Il legislatore (art. 23, comma 6, d.lgs. in commento) prescrive una conseguenza molto precisa sul piano del rapporto di lavoro, disponendo che in tal caso l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive (oltre che per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori), ma nulla dice per gli aspetti contributivi.

A mio parere l'interpretazione del silenzio del legislatore deve necessariamente essere nel senso della conservazione della medesima obbligazione contributiva per i rapporti esterni, e quindi della solidarietà tra utilizzatore e somministratore per il debito nei confronti dell'ente previdenziale (52), e al tempo stesso per un totale rovesciamento nei rapporti interni tra i condebitori, dovendosi configurare l'integrale rivalsa del somministratore nei confronti dell'utilizzatore, inadempiente al proprio obbligo di comunicazione.

4.4. — *La patologia del rapporto di lavoro in somministrazione, appalto e distacco* — Anche nei rapporti di lavoro caratterizzati dalla separazione del lavoro dall'impresa si pone il problema degli effetti della nullità del contratto per violazione di norma imperativa, che si atteggia tuttavia in maniera particolare, perché la legge prevede la sostituzione legale della parte datoriale, attraverso la costituzione, con effetto *ex tunc*, di un rapporto di lavoro con il soggetto utilizzatore della prestazione di lavoro.

È la sanzione prevista, fin dal 1960, nelle ipotesi di interposizione di manodopera, e poi riproposta nella disciplina del lavoro temporaneo.

Questo rigoroso meccanismo, che realizza una fattispecie atipica di conservazione del contratto di lavoro, attraverso la novazione legale soggettiva del rapporto, è oggi previsto in primo luogo nel caso di contratto di somministrazione nullo per mancanza di forma scritta, richiesta *ad substantiam* (53), per il quale il legislatore espressamente dichiara che i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

(52) In questo senso anche A. Sgroi, *La riforma del mercato del lavoro: riflessioni in tema di contribuzione previdenziale obbligatoria*, cit., p. 493.

(53) Su tale requisito, e sui contrasti interpretativi generati dalle modifiche apportate dal decreto legislativo correttivo, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, che secondo

La stessa conseguenza, costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con efficacia retroattiva, è portata dalla somministrazione irregolare, ma in questo caso è subordinata a una esplicita volontà del lavoratore, manifestata attraverso il deposito di un ricorso giudiziale, e la stessa modalità di emersione della nullità è prevista anche nel caso di appalto e distacco irregolari.

Si tratta della stessa tecnica utilizzata in materia di lavoro a tempo parziale, laddove si prevede (art. 8, comma 2, del d.lgs. n. 61 del 2000), che in caso di omissione, nel contratto, della clausola di durata della prestazione, il lavoratore possa chiedere che venga dichiarata la sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a far data dalla data dell'accertamento giudiziale.

È a questo punto necessario soffermarsi sugli effetti di questa tecnica legislativa, che sembra precludere agli enti previdenziali la titolarità dell'azione di nullità del contratto di lavoro viziato.

4.5. — *Nullità del contratto e costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore in funzione di conservazione atipica del contratto* — La questione concerne l'inquadramento sistematico della disposizione, e cioè se la somministrazione (o appalto o distacco) irregolare dia luogo ad annullabilità, oppure a nullità, relativa o assoluta.

Se si dovesse ritenere nullità relativa si dovrebbe giungere alla conclusione che gli enti previdenziali non possano far valere il proprio credito contributivo nei confronti dell'utilizzatore fino a che il lavoratore non proponga la relativa azione (54). Nella ipotesi di annullabilità si potrebbe addirittura arrivare a prospettare che i servizi ispet-

---

l'Autrice «avrebbe prodotto un inasprimento del regime sanzionatorio volto ad assicurare il rispetto dei requisiti formali prescritti dalla legge a garanzia di un trasparente e corretto funzionamento del mercato del lavoro somministrato», L. Zappalà, *La forma nel contratto di somministrazione*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, n. 77/2005, in www.unict.it.

(54) Cfr. M. Cinelli, C. A. Nicolini, *Il dpef per gli anni 2004-2007; la previdenza nel decreto di attuazione della «Legge Biagi»*, in *RIDL*, 2003, III, p. 161: «La norma è strutturata in modo tale da far dubitare che, anche in presenza di concreto interesse, l'ente sia autonomamente legittimato ad accertare (o a far accertare in sede giudiziaria) la sussistenza del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, e quindi a reclamare eventuali differenze contributive, qualora manche una specifica domanda del lavoratore»; nello stesso senso S. Pantalei, *La riforma dei servizi ispettivi*, in *LPO*, 2005, p. 987: «Ciò comporterà che l'Istituto, anche in presenza di fenomeni di caporalato, non potrà procedere all'addebito dei contributi all'utilizzatore, in quanto è riservata al solo lavoratore la facoltà di chiedere di essere alle sue dipendenze».

tivi non possano neanche accertare questi vizi del contratto, esposti alla eventuale iniziativa del solo lavoratore interessato (55).

Emerge qui uno dei tratti fondamentali della riforma: il tentativo di depotenziare la capacità degli enti previdenziali di ripristinare la legalità del mercato del lavoro e di rendere più difficoltosa l'attività ispettiva, e più in generale il recupero dei crediti contributivi, attraverso la valorizzazione – fino a renderla vincolante – della volontà di reazione del lavoratore.

Ma è possibile che il diritto-dovere dello Stato di controllare e reprimere gli illeciti in materia di lavoro, tanto più importante al tempo del mercato del lavoro flessibile, venga subordinato all'azione del lavoratore?

La dottrina sembra avviata a una interpretazione della norma che non comporti tale preclusione: secondo un Autore si tratterebbe solo di una descrizione diversa della medesima sanzione (56), mentre altri hanno posto in evidenza come la fattispecie configuri una ipotesi di nullità virtuale, che può quindi essere invocata – in ossequio ai princìpi generali – da chiunque vi abbia interesse (57).

---

(55) Per questa posizione, M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Gdir*, n. 4, p. 66: «Il rapporto interpositorio rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se – e fino a quando – il prestatore non ne richieda la conversione […] in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore»; nello stesso senso, in materia di distacco, M. Gambacciani, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003*, in *ADL*, 2005, p. 232.

(56) Cfr. P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, cit., p. 138, secondo il quale «si tratta, in altri termini, di una norma tipicamente processuale in quanto formulata a partire dalla posizione del lavoratore rispetto all'esercizio dell'azione civile la quale […] può essere proposta soltanto dal prestatore di lavoro subordinato, unico soggetto legittimato a far accertare la natura interpositoria della fattispecie *al fine* di costituire il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore».

(57) F. Scarpelli, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 158; F. Borla, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, cit., p. 1507, la quale osserva correttamente che «dal momento che il titolare del rapporto contributivo è l'I.N.P.S., al quale – al pari di tutti i soggetti titolari di diritti – non può essere sottratto il diritto di agire per l'adempimento delle proprie pretese creditorie, la lettura del combinato disposto del commi 1 e 2 dell'art. 27 costituisce un decisivo argomento a favore della tesi che ammette anche per l'Ente Previdenziale la possibilità di far accertare in giudizio l'irregolarità di un contratto di somministrazione e di agi-

Si tratta di interpretazioni alla ricerca di una soluzione costituzionalmente orientata – che eviti, cioè, l'illegittimità della norma per contrasto con l'art. 24 Cost. – ma che si scontrano con il dato letterale, che espressamente parla di azione giudiziaria del lavoratore.

È perciò necessaria una diversa impostazione.

4.6. — *Il problema della titolarità delle diverse azioni di nullità e di costituzione del rapporto con l'utilizzatore* — La giurisprudenza penale ha subito avuto occasione di precisare che le modifiche intervenute non hanno comportato l'abolizione del divieto di intermediazione di manodopera (58), e questo argomento – fattispecie di violazione di norma di diritto pubblico – serve a escludere in radice la tesi della mera annullabilità.

Accertato quindi che si tratta di nullità, perché il contratto viziato è contrario all'interesse generale, occorre partire dalla considerazione che la tradizionale classificazione non offre adeguato sostegno, a conferma di quanto ormai da molti anni si registra nella legislazione e nella dottrina, e cioè del progressivo allontanamento dal dogma della bipartizione tra nullità assoluta o relativa, in favore di nuove forme di nullità ritenute più idonee a tutelare gli interessi coinvolti (59).

L'analisi del testo normativo consente di affermare che le disposizioni qui in esame non attribuiscono al lavoratore la titolarità esclusiva di chiedere la nullità del contratto, ma solo la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore che fa seguito a quella nullità.

Ancora una volta si deve quindi distinguere tra effetti della nullità che incidono sul passato (le prestazioni già eseguite) ed effetti del contratto *pro futuro*, ovvero di eventuale conservazione, in funzione di protezione del lavoratore, del rapporto con altro datore di lavoro.

---

re per le eventuali differenze contributive dovute nel caso di riconoscimento giudiziale del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore».

(58) Cfr. Cass. pen., 25 agosto 2004, n. 34922, in *DL*, 2005, II, p. 275, con nota di A. Morrone, *Rilevanza penale della somministrazione di lavoro tra vecchio e nuovo regime*; in *MGL*, 2005, p. 101, con nota di A. Palladini, *La rilevanza penale della somministrazione di lavoro e dell'intermediazione alla luce della riforma del mercato del lavoro*; in *GI*, 2005, p. 1052, con nota di G. Debernardi; Cass. pen., 26 gennaio 2004, n. 2583, in *Lav. giur.*, 2005, p. 954, con nota di C. Perini, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della Suprema Corte*.

(59) Su questa problematica, F. De Marzio, *Forme della nullità del nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *GC*, 2000, p. 465.

Su queste basi è quindi possibile aderire alla tesi dottrinale secondo la quale la nullità della somministrazione, dell'appalto e del distacco, posti in violazione delle leggi che regolamentano i diversi istituti, è nullità assoluta, che può e deve essere rilevata da chiunque vi abbia interesse, e quindi anche dagli enti previdenziali.

Ciò che agli enti è preclusa è invece, a mio parere, la domanda di trasformazione del contratto, perché in mancanza di esplicita richiesta del lavoratore di costituire il rapporto con l'utilizzatore si giungerà alla caducazione integrale del contratto di lavoro nullo.

Così interpretata la norma acquista razionalità e si pone in sintonia con la lettura offerta dalla Corte Costituzionale, che ha ricordato la specificità del rapporto di lavoro, regolato per larga parte da fonti eteronome, che non consente l'applicazione di «quei limiti all'operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione del contratto della fonte primaria del regolamento negoziale» (60).

È questa la conclusione cui giunge, mi sembra di capire, anche Antonio Vallebona, il quale però da questo fa poi discendere che «la speciale azione di conversione legale nei confronti dell'interponente […] è qui riservata al lavoratore, sicché l'ente può, tutt'al più, intervenire tempestivamente nel giudizio promosso dal lavoratore e far valere la sua pretesa contributiva nello stesso giudizio» (61).

In realtà da quanto appena detto può anche derivare, anzi è più probabile che derivi, la situazione rovesciata, in cui l'Istituto previdenziale, che non può far valere la conversione, proponga azione giudiziaria volta alla declaratoria di nullità del contratto, anche per esigere i contributi relativi alla parte già eseguita, e che il lavoratore chieda, di conseguenza, la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore, al fine di evitare la dissoluzione del rapporto.

4.7. — *Efficacia satisfattoria della contribuzione versata dall'interposto in esecuzione del contratto nullo* — Questa tesi, che riconosce in ca-

(60) Così, Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, cit., *sub* par. 3.2., nota 11.

(61) Cfr. A. Vallebona, *Questioni in tema di contribuzione obbligatoria per i soci di cooperative, nei casi di intermediazione di manodopera, di associazione in partecipazione e nel lavoro a domicilio*, Relazione all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema «Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzioni obbligatorie», Roma 5-7 dicembre 2005, in www.csm.it e in corso di pubblicazione in *IPREV*.

po agli enti previdenziali la titolarità di far valere la nullità dei contratti in esame viziati da nullità, trova conferma nella individuazione di uno specifico interesse ad agire dell'ente previdenziale, che deriva dall'accertamento di un diritto di credito collegato alla nullità dei rapporti posti in essere; interesse ad agire che si affianca alla peraltro irrinunciabile funzione pubblicistica di controllo del rispetto della legge.

A questo scopo occorre dare conto di una ulteriore innovazione normativa, prevista all'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003, ed estesa, con il d.lgs. n. 251 del 2004, anche all'appalto e al distacco, secondo la quale nelle ipotesi di somministrazione irregolare (per effetto della nullità del contratto l'interposto non è più soggetto passivo dell'obbligazione, neanche in via sussidiaria, perché viene meno anche la solidarietà dal lato passivo dell'obbligazione contributiva) (62) tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, anche a titolo di contributi previdenziali, valgono a liberare l'utilizzatore, che a seguito della declaratoria di nullità è diventato *ex tunc* datore di lavoro a tutti gli effetti, dal debito corrispondente fino a concorrenza di quanto effettivamente pagato.

Il legislatore ha così codificato quell'orientamento giurisprudenziale che, partendo dalla rilevazione della unicità del rapporto, considera i pagamenti effettuati dall'interposto aventi efficacia satisfattiva, alla stregua dell'art. 1180, comma 1, cod. civ., e quindi come adempimento del terzo, e questo senza che abbia rilevanza la consapevolezza dell'altruità del debito (63).

Si tratta di meccanismo di grande utilità pratica, che consente di evitare complicazioni in occasione della risistemazione delle posizioni contributive, perché, di regola, la nullità del rapporto con l'interponente dovrebbe comportare la restituzione della contribuzione versata e ormai indebita, con obbligo di versamento integrale della contribuzione, e delle sanzioni civili per il ritardo, a carico dell'appaltatore.

Tuttavia l'incidenza della contribuzione versata in costanza di rapporto nullo non può essere integralmente satisfattiva, perché l'utilizza-

(62) Cass., 14 giugno 1999, n. 5901, in *MGL*, 1999, p. 1321, con nota di C. M. Cammalleri, *Sulla responsabilità contributiva dell'interposto la Cassazione muta orientamento*, dove la Corte esclude che «la (concorrente) responsabilità anche di quest'ultimo [l'interposto] possa essere affermata in virtù dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dell'I.N.P.S. nella situazione di apparente titolarità del rapporto di lavoro».

(63) Cass., 7 luglio 2004, n. 12509; Cass., 24 marzo 2004, n. 5915; Cass., 9 ottobre 1995, n. 10556, in *FI*, 1996, I, c. 2869; in *IPREV*, 1996, p. 534; in *DL*, 1997, II, p. 139, con nota di V. M. Marinelli, *Obbligo assicurativo e interesse ad agire dell'I.N.P.S. in ipotesi di interposizione delle prestazioni di lavoro*.

tore, datore di lavoro a tutti gli effetti, sarà tenuto a versare le differenze contributive derivanti dal diverso inquadramento (64).

5. — *Gli effetti della certificazione sul rapporto contributivo* —

5.1. — *Rapporti di lavoro certificati e verbali ispettivi che ne disconoscono il contenuto. Preclusione alla iscrizione al ruolo o solo alla sua esecutorietà?* — Posto che, per espressa disposizione di legge (art. 79 del d.lgs. n. 276 del 2003), gli effetti della certificazione del contratto di lavoro permangono verso i terzi fino all'eventuale annullamento giurisdizionale, non si può negare la rilevanza della stessa nell'ambito del rapporto contributivo. Anzi, si può anche pensare che il vero obiettivo del legislatore del 2003 fosse proprio quello di proteggere il datore di lavoro da un contrario inquadramento del rapporto di lavoro effettuato dagli uffici ispettivi (65).

Sotto questo profilo anche la certificazione può essere annoverata tra gli istituti giuridici attraverso i quali – valorizzando un elemento volontaristico – si è cercato di depotenziare la capacità degli enti di vigilare sui rapporti di lavoro.

In questo caso però lo strumento non è particolarmente invasivo, perché si limita a inibire solo il potere di autotutela dell'ente (e quindi, secondo la tesi prevalente, il potere di iscrivere a ruolo i crediti che dovessero risultare dovuti a seguito di un accertamento ispettivo difforme da quanto certificato), ma non certo il diritto di chiedere al giudice la diversa qualificazione del rapporto.

In realtà, sul problema del rapporto tra certificazione del rapporto di lavoro e potestà degli enti previdenziali di iscrivere a ruolo crediti fondati su verbali ispettivi che disconoscano il contenuto della certificazione, le posizioni restano variegate (66).

---

(64) Cfr., A. Todaro, *Flessibilità dei contratti di lavoro e aspetti previdenziali*, cit., p. 932: «A seguito della costituzione giudiziale del rapporto subordinato […] il vincolo di solidarietà si estingue con effetto retroattivo e l'inquadramento nel terziario è superato dall'eventuale diverso inquadramento dell'utilizzatore. Nei confronti dell'ente previdenziale, l'utilizzatore è tenuto alle differenze contributive, le quali, essendo versate in ritardo rispetto alla scadenza, devono essere maggiorate delle somme aggiuntive».

(65) Per una critica alla scelta del legislatore, e per la prospettazione di alcuni sospetti di illegittimità costituzionale, A. Guadagnino, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in q. *Riv.*, 2004, p. 575.

(66) Per una ricognizione delle diverse posizioni rinvio a P. Capurso, *Sulla efficacia legale della certificazione nel rapporto contributivo*, in *RDSS*, 2005, p. 329.

Vi è, ad esempio, chi sostiene che la certificazione non possa costituire preclusione alla iscrizione a ruolo del credito, venendo poi rimessa alla valutazione del debitore ingiunto la scelta di avvalersi, in sede di opposizione alla pretesa contributiva, della certificazione, la cui rispondenza all'assetto reale del rapporto di lavoro può costituire oggetto di accertamento incidentale (67).

Oggi appare tuttavia prevalente, come detto, la posizione di chi ritiene che la certificazione abbia un effetto preclusivo nei confronti dell'attività di riscossione degli enti. Secondo questa tesi, peraltro recepita dall'I.N.P.S. (Circ., 1° giugno 2005, n. 71), la certificazione costituisce vero e proprio impedimento alla iscrizione a ruolo, che dunque deve considerarsi illegittima se in contrasto con essa (68); contro la stessa gli enti devono pertanto avviare preventivamente il ricorso giudiziario, preceduto dal tentativo di conciliazione, come espressamente previsto dall'art. 80 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Una tesi intermedia è invece espressa da chi – con l'obiettivo di coordinare le disposizioni qui in esame con il sistema di riscossione coattiva mediante ruoli dei crediti degli enti previdenziali – interpreta la norma nel senso che gli effetti giuridici della certificazione destinati a permanere fino alla sentenza di merito non siano quelli sostanziali, che riguardano, cioè, il potere di autotutela degli enti, ma gli effetti che operano sul piano della attuazione del diritto, e che quindi non costituiscono preclusione all'esercizio del potere amministrativo, ma solo alla sua esecutorietà (69).

Secondo questa teoria, in sintesi, gli enti potrebbero iscrivere a ruolo un credito in presenza di verbale di accertamento che inquadri il rapporto di lavoro in modo difforme, ma – in caso di impugnazione – non potrebbero avviare la riscossione fino alla pronuncia giudiziale, perché ogni attività diretta al recupero coattivo del credito sarebbe affetta da nullità, in forza del chiaro disposto del citato art. 79.

Occorre comunque dire che la differenza tra queste ultime due posizioni è molto meno accentuata di quanto sembri. Nessun Autore sem-

(67) In questo senso, ad esempio, G. Costantino, *Profili processuali della certificazione dei contratti*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e Diritti*, cit., p. 439; F. Borla, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro*, cit., p. 1520.

(68) M. Cinelli e C. A. Nicolini, *Il DPEF per gli anni 2004-2007; la previdenza nel decreto di attuazione della «Legge Biagi»*, cit., p. 183; A. Vallebona, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, cit., p. 267.

(69) P. Capurso, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e n. 124/2004*, in *LPO*, 2005, p. 1021; Idem, *Sulla efficacia legale della certificazione nel rapporto contributivo*, cit., p. 334.

bra, infatti, mettere in discussione la possibilità, per l'Istituto previdenziale, di chiedere, nello stesso giudizio di cognizione, l'accertamento della erroneità e/o difformità della certificazione e la condanna al pagamento dei contributi che la legge prevede per il rapporto di lavoro effettivamente instaurato. In entrambi i casi l'unico effetto è dunque che non è possibile procedere a esecuzione coattiva fino alla sentenza di merito, mentre sul piano processuale la posizione delle parti è identica, perché l'onere della prova è posto a carico dell'ente anche nella veste di convenuto opposto.

6. — *Riforma dei servizi ispettivi e obbligazioni contributive* —

6.1. — Piccoli equivoci *a margine delle conciliazioni tra datore di lavoro e lavoratore che definiscono le procedure ispettive dinanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro* — Il d.lgs. n. 124 del 2004 è per larga parte incentrato sulla riorganizzazione dell'attività ispettiva, da oggi indirizzata – ed è questo l'elemento di maggiore novità – non solo alla repressione ma anche alla prevenzione degli illeciti (70).

Motivo dominante è la posizione di centralità assunta dal Ministero del lavoro – ai diversi livelli territoriali: nazionale, regionale e periferico

(70) Per una panoramica sui profili del d.lgs. n. 124 del 2004, di riordino dei servizi ispettivi: A. Gaspari, A. Guadagnino, *Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il d.lgs. 124/2004*, Roma, 2005; L. Monticelli, M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Milano, 2004; G. Lella, *Il d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124: la riforma della vigilanza in materia di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 2006; L. Nogler, C. Zoli (a cura di), *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 *NLCC*, 2005, p. 871; P. Pennesi, *Nuovi servizi ispettivi: princìpi e modelli della riforma*, in *DPL*, 2004, n. 30 (inserto), III; E. Massi, *Dall'organizzazione alla conciliazione monocratica*, *ivi*, p. IX; P. Rausei, *Dalla diffida accertativa ai ricorsi regionali*, *ivi*, p. XII; A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, *ivi*, 2004, n. 42 (inserto); L. Iero, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, in *Lav. giur.*, 2004, p. 637; A. Sgroi, *La funzione ispettiva in materia di lavoro*, in M. T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, p. 259; Idem, *Servizi ispettivi in materia di previdenza sociale e lavoro. Convenzioni internazionali e leggi di riforma*, in *LPO*, 2005, p. 931; A. Gaspari, *Il mosaico delle funzioni ispettive delineato nel decreto legislativo n. 124/2004*, *ivi*, 2004, p. 1483; L. Foglia, *I servizi ispettivi nel sistema riformato: implicazioni e profili problematici*, di prossima pubblicazione in *Lav. giur.*, 2006; con particolare riferimento alla posizione degli enti previdenziali, A. Guadagnino, *I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il decreto legislativo n. 124/04*, in *LPO*, 2005, 1.

– in ordine alla individuazione delle linee guida e al coordinamento delle iniziative di contrasto del lavoro sommerso e irregolare (71).

Espressione della nuova filosofia della prevenzione e promozione sono le competenze aggiuntive assegnate al personale ispettivo, tenuto anche a fornire indicazioni sulle modalità di attuazione della normativa lavoristica e previdenziale, nonché l'istituto dell'interpello, mutuato dal diritto tributario, e il riordino dei ricorsi amministrativi, con l'obiettivo di incrementare le definizioni in via amministrativa delle controversie, con funzione deflativa del contenzioso.

Le obbligazioni contributive sono, tuttavia, solo accidentalmente sfiorate dal decreto legislativo n. 124, e i punti di contatto si concentrano nell'area tematica della rilevanza degli accordi raggiunti in sede conciliativa tra lavoratore e datore di lavoro.

In ossequio al criterio direttivo di cui alla legge n. 30 del 2003, il legislatore delegato, nel tentativo di operare un «raccordo efficace tra la funzione di ispezione del lavoro e quella di conciliazione», ha, infatti, predisposto modalità alternative di definizione del procedimento ispettivo nelle ipotesi di accordo tra le parti del rapporto di lavoro, segnatamente nella fase che segue la diffida accertativa e nel caso in cui si perfezioni la conciliazione monocratica.

Ed è proprio in questo punto di intersezione tra rapporto di lavoro e rapporto contributivo che sono emersi alcuni *piccoli equivoci* in ordine alla possibile interrelazione tra le conciliazioni di lavoro e le obbligazioni contributive, che hanno portato alcuni Autori a interrogarsi se «il tentativo di conciliazione possa avere a oggetto la stessa sussistenza o durata del rapporto di lavoro intercorso tra le parti e che sia di fatto attribuito al lavoratore il diritto a rinunciare a una parte dei contributi previdenziali teoricamente dovuti» (72).

---

(71) Cfr. D. Papa, *Obiettivi e implicazioni della riforma dei servizi ispettivi. Razionalizzazione, coordinamento, attività di prevenzione e promozione*, in *LPO*, 2005, p. 956; A. Rivara, *Le nuove competenze della Direzione Provinciale del lavoro: aspetti operativi*, *ivi*, 2005, p. 956.

(72) Così, in termini però problematici, L. Iero, *La nuova vigilanza in materia di lavoro e legislazione sociale*, cit., p. 643, il quale si chiede «se tale rinuncia possa rivelarsi produttiva di effetti nei riguardi degli istituti di previdenza, che non sono direttamente coinvolti nel tentativo di conciliazione»; E. Massi, *Dall'organizzazione alla conciliazione monocratica*, cit., p. XX: «Par di capire […] che con la firma dell'atto transattivo non sia più possibile perseguire altre eventuali carenze nel comportamento datoriale riferibili a quel rapporto»; nello stesso senso, D. Messineo, *La nuova conciliazione monocratica nella riorganizzazione dei servizi ispettivi*, *Lav. giur.*, 2005, p. 725, il

Si presenta a questo punto necessario richiamare, in breve, i princìpi generali che regolano le obbligazioni contributive.

6.2. — *Gli orientamenti della giurisprudenza sulla assoggettabilità a contribuzione delle erogazioni effettuate a seguito di transazioni di lavoro. Il principio generale di indisponibilità della contribuzione previdenziale* — Il problema della assoggettabilità a contribuzione previdenziale delle somme concordate tra le parti del rapporto di lavoro in sede di transazione costituisce da molti anni la cartina di tornasole delle teorie sul rapporto contributivo (73).

L'orientamento costante della Suprema Corte di Cassazione è stato sempre nel senso di ritenere che il principio secondo cui le erogazioni dipendenti da transazioni novative, non contenenti un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, debbono considerarsi in nesso di mera occasionalità con il rapporto di lavoro, e quindi non assoggettabili a contribuzione, va coordinato con il principio secondo cui l'indagine sulla natura delle somme non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni, e con il principio che nell'ampio concetto di retribuzione imponibile ai fini contributivi rientra tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in dipendenza e a causa del rapporto di lavoro; da ciò consegue che per escludere l'inserimento nella base imponibile di quanto corrisposto non è sufficiente la mancanza di uno stretto nesso di corrispettività, ma occorre che risulti un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione (74).

La giurisprudenza è assolutamente monolitica nell'affermare il principio della completa autonomia del rapporto contributivo dal rapporto di lavoro, di guisa che (a) nel caso di transazione cd. novativa non può riconoscersi la natura retributiva di un emolumento, e dunque non

---

quale arriva addirittura a prospettare che gli Enti previdenziali e le agenzie fiscali, «venuti a conoscenza degli obblighi contributivi connessi alla conciliazione, dovrebbero escludere l'azienda dall'elenco delle aziende da ispezionare, quanto meno per quanto attiene alle materie fatte oggetto di conciliazione».

(73) Sulla problematica, M. Tremolada, *Componimento transattivo di controversia di lavoro e contribuzione previdenziale*, in *RPPP*, 2001, 7; A. Reale, *Retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale e transazione*, *ADL*, 1999, p. 757; F. Fonzo, *Obbligo contributivo e somme corrisposte in forza di accordi transattivi*, in q. *Riv*., 1985, III, p. 163.

(74) In questi esatti termini, Cass., 9 maggio 2002, n. 6663, in *DL*, 2003, II, p. 53, con nota di M. Faioli, *Regime previdenziale della transazione novativa*.

è dovuta la contribuzione, ferma restando la possibilità che l'ente previdenziale accerti la sussistenza di periodi lavorativi privi di adeguata copertura assicurativa e chieda in giudizio, onerandosi della relativa prova, la contribuzione corrispondente; (b) nel caso di transazione cd. non novativa, o semplice, laddove, cioè, vi sia il riconoscimento di un periodo di lavoro cui abbia fatto seguito l'inadempimento contributivo, l'obbligo per il datore di lavoro di versare la contribuzione dovuta per la frazione riconosciuta, ferma restando la facoltà per l'ente previdenziale (b1) di disconoscere il rapporto di lavoro regolarizzato ove ritenga mancanti i presupposti per l'assicurazione e (b2) di far valere, ai fini contributivi, ulteriori periodi di lavoro non riconosciuti in sede transattiva.

È questo il precipitato del principio giuridico in forza del quale la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'Istituto previdenziale, avente a oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacché alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunziato ai suoi diritti (75); pertanto, attesa l'autonomia tra i due rapporti, la transazione non spiega effetti riflessi nel giudizio con cui l'ente previdenziale fa valere il credito contributivo (76).

Da quanto appena detto non può che affermarsi, in definitiva, la assoluta irriducibilità del potere pubblicistico dell'ente previdenziale di agire – previo accertamento del presupposto di legge – per la condanna al pagamento della contribuzione dovuta per i periodi lavorati

(75) Cfr., ad esempio, Cass., 13 aprile 1999, n. 3630, in *NGL*, 1999, p. 548; Cass., 23 gennaio 1993, n. 677, *ivi*, 1993, p. 595; in *IPREV*, 1993, p. 396.

(76) In questi esatti termini, Cass., 3 marzo 2003, n. 3122, in *Lav. giur.*, 2003, p. 953, con nota di G. Girardi, *Transazione intervenuta tra prestatore d'opera e presunto datore di lavoro*; in *MGL*, 2003, p. 372, con nota di P. Boer, *La conciliazione giudiziale della controversia di lavoro non preclude all'ente previdenziale l'azione contributiva*. Ancora più precisa, Cass. 3 aprile 2004, n. 6607, in *NGL*, 2004, fasc. 4, secondo la quale «sul fatto costitutivo dell'obbligazione contributiva, che ha natura di obbligazione pubblica nascente *ex lege*, non può incidere in alcun modo la volontà negoziale, che regoli in maniera diversa l'obbligazione retributiva, ovvero risolva con un contratto di transazione la controversia insorta in ordine al rapporto di lavoro, precludendo alle parti il relativo accertamento giudiziale».

e non riconosciuti (ai fini retributivi) in sede di conciliazione monocratica o di accordo a seguito di diffida accertativa.

D'altro canto, per chiudere il discorso, è sufficiente ricordare che, ai sensi dell'art. 2115, cod. civ., comma 3, è nullo qualsiasi patto diretto a eludere gli obblighi contributivi, e che, *ex* art. 1966, comma 2, cod. civ., la transazione è nulla se i diritti in oggetto sono sottratti alla disponibilità delle parti, e – come è noto – i contributi previdenziali sono indisponibili (77).

Non si pone neanche un problema di legittimità costituzionale (78), perché è sufficiente una interpretazione letterale delle norme, alla quale si procede nei paragrafi che seguono.

6.3. — *I contributi dovuti in conseguenza di conciliazione che estingua la diffida accertativa* — La diffida accertativa è istituto giuridico di notevole impatto sulle controversie di lavoro, perché attribuisce ai servizi ispettivi della Direzione Provinciale del Lavoro il compito di adottare, a tutela di crediti di natura privatistica, un provvedimento amministrativo autoritativo, idoneo ad acquisire – in mancanza di opposizione – valore di accertamento tecnico, con efficacia di titolo esecutivo, in favore del lavoratore (79).

Per la parte che qui rileva, l'art. 12 del d.lgs. n. 124 del 2004 si limita a precisare, al comma 3, che «… in caso di accordo, risultante da verbale sottoscritto dalle parti, il provvedimento di diffida perde efficacia…».

---

(77) Sulla assoluta indisponibilità, da parte dell'autonomia privata, dei profili contributivi che l'ordinamento collega al rapporto di lavoro cfr., tra le tante, Cass., 25 ottobre 2004, n. 20686, in q. *Riv*., 2005, II, p. 357, con nota di B. Ronconi, *Omissione contributiva e nullità delle rinunce al relativo risarcimento*; Cass., 18 luglio 2003, n. 11289.

(78) A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, cit., p. XI, ritiene invece che «la disciplina degli effetti raggiunti in sede di conciliazione monocratica solleva forti dubbi di legittimità costituzionale con riguardo ai limiti all'esercizio del potere legislativo delegato e al principio dell'indisponibilità dei contributi».

(79) Oltre ai già richiamati studi sulla riforma dei servizi ispettivi v. M. Marazza, *Diffida accertativa e soddisfazione dei crediti di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 237, nonché A. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *LPO*, 2005, p. 1044, il quale, in chiave fortemente critica della scelta legislativa, sottolinea la «irragionevolezza, non solo in sé ma anche dal punto di vista sistematico, della disciplina positiva del nuovo istituto, che deve essere dichiarata incostituzionale per violazione degli articoli 3 e 24 Costituzione, a prescindere dalla pur evidente e assorbente violazione dell'articolo 76 Costituzione per eccesso di delega».

Questa disposizione appare invero pienamente rispettosa del principio di autonomia del rapporto contributivo, perché dalla mancata previsione di qualsiasi effetto dell'accordo in ambito contributivo deve necessariamente derivare che la contribuzione è astrattamente dovuta sull'intero periodo oggetto di accertamento ispettivo.

La diffida accertativa può essere definita in sede di conciliazione (nel senso che perde efficacia) sia con transazione semplice che con transazione novativa, e dalla natura di questo accordo discendono le conseguenze giuridiche – viste *supra* – in tema di assoggettabilità a contribuzione obbligatoria delle relative erogazioni economiche.

Conciliata *inter partes* la controversia di lavoro, tutti i soggetti coinvolti saranno quindi liberi di agire sul versante previdenziale, estraneo all'accordo: gli enti previdenziali potranno richiedere i contributi che ritengano accertati, e quindi – presumibilmente – quelli emersi in sede di accertamento ispettivo; il lavoratore, che ha conciliato la frazione disponibile del rapporto, cioè quella retributiva, potrà esigere il versamento della contribuzione sull'intero periodo accertato (80). In ossequio allo stesso principio di autonomia del rapporto previdenziale, infine, l'adesione del datore di lavoro alla conciliazione non potrà essere interpretata necessariamente come riconoscimento della sussistenza del rapporto come accertato nel provvedimento amministrativo di diffida, e pertanto il soggetto passivo dell'obbligazione resterà libero di resistere alle pretese contributive (81).

6.4. — *La conciliazione monocratica come transazione necessariamente non novativa. La* condicio iuris *del versamento della contribuzione dovuta sulle omissioni contributive riconosciute* — Solo all'apparenza più problematico, per i profili contributivi, l'art. 11, comma 4, del decreto legislativo in commento, che, nel disciplinare la conciliazione mono-

(80) Sulla titolarità, in capo al lavoratore, di questa azione, Cass. 6 luglio 2002, n. 9850; Cass., 23 gennaio 1989, n. 379, in *IPREV*, 1989, p. 656.

(81) In questo senso, M. Cinelli, *Ispezioni e diritti: a proposito degli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 124 del 2004*, cit., p. 320, il quale, da un lato, osserva che «quella transazione, anche ove diretta a dare assetto alle conseguenze derivanti da un pregresso rapporto di lavoro – ivi compresi, in ipotesi, gli aspetti contributivi – quale *res inter alios acta* non può coinvolgere la posizione dell'ente previdenziale»; dall'altro rileva che «evidenti ragioni di coerenza logica giuridica inducono, dunque, a concludere che, ricorrendo tale evenienza, detto accordo non può produrre effetti nemmeno nei confronti dell'ente previdenziale e, dunque, non può costituire l'elemento fondativo della relativa pretesa».

cratica, subordina l'effetto estintivo, oppure il mancato avvio dell'ispezione della D.P.L., nelle ipotesi, rispettivamente, di conciliazione contestuale e conciliazione preventiva, alla condizione del pagamento della retribuzione e dei «contributi previdenziali, determinati secondo le norme in vigore, riferiti alle somme concordate in sede conciliativa, in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti».

Questa particolare condizione legale di accesso alla conciliazione ha dato luogo a una sorta di *allucinazione collettiva*, che ha fatto vedere nell'accordo tra datore di lavoro e lavoratore il fatto costitutivo della obbligazione contributiva, come se l'art. 11, qui in commento, consentisse una novazione causale dell'obbligazione contributiva, con il duplice effetto, tipico della novazione, di (I) estinguere il precedente obbligo (sorto *ex lege*, al verificarsi del presupposto dell'assicurazione: lo svolgimento dell'attività di lavoro) e di (II) costituire un nuovo rapporto contributivo, il cui fondamento è la transazione stessa (82).

In realtà, per ricondurre a sistema tale disposizione è sufficiente constatare che la conciliazione monocratica, a differenza della diffida accertativa, presuppone una specifica modalità di transazione, quella non novativa, e che quindi non è possibile definire un contrasto in sede di conciliazione monocratica con una transazione novativa (83).

Su questa premessa appare conforme ai princìpi generali che, essendoci un riconoscimento per un determinato periodo, su di esso vengano calcolati i relativi contributi previdenziali, nel pieno rispetto delle norme in vigore, e quindi compresi i minimali di legge e di contratto collettivo.

---

(82) In questo equivoco sono caduti non solo coloro che attribuiscono a queste transazioni tale dirompente effetto, ma anche quegli Autori che invocano, per le stesse ragioni, l'illegittimità costituzionale delle norme in esame, nonché – aspetto davvero singolare – gli stessi enti previdenziali (I.N.P.S., Circ. 20 settembre 2004, n. 132; I.N.A.I.L., Circ. 17 dicembre 2004, n. 86) che, per dare veste giuridica al progetto di incentivare l'istituto giuridico attraverso la rinuncia alle sanzioni civili astrattamente dovute per il ritardo, qualificano la conciliazione come presupposto del versamento contributivo. Per la critica alle posizioni assunte dalla prassi amministrativa, A. Guadagnino, *Gli effetti della conciliazione monocratica sul rapporto contributivo*, cit., p. 1011.

(83) Sulla necessità di individuare i periodi riconosciuti la dottrina è compatta: per tutti, A. Rivara, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, cit., p. XII, nella parte in cui osserva che «lo stesso testo normativo, collegando l'effetto di estinzione del procedimento ispettivo al pagamento dei contributi per il periodo lavorativo concordato, sembra presupporre che l'accordo si fondi sempre sul riconoscimento di un intercorso rapporto di lavoro e non possa quindi avere a oggetto la corresponsione di somme a titolo meramente transattivo».

L'unico aspetto di novità è quindi costituito dal fatto che, per rafforzare la tutela dell'obbligo contributivo, il legislatore ha preteso non solo il riconoscimento, ma anche l'integrale pagamento della retribuzione e della contribuzione dovuta sul periodo concordato in sede conciliativa; adempimento che quindi costituisce vera e propria *condicio iuris* della definizione della controversia di lavoro, in funzione di contropartita dell'effetto premiale della estinzione del procedimento ispettivo, e questo al fine di incrementare le conciliazioni semplici in luogo di quelle novative (che non sono precluse alle parti, ovviamente al di fuori del procedimento regolato dall'art. 11) (84).

Siffatto modello non è però minimamente in grado di alterare – stante il regime di assoluta indisponibilità della contribuzione obbligatoria e il più volte richiamato principio di autonomia del rapporto contributivo – i meccanismi che regolano, sul versante della assoggettabilità a contribuzione, le transazioni semplici, e che consentono alle parti e ai terzi di fornire la prova che il rapporto abbia avuto, nella sua attuazione, una differente regolamentazione (85).

---

(84) Cfr. P. Pennesi, *Nuovi servizi ispettivi: princìpi e modelli della riforma*, cit., p. IX, il quale sottolinea proprio questo «tentativo di incrementare le ipotesi conciliative fondate sull'effettivo riconoscimento del rapporto di lavoro con le relative conseguenze sul piano delle entrate contributive e previdenziali, a fronte dell'attuale orientamento tendente a fondare molto spesso l'erogazione di somme di denaro conseguenti alle conciliazioni esclusivamente sull'accordo transattivo e non sul rapporto di lavoro comunque intercorso tra le parti…».

(85) In questo senso, M. Cinelli, *Ispezioni e diritti: a proposito degli artt. 11 e 12 d.lgs. n. 124 del 2004*, cit., p. 325: «Sembra pertanto giusto concludere […] che l'ente previdenziale, acquisiti i contributi corrispondenti "secondo le norme vigenti", alle somme concordate dalle parti in sede conciliativa, non resta condizionato dall'accordo transattivo, ma, al contrario, resta del tutto libero di accertare eventuali ulteriori ragioni di imponibile contributivo, e di procedere al recupero delle eventuali eccedenze rispetto a quanto già eventualmente riscosso in esito a detto accordo tra le parti»; G. De Marzo, *Poteri ispettivi delle direzioni provinciali del lavoro e risoluzione conciliativa delle controversie privatistiche* (nota a Cass., 13 dicembre 2004, n. 23228), in *FI*, 2005, I, c. 1764, secondo il quale «è difficilmente sostenibile che il venir meno del procedimento sanzionatorio, una volta effettuato il pagamento – anche rateale di tali contributi – possa estinguere la pretesa dell'ente previdenziale. E ciò sia con riguardo alle sanzioni, sia con riguardo alla maggior pretesa contributiva che dovesse trovare fondamento in obiettivi elementi di prova. Infatti, l'autonomia del rapporto previdenziale, che intercorre tra l'ente assicuratore e il datore di lavoro, impedisce alla transazione intervenuta tra quest'ultimo e il lavoratore di pregiudicare le ragioni del medesimo ente».

Mario Rusciano (*)

IL DIRITTO DEL LAVORO DI FRONTE ALLA COSTITUZIONE EUROPEA (**)

SOMMARIO: 1. Punti di continuità e di discontinuità nel complesso delle norme costituzionali europee. — 2. Il riequilibrio fra la dimensione sociale e il mercato. — 3. I «diritti collettivi» nella Costituzione. — 4. I profili legati al rapporto individuale. — 5. La portata dei diritti sociali: norme precettive *vs*. norme programmatiche? — 6. Le tecniche giuslavoristiche di tutela fra inderogabilità e *soft law*. — 7. Conclusioni.

1. — *Punti di continuità e di discontinuità nel complesso delle norme costituzionali europee* — Nell'affrontare una tematica così ampia, come quella sulla quale siamo oggi chiamati a riflettere, è innanzi tutto necessario decidere il taglio del discorso.

A mio parere, un discorso, in materia, può essere utilmente sviluppato, attraverso l'analisi delle più comuni interazioni fra Diritto del lavoro e Costituzione europea: considerando, specialmente, il tipo di impatto che l'entrata in vigore del nuovo Trattato potrà avere sulla nostra materia.

Le valutazioni non possono che riguardare il Trattato, sottoscritto a Roma nell'ottobre 2004. È vero che il percorso di ratifica di questo Trattato ha subìto un serio intralcio – con il prevalere dei «no» al *referendum* in due paesi importanti come Francia e Olanda – ma è vero anche che esso rappresenta, comunque, e almeno fino a ora, l'unico testo organico di riferimento, cui si possa dare il nome di Costituzione europea, seppure in senso atecnico.

Su questo non avrei dubbi; peraltro, suscita più di una perplessità la posizione di quanti (1) intendono cogliere la non felice occasione della

---

(*) Ordinario dell'Università di Napoli Federico II.

(**) Lezione tenuta nell'aula magna dell'Università Cattolica di Milano, il 2 maggio 2006, su invito di Mario Napoli. Nella versione definitiva, lo scritto è destinato agli Studi in memoria di Matteo Dell'Olio.

(1) U. Allegretti, *Proposta per l'Europa*, in *Dem. dir*., 2005, p. 20.

battuta d'arresto del processo di costituzionalizzazione, per proporre cambiamenti rilevanti di norme faticosamente varate. Tentativo, questo, che rischia di compromettere definitivamente l'entrata in vigore del nuovo Trattato.

Inoltre, va scartato ogni approccio di tipo, diciamo così, «antagonistico», all'incontro tra Diritto del lavoro e Costituzione europea. Non mi pare abbia senso dire che, per il Diritto del lavoro, la Costituzione europea costituisce un corpo estraneo e dirompente: tanto sul piano dello sviluppo comunitario, quanto dal punto di vista della storia nazionale dello stesso Diritto del lavoro.

D'altro canto, è appena il caso di ricordare che i diritti, riconosciuti nella Costituzione europea, non sono certo stati «imposti» dalla Convenzione, che ne ha elaborato il testo, ma derivano – come afferma, testualmente, il preambolo della Carta di Nizza, inserito all'inizio della Parte II della Costituzione medesima – «dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Da ciò si evince, dunque, che molti dei diritti, già presenti nella Carta di Nizza, e ora confermati nella Parte II della Costituzione, non sono una novità, per i diversi Stati membri (2): o perché già contenuti in normative internazionali a essi applicabili, oppure perché riconosciuti dall'elaborazione giurisprudenziale delle Corti europee.

Per quanto riguarda, quindi, i diritti garantiti in questo modo, la novità di rilievo non sta tanto nel loro «contenuto», quanto nella «fonte» del loro riconoscimento: vale a dire nel fatto che a prevederli, ora, è un nuovo Trattato costituzionale.

In altre parole, il principale merito, prima, della Carta di Nizza e, adesso, della Costituzione europea, è quello di riprendere alcuni princìpi, già presenti nella tradizione del vecchio continente, e di ribadirli, attraverso una sorta di ricezione nel diritto positivo comunitario (3).

---

(2) F. Bano, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, in q. *Riv.*, 2005, p. 827.

(3) G. Perone, *I diritti sociali nella nuova Costituzione europea*, in *Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed economia – Università di Napoli Federico II*, 2005, p. 228.

Questi princìpi, allora, una volta inseriti nella Costituzione, non forniscono più soltanto una spinta alle istituzioni dell'Unione, agli Stati membri e alla giurisprudenza (interna ed europea), verso la progressiva emersione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, ma si atteggiano a vere e proprie prescrizioni giuridiche (4).

Il cambiamento è di rilievo: perché segna il passaggio dalla enunciazione di *obiettivi* sociali, caratteristica del Trattato attualmente in vigore, soprattutto in seguito alle modifiche apportate ad Amsterdam, al riconoscimento di *diritti* sociali (5).

Non si può dimenticare, infatti, che nel Trattato istitutivo della Ce tali diritti sono garantiti in maniera molto diversa, rispetto alla Costituzione europea: sia perché l'art. 136 prevede solo un *obbligo di tenere presenti* i diritti sociali fondamentali, riconosciuti dalla Carta sociale del 1961 e dalla Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989; sia perché il valore assegnato alle norme, contenenti gli obiettivi sociali, sempre nell'art. 136 (promozione dell'occupazione; miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; protezione sociale adeguata; dialogo sociale; sviluppo delle risorse umane; lotta contro l'emarginazione), è quello di semplici regole di indirizzo e di orientamento programmatico, mentre non si può dire altrettanto (almeno per una parte) delle norme sui diritti sociali, ora contemplate dalla Costituzione.

Per quanto concerne, più specificamente, la prospettiva italiana, l'attenzione deve essere concentrata, soprattutto, sui diritti derivanti «dalle tradizioni costituzionali […] degli Stati membri», poiché non è da escludere che, pur rientrando quei diritti in una sorta di catalogo, comune a tutti i paesi della Ue, la formulazione di alcune norme sia più vicina a quella di ordinamenti diversi dal nostro, tanto da far apparire questi stessi diritti come una innovazione per il nostro sistema giuridico.

Dico subito che, a me, il rischio che possa esserci contraddizione, fra una norma costituzionale europea e una disposizione costituzionale interna, sembra minimo: se non altro perché, quand'anche dovesse verificarsi tale eventualità, soccorrerebbe l'art. II-112, par. 4, secondo cui i diritti fondamentali, risultanti dalle tradizioni comuni agli Stati membri, «sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

---

(4) G. Perone, *op. cit.*, p. 242.

(5) G. Maestro Buelga, *Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *QRS*, 2004, p. 119.

Ovviamente, non è escluso il riconoscimento di un diritto costituzionale europeo, non presente in alcuna Costituzione degli Stati membri, in quanto derivante dalle sole norme internazionali, dalle Carte sociali o dalla giurisprudenza comunitaria. In tale circostanza, la questione si intreccerebbe con quella del campo di applicazione della Costituzione europea, sulla quale tornerò in seguito.

Dal punto di vista metodologico, è bene fare una precisazione ulteriore: la Costituzione europea, anche nella prospettiva giuslavoristica, va considerata *nel suo complesso*. Quindi, non ci si può limitare a esaminare *soltanto* le norme della Parte II, che riproducono il contenuto della Carta di Nizza, ovvero i soli diritti sociali (6). Al contrario, occorre guardare all'*insieme* del testo costituzionale, verificando le (eventuali) innovazioni, per quanto riguarda il diritto e la politica sociale e le politiche occupazionali, senza tralasciare di indagare sui possibili collegamenti fra le norme delle varie parti: perché è da questi intrecci che potrebbero derivare i cambiamenti di maggior peso.

Un esempio per tutti è dato dalle previsioni della Parte III, che, così come già accadeva nel Trattato istitutivo della Ce, continuano a escludere la competenza comunitaria in materia di retribuzione, associazione sindacale, sciopero e serrata (7).

Come si conciliano queste esclusioni di competenza comunitaria con la norma della Parte II, l'art. 88, che, invece, come vedremo, riconosce a tutti i lavoratori e alle loro organizzazioni il diritto alla contrattazione collettiva e al conflitto?

Insomma, occorre assumere il punto di vista di considerare la Costituzione *globalmente intesa* e di valutarne l'impatto sul *sistema* del Diritto del lavoro (soprattutto costituzionale), chiedendosi se l'avvento di una fonte di questo genere valorizzi o, al contrario, svaluti le norme costituzionali interne in materia di lavoro.

Sarà necessario compiere una selezione delle norme costituzionali europee: scegliere, cioè, quelle che disciplinano istituti fondamentali dell'accesso, della gestione e della estinzione del rapporto di lavoro e quelle che riguardano, più direttamente, le relazioni sindacali.

Come si intuisce da quanto detto finora, queste tematiche dovranno essere necessariamente collegate alle questioni del *tipo di norme* utilizza-

(6) G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, p. 279.

(7) C. Vigneau, *La Costituzione europea nella prospettiva dell'Europa sociale: progressi dalla portata incerta*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, p. 133.

te (precettive o programmatiche) e del tipo di tecniche, vecchie e nuove, di «funzionamento» del Diritto del lavoro (inderogabilità e *soft law*).

2. — *Il riequilibrio fra la dimensione sociale e il mercato* — Cominciando dai rapporti interni alle norme del Trattato costituzionale – e quindi dai collegamenti fra le stesse – va sottolineato che la cd. «costituzionalizzazione» dei diritti sociali fondamentali è cruciale nel nuovo assetto dell'Unione europea. Infatti, per la prima volta, e sebbene con tutti i «distinguo» (sui quali tornerò più avanti), il testo comunitario pone i diritti e le norme sociali fra i pilastri su cui poggia la Costituzione economica dell'Ue (8), accanto a quelli considerati, per tradizione, i fondamenti della Comunità: vale a dire, soprattutto, la *libertà di circolazione*, nelle sue varie articolazioni, e la *tutela della concorrenza*.

L'art. I-3 del nuovo Trattato testimonia questo tentativo di recuperare lo svantaggio dell'Europa *sociale*, rispetto a quella *dei mercati* (9). Tale norma, infatti, nell'elencare i vari obiettivi europei, dopo aver ribadito il principio della concorrenza, libera e non falsata, precisa che lo sviluppo dell'Unione deve essere sostenibile e fondato «su una crescita economica equilibrata […], su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione…», ma anche al progresso sociale.

Dalla formulazione di queste norme sembra derivare un mutamento di intenzione, da parte del Costituente comunitario: nel senso di introdurre un contrappeso al principio originario di creazione di un grande mercato libero e concorrenziale, mediante la previsione di un sistema di valori sociali (dalla protezione sociale alla parità; dalla solidarietà all'occupazione, al progresso sociale nelle sue varie forme) (10).

A ben guardare, le previsioni sociali del nuovo Trattato non rappresentano una novità assoluta. Se si ripercorre la storia, relativamente recente, del Diritto comunitario del lavoro, si scopre che il bilanciamento fra le varie «anime» dell'Unione europea è stato, prima d'ora, quasi sempre salvaguardato: non tanto dal Trattato, quanto dalla Corte di Giustizia.

---

(8) S. Sciarra, *I diritti fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 53.

(9) F. P. De Los Cobos Orihuel, *Aspetti sociali della Costituzione europea*, in *ADL*, 2005, p. 552.

(10) F. Bano, *op. cit.*, p. 825.

Richiamare qualche esempio, abbastanza noto, può essere illuminante, soprattutto perché riguarda la *contrattazione collettiva* e la *salute* dei lavoratori. Il riferimento è, rispettivamente, a due note sentenze: *Albany* (11) e *BECTU* (12).

Partendo da quest'ultima pronuncia, la Corte ha escluso che i diritti sociali siano subordinati ai diritti economici. Essa ha sottolineato – riprendendo, nel caso specifico, una delle premesse (nel «considerando») della Direttiva n. 93/104 sull'orario di lavoro – che «il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico» (13).

Nella sentenza *Albany*, la Corte di Lussemburgo, pur occupandosi di un caso riguardante la presunta incompatibilità fra sistemi di contrattazione collettiva e princìpi comunitari della concorrenza, ha anticipato, adoperando argomentazioni più dettagliate, le conclusioni della pronuncia *BECTU*, prima richiamata.

In questo caso, i giudici comunitari, dopo aver sottolineato che «l'azione della Comunità comporta non solo un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, ma anche una politica nel settore sociale», hanno richiamato le norme dell'Accordo sulla politica sociale (confluite, nel 1997, nel Trattato istitutivo della Ce), affermando che «gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi [sindacali] sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette…» alle regole applicabili alle imprese a tutela della concorrenza (art. 81, par. 1, Trattato Ce), «… nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro».

Ora, la Costituzione europea rafforza questa posizione della Corte di Giustizia nel caso *Albany*, grazie ad alcune norme: da un lato, attraverso l'art. I-48, che intende promuovere il ruolo delle parti sociali, a livello comunitario, e facilitare il dialogo sociale autonomo; da un altro lato, mediante il già richiamato art. II-88, che riconosce il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro, e delle rispettive organizzazioni, di negoziare e di concludere contratti collettivi.

Con tutti i «distinguo» e le precisazioni necessarie, soprattutto per quel che riguarda la seconda norma, è evidente, infatti, che le previ-

(11) Sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96.
(12) Sentenza del 26 giugno 2001, causa C-173/99.
(13) Così *BECTU*, punto 59 della motivazione.

sioni costituzionali rendono ancora più difficile sacrificare la contrattazione collettiva, per salvaguardare le regole sulla libera concorrenza fra le imprese.

3. — *I «diritti collettivi» nella Costituzione* — Vediamo, allora, più analiticamente la regolamentazione, nel Trattato, degli aspetti (appena richiamati) centrali per il diritto sindacale. In tale regolamentazione, pur ispirata a un atteggiamento di cautela, campeggia comunque il potenziamento del *ruolo delle parti sociali*, alle quali si fornisce un esplicito supporto costituzionale.

a) Tale sostegno si concretizza, da un lato, nella conferma dei compiti assegnati alle parti sociali nella produzione del diritto comunitario del lavoro: mediante la consultazione preventiva sugli orientamenti della politica legislativa e la consultazione sulle proposte della Commissione.

E ancora: il riconoscimento del diritto alla stipulazione di un accordo collettivo, il cui contenuto, a richiesta delle medesime parti sociali, può anche essere recepito in un atto vincolante dell'Unione europea (artt. 138 e 139 Trattato Ce, ora III-211 e 212 Cost. Ue).

Da un altro lato, il medesimo sostegno si concretizza nella previsione dell'art. I-48 (già richiamato), che, come si è detto, non solo riconosce il ruolo degli attori sociali europei, ma si impegna altresì a stimolarlo, aprendo la strada a provvedimenti, anche non vincolanti, capaci di promuovere il dialogo sociale.

È evidente che un siffatto atteggiamento non è quanto di meglio ci si possa aspettare da un testo costituzionale. E tuttavia esso rappresenta almeno un timido passo in avanti, rispetto alla situazione precedente alla sottoscrizione della Costituzione europea.

L'esercizio di questo ruolo promozionale – che, secondo la lettera della norma costituzionale, non si limita al dialogo sociale autonomo – potrebbe concretizzarsi in un intervento comunitario, magari anche di *soft law*, che possa recepire, consolidare e perfezionare l'elaborazione giurisprudenziale circa la *selezione dei soggetti sindacali* (questione affrontata da una nota sentenza del Tribunale di prima istanza) (14).

Questo elemento, a prima vista sfavorevole allo sviluppo del dialogo sociale, sarebbe, invece, in grado di fornire certezze agli attori socia-

(14) Si tratta della sentenza del 17 giugno 1998, caso *UEAPME*, causa T-135/96.

li e, quindi, in ultima analisi, di sostenere il loro coinvolgimento nel procedimento di produzione del diritto comunitario del lavoro.

Si potrebbe pensare che l'art. II-88 non favorisca l'approvazione di una regolamentazione di questo genere, in quanto sembra attribuire il diritto alla contrattazione collettiva a *qualsiasi* sigla sindacale (15): con la conseguenza di impedire, almeno apparentemente, proprio la selezione degli attori sociali.

Sennonché, in questo caso, non si dovrebbe parlare di un contrasto fra la previsione costituzionale e l'eventuale regolamentazione comunitaria in materia. Qui non si nega l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva a quei sindacati che non superano una determinata soglia di rappresentatività, ma semplicemente si effettua una scelta di quegli attori che possono affiancarsi al legislatore comunitario nella produzione del Diritto del lavoro.

In sostanza, pare calzante qui, pur nella diversità del contesto, il richiamo all'ormai antica argomentazione della Corte Costituzionale italiana, a proposito della legittimità dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori: ai fini della costituzione di rappresentanze sindacali aziendali, non si ledono i princìpi di uguaglianza e libertà sindacale – di sicuro molto stringenti nell'ordinamento italiano, secondo il dettato, rispettivamente, degli artt. 3 e 39 Cost. – in quanto la norma opera una scelta razionale, consapevole del fatto che, quanto a reale rappresentatività, non tutte le organizzazioni sono sullo stesso piano (16). E, comunque, la stessa norma non preclude a qualsiasi sindacato di esercitare le libertà a esso costituzionalmente garantite.

In sintesi, l'opzione del nuovo Trattato europeo è nel senso di riconoscere, in linea di principio, a tutti i sindacati il diritto alla negoziazione collettiva, senza però impedire che, nell'attribuire alle parti sociali il potere di intervenire nel procedimento comunitario di produzione normativa, si ricorra a un criterio selettivo, in grado di evitare l'informazione, la consultazione e il coinvolgimento di qualsiasi sindacato. In caso contrario, si finirebbe con il condizionare negativamente la conclusione di un *contratto collettivo europeo*, degno di essere recepito attraverso una fonte comunitaria vincolante.

---

(15) G. Coscia, *Il rinvio di conformità nell'art. 28 della Carta europea sui diritti fondamentali*, in *Dir. un. eur.*, 2003, p. 424.

(16) Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 54, in *FI*, I, c. 953.

b) L'art. II-88 riconosce, poi, sempre ai lavoratori e ai datori di lavoro o alle rispettive organizzazioni, accanto al diritto alla contrattazione, anche quello di ricorrere ad azioni collettive di pressione, compreso lo sciopero (17). Il riconoscimento di questo diritto è volto alla difesa degli interessi delle parti sociali e quindi alla risoluzione dei conflitti, che possono sorgere fra le parti medesime. Una formula, questa, che parrebbe non riconoscere, nell'ordinamento comunitario, lo *sciopero di solidarietà* e lo *sciopero politico*: vale a dire le due forme di lotta sindacale più incisive, in eventuali rivendicazioni a carattere transnazionale (18).

Il che appare francamente paradossale: tanto da giustificare una interpretazione estensiva della formula medesima.

A ogni modo, a me pare che la previsione del diritto di sciopero segni, senz'altro, l'ingresso del *diritto al conflitto* tra i diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Non occorrono molte parole per sottolineare l'importanza di questo riconoscimento: che, assieme a quello alla contrattazione collettiva, può essere utilizzato, anzitutto dalla Corte di Giustizia, come un solido argine, in grado di contenere la conquista di spazi eccessivi da parte del diritto della concorrenza e del mercato.

c) Un'altra norma importante, in materia di relazioni sindacali, è l'art. II-87, che garantisce ai lavoratori o ai loro rappresentanti l'informazione e la consultazione *in tempo utile e ai livelli appropriati*. Sul piano del diritto comunitario, la Costituzione compie una scelta precisa: opta per il riconoscimento soltanto della partecipazione «debole» dei lavoratori o dei loro rappresentanti, evitando, quindi, di riconoscere un diritto che assomigli, anche lontanamente, alla «codeterminazione», di tradizione tedesca.

Comunque, la costituzionalizzazione di questo diritto produrrà sull'ordinamento europeo, quando la Costituzione verrà ratificata, almeno un effetto importante: le norme delle direttive, che prevedono l'informazione e/o la consultazione dei lavoratori (19) – e che non so-

(17) Sul punto v., da ultimo, A. Zoppoli, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006, pp. 135 ss.

(18) S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella «nuova» Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, p. 558; S. Giubboni, G. Orlandini, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento comunitario*, in *Dem. dir.*, 2004, p. 130.

(19) Sono molte le direttive nelle quali è previsto un diritto all'informazione e alla consultazione. Fra le principali, si ricordano: la Direttiva del Consiglio n.

no poche – dovranno essere interpretate alla luce di questo art. II-87 e, quindi, il coinvolgimento dei lavoratori (o dei loro rappresentanti) dovrà avvenire «in tempo utile», ovvero *prima* che vengano prese le decisioni imprenditoriali (20).

Mi pare interessante, ora, considerare brevemente i riflessi del riconoscimento dei diritti, di cui agli artt. II-87 e II-88, sugli ordinamenti nazionali (21), in particolare su quello italiano, sempre prescindendo, per ora, dalla portata generale delle disposizioni costituzionali europee.

Il diritto all'informazione e alla consultazione, riconosciuto dalla prima norma, costituisce una novità nel catalogo dei diritti costituzionali dei lavoratori (22), non solo per l'Italia, ma anche per la maggioranza dei paesi membri dell'Unione europea.

La conseguenza più probabile, prodotta dall'art. II-87 sul nostro ordinamento, potrebbe essere una spinta all'introduzione, se non di una analoga disposizione nella Costituzione italiana, almeno di una nuova

75/129/Cee del 17 febbraio 1975, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi; la Direttiva del Consiglio n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese; la Direttiva del Consiglio n. 89/391/Ce del 12 giugno 1989, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; la Direttiva del Consiglio n. 92/56/Cee del 24 giugno 1992, che modifica la Direttiva n. 75/129/Ce; la Direttiva del Consiglio n. 94/45/Ce del 22 settembre 1994, relativa all'istituzione di un comitato aziendale europeo; la Direttiva n. 96/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, relativa al distacco di lavoratori nell'ambito di prestazioni di servizi; la Direttiva n. 98/59/Ce, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi; la Direttiva del Consiglio n. 98/50/Ce del 29 giugno 1998 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese; la Direttiva del Consiglio n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese; la Direttiva del Consiglio n. 2001/86/Ce dell'8 ottobre 2001 sulla società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori; la Direttiva del Consiglio n. 2002/14/Ce dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori.

(20) Vedi M. Delfino, *Spunti di riflessione sulla costituzionalizzazione a livello europeo del diritto all'informazione e alla consultazione*, in Aa.Vv., Atti del Convegno A.I.D.La.S.S. su *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 341.

(21) S. Giubboni, *op. cit.*, p. 575.

(22) Così L. Zoppoli, *Lavoro, impresa e Unione europea*, Franco Angeli, 2006, p. 107.

interpretazione dell'art. 46 Cost., oltre che di una regolamentazione legislativa generale del diritto all'informazione e alla consultazione, magari approfittando della necessità di attuare la Direttiva n. 2002/14.

Sui contenuti di una legge del genere – a parte le indicazioni, prima richiamate, circa la tempistica del coinvolgimento – la norma costituzionale comunitaria non fornisce altri dati di rilievo. In particolare, non si pronuncia sulla titolarità del diritto, rinviando sul punto alle legislazioni e alle prassi nazionali.

D'altronde, anche l'art. II-88 introduce una prima forte limitazione, legata al contesto interno, prevedendo che il diritto di negoziazione e di azioni collettive è garantito conformemente al diritto dell'Unione, *ma anche alle legislazioni e alle prassi nazionali*.

Tale formula riduce, e di molto, la possibilità che si verifichi un contrasto fra questa disposizione e le corrispondenti norme degli ordinamenti interni: nel senso che, in fin dei conti, qualsiasi dubbio interpretativo va risolto alla luce del diritto dei singoli Stati membri. La previsione costituzionale nemmeno in questo caso prende posizione sulla titolarità del diritto all'azione collettiva, riconosciuto ai lavoratori e ai datori di lavoro *oppure alle rispettive organizzazioni*. Lascia, quindi, aperta la porta sia alla titolarità collettiva, sia a quella individuale: sicché, entrambe le ricostruzioni esegetiche, che trovano fondamento nei differenti ordinamenti nazionali, trovano anche, in linea teorica, una conferma nel sistema giuridico comunitario.

Analogamente, non possono derivare risultati di rilievo neppure dalla circostanza che l'art. II-88 si riferisce a un generico *diritto di azioni collettive*, mettendo sullo stesso piano lo sciopero e la serrata, in quanto – per le già ricordate cautele, alle quali ricorre il Costituente europeo, nella formulazione della norma e a quelle, più generali, che caratterizzano l'intera Costituzione – non è pensabile (23) che ciò comporti un obbligo di adeguamento per gli ordinamenti, come quello italiano, che riconoscono soltanto il diritto di sciopero e non quello di serrata.

A voler esprimere un giudizio d'insieme sul quadro appena delineato, può dirsi che l'Unione europea, anche dopo la sottoscrizione della Costituzione, continua a mantenere, sui rapporti sindacali, un atteggiamento di estrema cautela (24), già nel regolamentare aspetti fonda-

(23) S. Giubboni, *op. cit.*, p. 594.

(24) B. Veneziani, *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in U. Carabelli, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di Diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 25.

mentali di un autonomo *ordinamento intersindacale*, in qualche modo paragonabile, ad esempio, a quello cui ha dato luogo, da più di quaranta anni a questa parte, il nostro sistema di relazioni industriali, secondo la geniale prospettiva teorica di Gino Giugni. Eppure, si deve ammettere che alcuni passi in avanti, rispetto al Trattato istitutivo Ce, vengono fatti; e la Costituzione europea sembra consentire di spingersi persino un po' oltre, con tutte le cautele del caso.

4. — *I profili legati al rapporto individuale* — Se, a proposito dei diritti sindacali, si può parlare di timide aperture della Costituzione europea, il catalogo dei diritti individuali, legati al mercato e ai rapporti di lavoro, e inserito per lo più nel Titolo sulla *Solidarietà*, è abbastanza tradizionale, prevedendo diritti che, in genere, sono già riconosciuti dalle Costituzioni nazionali.

Si va dal diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. II-89), alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, al diritto alle condizioni di lavoro giuste ed eque (art. II-91). Sono da segnalare, poi, le norme in tema di divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. II-92), sulla conciliazione fra vita familiare e vita professionale (art. II-93), sulla sicurezza e l'assistenza sociale (II-94).

Prendendo in considerazione, di questi diritti, quello a carattere più generale e onnicomprensivo – vale a dire il *diritto alle condizioni di lavoro giuste ed eque* – si può notare come la logica del compromesso sia stata adoperata pure per i diritti individuali.

Da un lato, il suo campo di applicazione sembra essere piuttosto ampio: sia perché riferito a «ogni lavoratore», e quindi non limitato all'area del lavoro subordinato, sia perché include il diritto alla durata massima dell'orario di lavoro e alle ferie (25).

Da un altro lato, però, l'art. II-91 non contiene alcun riferimento esplicito alla retribuzione; e quindi, di retribuzione si continua a parlare soltanto a proposito della parità retributiva tra uomini e donne, riconosciuta dall'art. III-214 (*ex* art. 141 Trattato Ce).

Per la verità, i diritti sociali non sono collocati nel solo Titolo sulla *Solidarietà*, ma si ritrovano anche nei Titoli sulla *Libertà* e sulla *Uguaglianza*.

---

(25) Sul punto vedi F. Amato, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, in q. *Riv.*, 2002, p. 628.

Nel primo Titolo sono previsti: a) il diritto all'accesso alla formazione professionale e continua (art. II-74), qualificato come «diritto della persona», e quindi anch'esso non riconosciuto soltanto al lavoratore subordinato; b) il diritto di lavorare e di esercitare una professione (art. II-75).

Con riferimento all'uguaglianza, per quel che qui interessa, va sottolineata l'ampiezza della formula, adoperata dall'art. II-81, che vieta tutte le forme di discriminazione, sebbene l'art. II-83 limiti il ricorso alle azioni positive al solo caso delle discriminazioni per ragioni di sesso (par. 2). Come accade per molte norme della Parte II, anche queste ultime vanno coordinate con un'altra previsione della Carta costituzionale, contenuta nella Parte III, ovverosia, in questo caso, l'art. III-124, attraverso il quale, analogamente a quanto accadeva con l'art. 13 del Trattato Ce, il Consiglio, deliberando all'unanimità, può prendere le misure necessarie per combattere le discriminazioni, anche al fine di sostenere le azioni degli Stati membri in materia.

Come si può vedere, quasi tutti questi diritti – ammesso (lo dirò in seguito) che si possa parlare di «diritti» in senso tecnico – fanno parte del codice genetico dell'ordinamento giuslavoristico dei singoli Stati membri, ma alcuni di essi ricevono dalla Costituzione europea una sorta di «consacrazione», che in molti ordinamenti non hanno e che deriva dalla loro elevazione al rango di *diritti fondamentali*. È il caso del diritto alle condizioni di lavoro giuste ed eque e, soprattutto, della protezione nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato (26).

5. — *La portata dei diritti sociali: norme precettive* vs. *norme programmatiche?* — Veniamo ora a una delle questioni che più interessa il giurista quando si trova al cospetto di norme costituzionali, e che, logicamente, fa da sfondo a tutto il discorso fin qui condotto, anche se presuppone la piena giuridicità della Costituzione europea, che, com'è noto, al momento è difficile affermare, prevalendo l'idea del valore soprattutto politico del Trattato costituzionale.

Ma la questione della natura di queste norme, della loro efficacia, del loro campo di applicazione, è sempre questione centrale, per il giurista, e merita, quindi, che se ne discuta comunque.

Si tratta, del resto, di interrogativi assai fondati, e particolarmente delicati, ove si consideri che – soprattutto sulla spinta del Regno Unito,

(26) C. Vigneau, *op. cit.*, p. 128.

da sempre poco propenso a cedere quote di sovranità nazionale all'Unione europea – la Costituzione prevede la distinzione fra «princìpi» da osservare e «diritti» da rispettare (art. II-111), senza però fornire precise indicazioni sul *come* distinguere gli uni dagli altri (27).

A tal proposito, qualche suggerimento si può ricavare dalle «spiegazioni» sulla Carta di Nizza, allegate al Trattato costituzionale, e che, secondo l'art. II-112, par. 7, devono essere tenute in considerazione dai giudici comunitari e nazionali, per interpretare le norme della Parte II della Costituzione europea.

A titolo esemplificativo, queste spiegazioni riscontrano la presenza di «princìpi» in tre norme (artt. II-85, II-86 e II-97), delle quali solo una, l'art. II-97, non adopera il termine diritto, ma si riferisce espressamente al «principio dello sviluppo sostenibile».

È allora chiaro che, per effettuare la distinzione, ci si deve riferire non tanto alla qualificazione letterale della situazione soggettiva, fatta dalla norma, quanto piuttosto alla specifica formulazione della tutela. Dunque, quando in tale formulazione si ritrovano prescrizioni dettagliate e suscettibili di concreta applicazione, è difficile negare l'affermazione di un vero e proprio «diritto».

A ben guardare, la distinzione fra «diritti» e «princìpi» evoca, in buona sostanza, quella fra norme precettive e norme programmatiche, utilizzata nella nostra letteratura costituzionalistica, quando si occupa delle fonti giuridiche (28); con la differenza, però, che, nel caso di cui parliamo, né i diritti, né i princìpi sono riferibili *direttamente* ai cittadini e ai lavoratori dell'Unione europea.

Le normative, contenenti princìpi e diritti, si dirigono, infatti, alle istituzioni, agli organi, agli organismi dell'Unione e agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto comunitario (art. II-111, par. 1).

Inoltre, i princìpi (o, se si vuole, le norme programmatiche) necessitano di essere attuati da atti legislativi ed esecutivi comunitari e da provvedimenti degli Stati membri, che implementano il diritto dell'Unione e possono essere invocati giudizialmente solo ai fini del controllo di legalità degli atti europei e interni, cui si è fatto riferimento (art. II-112).

Ricapitolando: i diritti sono immediatamente operativi, ma solo nei confronti delle istituzioni europee e degli Stati membri nell'attuazione

(27) G. Arrigo, *op. cit.*, p. 283.

(28) S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, p. 39; S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella «crisi» europea*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, 2004, n. 17, p. 16.

del diritto comunitario, mentre i princìpi, per essere operativi, sempre nei confronti dei medesimi soggetti, necessitano di attuazione, prima, da parte delle istituzioni europee, e, poi, eventualmente, anche da parte degli Stati membri (29).

Per comprendere appieno la differenza fra le due categorie di norme, è bene fare degli esempi. L'art. II-88, più volte richiamato, riconosce un vero e proprio diritto alle azioni collettive, e quindi allo sciopero: di modo che né l'Unione europea, attraverso un suo atto legislativo o esecutivo (che, ad esempio, regolamenti la libera circolazione dei lavoratori), né gli Stati membri, nell'attuazione delle eventuali norme comunitarie in tema di circolazione dei lavoratori, potranno introdurre disposizioni in contrasto con quel diritto (30).

L'art. II-86, invece, nonostante la sua lettera, contiene una disposizione programmatica (un principio), secondo la quale l'Unione riconosce ai disabili il diritto a misure che garantiscano loro l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità. In questo caso, la disposizione non è applicabile direttamente nemmeno alle istituzioni comunitarie o agli Stati, nell'attuazione delle regole europee, ma costituisce un invito a tali soggetti istituzionali a intervenire in materia, *ispirandosi al principio medesimo*.

Se questo è il significato delle norme della Parte II del Trattato costituzionale, è pur vero che, nel caso in cui tale Trattato riconosca un vero e proprio diritto, è difficile che gli ordinamenti interni possano rimanere indifferenti a un simile riconoscimento, nonostante tutte le cautele adoperate perché il diritto non sia immediatamente operativo nei confronti degli Stati membri e, ancora di più, dei cittadini e dei lavoratori europei.

Quando la Costituzione sarà entrata in vigore potrebbe essere forte la pressione, quanto meno politica – ma, con buona probabilità, anche giuridica –, esercitata da questo testo su quegli ordinamenti, che ignorano la tutela costituzionale di alcuni dei diritti, in essa solennemente sanciti.

È prevedibile che il principale attore della pressione giuridica sarà la Corte di Giustizia, la cui grande capacità creativa avrà un ruolo di primo piano nella interpretazione delle previsioni costituzionali. Sarà specialmente tale interpretazione a fornire l'itinerario logico-giuridico per

(29) S. Giubboni, *op. cit.*, p. 572.

(30) Sul punto, vedi J. Kenner, *La Costituzione che non c'è mai stata: si può salvare qualcosa dal naufragio?*, in *Dir. lav. merc.*, 2005, pp. 594-595.

la più puntuale applicazione di quelle norme nella realtà dei rapporti civili e sociali, sebbene anche le pronunce della giurisprudenza interna potranno contribuire a una migliore, e più precisa, configurazione dei diritti sociali.

6. — *Le tecniche giuslavoristiche di tutela fra inderogabilità e* soft law — Queste ultime osservazioni ci portano, intuitivamente, a parlare delle tecniche regolative (più adatte al Diritto del lavoro), che la Costituzione propone, e ci inducono a notare, anzitutto, che permane vigorosa la categoria delle norme imperative, da individuarsi in quelle della Parte II, che contengono diritti, oltre che in alcune delle altre disposizioni riconducibili al Diritto del lavoro, che la Costituzione lascia sostanzialmente invariate (v., ad esempio, l'art. III-214, in materia di parità retributiva fra uomini e donne, che riprende l'art. 141 del Trattato Ce).

Si tratta, in entrambi i casi, di previsioni precettive, immediatamente applicabili: sempre – è ovvio – entro i limiti, prima ricordati, propri dei diritti sociali nella Costituzione europea.

Per altro verso, il nuovo Trattato non manca di valorizzare le tecniche regolative del cd. *soft law* (31), e cioè, in primo luogo, il Metodo Aperto di Coordinamento (M.A.C.), adoperato in origine solo per le politiche economiche e per quelle dell'impiego, e ora utilizzato anche in altri settori (lotta alla povertà e all'emarginazione sociale; politiche per le imprese; politiche dell'istruzione e della ricerca) (32).

Non di meno, è da salutare con particolare favore, anche per quanto riguarda questo ambito, il fatto che la Costituzione, da una parte, come si è visto, consolida il riconoscimento di alcuni diritti sociali fondamentali e ne costituzionalizza altri; e, da un'altra parte, si preoccupa di prevedere espressamente il Metodo Aperto di Coordinamento, inserendolo nell'art. 15 della Parte I.

---

(31) F. Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il* soft law, in *LD*, 2003, p. 67; M. Delfino, *Il Diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 661; J. Klabbers, *The Redundancy of Soft Law*, in *Nordic Journ. Int. Law*, 1996, p. 169; B. Pastore, Soft law, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *LD*, 2003, p. 13; S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di* soft law, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, 2003, n. 24; K. C. Wellens, G. M. Borchardt, *Soft law in European Community Law*, in *Eur. Law Journ.*, 1989, p. 267.

(32) M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006; C. Dell'Aringa, *Il Metodo Aperto di Coordinamento (MAC)*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 624; S. Giubboni, *op. cit.*, p. 566.

In effetti, non si può certo trascurare che l'allargamento, forse un po' frettoloso, a molti Stati con differente modello sociale – rispetto a quello degli Stati industriali a capitalismo avanzato – esige tecniche giuridiche, adatte alla graduale affermazione di politiche sociali, compatibili con lo sviluppo economico dei vari paesi: qui il Metodo Aperto di Coordinamento mi pare risponda di più a tale esigenza (33).

Tuttavia, è senza dubbio apprezzabile l'attenzione, prestata dalla Costituzione, alla necessità che tale metodo operi nel quadro del più ampio riconoscimento possibile dei diritti sociali.

Occorre, comunque, evitare che venga turbato l'equilibrio fra il ricorso a misure di *hard law* e di *soft law*, ognuna delle quali ha il suo campo elettivo di applicazione e le sue caratteristiche specifiche.

Questa affermazione dà l'idea di come l'ordinamento comunitario, in alcuni ambiti determinati – quali, ad esempio, quello delle politiche per l'occupazione (34) –, si muova prestando particolare attenzione a dosare strumenti normativi *cogenti* e *non cogenti*.

Ciò nonostante, proprio in questo campo, esistono segnali contradditori: in quanto, almeno a prima vista, la Costituzione europea sembra andare nella direzione di una possibile sostituzione degli atti di *hard law* con strumenti di *soft law*. Infatti, da un lato, come si è anticipato, viene prevista espressamente la possibilità di «adottare iniziative intese ad assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri», e non solo di quelle occupazionali e di quelle economiche (art. I-15); da un altro lato, nella sezione 2 della Parte III, vengono recuperate, senza sostanziali modifiche, le disposizioni, di cui al Titolo XI del Trattato istitutivo Ce, ovvero quelle sulla politica sociale.

Così facendo, la Carta costituzionale dà l'impressione di mettere in concorrenza il metodo di coordinamento e il tradizionale intervento normativo inderogabile, della legge e della legge-quadro europea, che sostituiscono, rispettivamente, il regolamento e la direttiva.

È ovvio che il rischio di una surrogazione di fonti esiste, anche nella vigenza del Trattato Ce; ma tale pericolo sembra essere più concreto con la Costituzione europea, perché essa contempla espressamente la possibilità di coordinare le politiche sociali, al contrario di quello

(33) S. Giubboni, *op. cit.*, p. 563.

(34) S. Velluti, *La costituzionalizzazione di nuove forme di «EU governance»*, in q. *Riv.*, 2005, p. 432.

che accadeva nel vecchio Trattato, che invece non prevedeva la costituzionalizzazione di tale coordinamento.

Spetterà, quindi, alle istituzioni comunitarie vigilare, affinché non si verifichi, nel settore, il temuto abbandono degli strumenti di *hard law*, a tutto vantaggio del più debole metodo di coordinamento. In questo, un supporto determinante verrà dato da un'altra previsione costituzionale, che ristabilisce il giusto rapporto fra disposizioni cogenti e non cogenti: l'art. I-33, infatti, afferma che, «in presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato».

È stato giustamente detto che questa norma «tocca il cuore del rapporto fra *soft law* e *hard law*» (35) e sancisce, in ultima analisi, una preferenza per la regolamentazione attraverso norme imperative, il cui utilizzo rappresenta la strada maestra, che il diritto comunitario, in genere, e quello del lavoro, in specie, dovrebbero percorrere.

7. — *Conclusioni* — Volendo ora, conclusivamente, tirare le somme del discorso, è possibile ritornare a quanto affermato all'inizio: il Diritto del lavoro non deve porsi di fronte alla Costituzione europea come dinanzi a un pericolo, in quanto non sembra ricevere particolari scossoni dal nuovo Trattato. Si è evidenziato (36) che il catalogo dei diritti sociali, riconosciuti a livello costituzionale, non rappresenta una novità assoluta: né per l'ordinamento europeo, né per quello italiano.

Piuttosto ciò che muta, in alcuni casi, è il livello al quale tali diritti sono garantiti, ovverosia il loro inserimento nella fonte primaria: è il caso della tutela contro il licenziamento ingiustificato e del diritto all'informazione e alla consultazione. Inoltre, la derivazione delle previsioni costituzionali comunitarie dalle tradizioni comuni ai diversi Stati membri, di per sé, già previene i conflitti con le analoghe norme interne, considerato che le disposizioni europee mostrano di seguire una logica compromissoria, probabilmente necessaria nell'elaborazione di una Costituzione di questo tipo, che si rivolge a un insieme di Stati, la cui eterogeneità dei sistemi giuridici è un dato di fatto.

Una logica di tal genere si concretizza, spesso, nell'uso di formule generali, di «distinguo», di precisazioni, di rinvii alla legislazione e al-

(35) Così J. Ziller, *I concetti costituzionali nella nuova Costituzione per l'Europa*, in *Qcost*, 2005, p. 97.

(36) G. Proia, *Lavoro e Costituzione Europea*, in *ADL*, 2004, p. 525.

le prassi interne, in modo tale da evitare il più possibile le «invasioni di campo» negli ordinamenti nazionali.

Insomma, il senso della protezione riconosciuta ai lavoratori dalla Costituzione europea è quello di una base minima di diritti (o di princìpi), sui quali si innestano le tutele, provenienti dai vari ordinamenti, e che rappresentano, sul piano del sistema europeo, dei punti di riferimento per la successiva regolamentazione, di *hard law* e di *soft law*.

Un discorso analogo vale per le tecniche regolative. Se il timore era quello che la Costituzione potesse scardinare le tradizionali categorie giuslavoristiche, utilizzate negli ordinamenti degli Stati membri, compresa l'Italia – e, in particolare, rappresentare un attacco alla inderogabilità della norma imperativa –, quanto si è detto in precedenza dimostra l'esatto contrario. L'esempio più significativo è dato dalla grande attenzione, prestata alla distinzione fra «diritti» e «princìpi»; attenzione che dimostra come l'obiettivo sia quello di comprendere quali previsioni, del testo costituzionale, siano immediatamente applicabili, a quali condizioni e a quali soggetti. È allora evidente che le tecniche di tutela, e i problemi che da esse derivano, siano molto simili a quelli che si rinvengono negli ordinamenti interni.

Questa impressione è confermata poi da quanto ricordato a proposito degli strumenti alternativi di regolazione, riconducibili al *soft law.* L'apertura a tali tecniche, derivante dal nuovo Trattato, attraverso la costituzionalizzazione del Metodo Aperto di Coordinamento, è mitigata dalla preferenza per la regolamentazione di tipo cogente, tuttora manifestata senza riserve dal sistema giuridico europeo.

In conclusione: a me pare che quanto detto consenta di affermare, con una punta di orgoglio, che attraverso la positiva prospettazione di un sempre più chiaro *modello sociale europeo* si potrebbero evitare gli errori, commessi nelle campagne referendarie francese e olandese, e riavviare il processo di ratifica della Costituzione, partendo proprio dal Diritto del lavoro.

In altre parole, occorre che la dottrina giuslavoristica contribuisca a chiarire e a trasmettere, nei vari paesi dell'Unione europea, i reali contenuti delle «norme sociali» della Costituzione, rassicurando governi, attori sociali e opinione pubblica di questi paesi, sul fatto che il nuovo Trattato non riduce le tutele – né sul piano dei diritti, né sul piano delle tecniche protettive – ma, anzi, riconosce ulteriori benefici ai lavoratori, in piena coerenza con quel taglio sociale, che è il tratto tipico delle Costituzioni nazionali del XX secolo.

DISEGNO DI LEGGE N. 927 DEL 3 AGOSTO 2006 SULLA RIFORMA DEL CONTRATTO A TERMINE

Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Salvi e altri
comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica (XV legislatura).
Modifica del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Onorevoli Senatori. – Il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, nel dare attuazione alla direttiva comunitaria 1999/70/CE, del Consiglio, del 28 giugno 1999, ha riscritto la disciplina del contratto a tempo determinato, abrogando espressamente la legge 18 aprile 1962, n. 230, e con essa l'elenco tassativo delle ipotesi in cui è possibile la conclusione di un contratto a termine, per assecondare la tendenza a utilizzare il tempo determinato come strumento ordinario di gestione del personale al fine di adattarlo alle mutevoli esigenze provenienti dal mercato.

Numerose sono le questioni che la dottrina e le prime applicazioni pratiche hanno posto, peraltro non pienamente risolte dagli interventi giurisprudenziali che si sono sin qui prodotti. Il presente disegno di legge intende risolvere le principali incongruenze in una prospettiva che, pur non privando le imprese di uno strumento duttile per affrontare esigenze aziendali temporalmente definite, ridefinisce il lavoro a termine in una prospettiva garantista delle ragioni dei lavoratori coinvolti.

Si propongono pertanto le modifiche di seguito indicate al decreto legislativo n. 368 del 2001.

Con l'articolo 1 si riscrive l'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Nella nuova formulazione, al comma 1 viene stabilito il principio che il contratto di lavoro si presume a tempo indeterminato. Tale principio non solo ristabilisce una regola che era presente nell'articolo 1 della legge n. 230 del 1962, ma riprende una indicazione contenuta nella direttiva 1999/70/CE che, invece, era stata completamente obliterata dal decreto legislativo n. 368 del 2001, che pure pretendeva di essere di quella direttiva una fedele interpretazione. Peraltro l'espressa definizione di una regola di tal genere può fornire, anche senza dover ricorrere a interpretazioni che coinvolgano l'efficacia diretta nel nostro ordinamento delle direttive europee, un esplicito canone interpretativo per la soluzione di eventuali casi dubbi.

Nel comma 2 vengono definiti i casi in cui è possibile ricorrere al lavoro a termine. La tecnica utilizzata è ripresa dalla legge n. 230 del 1962, anche se con alcune significative differenze. Infatti, piuttosto che la definizione tassativa di una casistica, vengono previste delle ipotesi più generali, riutilizzando strumenti normativi in buona parte già presenti nel testo del decreto legislativo n. 368 del 2001, con alcune rilevanti correzioni. Il citato decreto legislativo n. 368 del 2001, infatti, prevede attualmente una ipotesi generale consistente in «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Le nuove lettere *a)* e *b)*, innanzitutto, separano le ragioni tecniche, organizzative e produttive da quelle sostitutive. In ordine alle prime viene specificato che si deve trattare di ragioni temporanee e oggettive. In questo modo viene sgombrato il campo dalla tesi (sostenuta da parte della giurisprudenza) della piena liberalizzazione del ricorso al lavoro a termine, che invece viene ancorato all'esistenza di una ragione necessariamente e oggettivamente temporanea.

La previsione separata alla lettera *b)* di ragioni sostitutive è funzionale non solo alla definizione di una diversa disciplina nel seguito della riforma del decreto (si veda *infra*) ma soprattutto a evidenziare che possono essere sostituiti con contratti a termine solo lavoratori il cui rapporto sia sospeso e che abbiano diritto alla conservazione del posto di lavoro (ad esempio per malattia, maternità, congedi parentali, aspettative) e non lavoratori assenti fisiologicamente (ad esempio per ferie).

Alla lettera *c)* viene definito il ricorso al lavoro a termine nel settore aeroportuale. Si tratta solo di una diversa sistemazione di una norma che è attualmente contenuta nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Alla lettera *d)* viene prevista l'ipotesi dell'assunzione dei dirigenti, anch'essa già prevista nell'attuale versione del decreto legislativo n. 368 del 2001 al comma 4 dell'articolo 10 (che peraltro riprendeva l'articolo 4 della legge n. 230 del 1962). Inoltre viene precisato che solo i dirigenti assunti a termine ai sensi di tale norma (con il che si intende fare salva la possibilità di assumere dirigenti a termine in virtù delle altre ipotesi previste, problema non affrontato dalla attuale normativa) possono recedere ad *nutum* decorso un periodo minimo di tre anni. La più significativa differenza rispetto all'attuale formulazione riguarda l'applicabilità ai dirigenti assunti a termine anche delle previsioni dell'articolo 3 (oltre che degli articoli 6 e 8, già applicabili in virtù dell'attuale disciplina, si veda l'articolo 10, comma 4), sempre che essi siano stati assunti in applicazione della lettera *d)*. La nuova formulazione, in sostanza, fa salva l'applicazione dell'intero decreto ai dirigenti assunti a termine in forza di altre ipotesi.

Alla lettera *e)* viene inserita la possibilità di prevedere altri casi di ricorso al contratto a termine nei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. In questo modo si intende compensare i restringimenti derivanti dalla definizione, più rigida rispetto all'attuale formulazione, dei casi di ricorso a ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive determinatasi alle nuove lettere *a)* e *b)*, affidando ai sindacati nazionali (non a quelli locali o aziendali) la definizione di

ulteriori ipotesi. In questo modo, ove in determinati settori produttivi dovessero sorgere ragioni specifiche per un ulteriore ricorso al lavoro a termine, sarebbero i sindacati a definirne i limiti. L'innovazione riprende una disposizione che era stata introdotta dal comma 1 dell'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, (poi abrogata) così come la precisazione che in questi casi i contratti collettivi stabiliscono comunque dei limiti percentuali all'utilizzo di forza lavoro con contratti a termine.

Con l'articolo 2 si riscrive l'articolo 2 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Vengono dettati, in particolare, alcuni requisiti formali la cui definizione specifica è di fondamentale importanza per assicurare la tenuta dell'intero sistema delineato.

Il nuovo comma 1 riprende e chiarisce in senso garantista una disposizione attualmente contenuta al comma 2 dell'articolo 1, così come i nuovi commi 4 e 5 riprendono quasi testualmente i commi 3 e 4 dell'attuale articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 (una modifica riguarda l'obbligo per il datore di consegnare subito, e non più nei primi 5 giorni di attività lavorativa, copia scritta del contratto).

Il nuovo comma 2 inserisce tra i requisiti formali, ma ovviamente nel solo caso in cui al lavoro a termine si ricorra per le ragioni temporanee di cui alla nuova lettera *a)*, la necessità di indicare per iscritto le ragioni specifiche che determinano il ricorso al lavoro a termine, nonché il nesso di causalità tra le ragioni stesse e il termine apposto al contratto. In tal modo viene fortemente ridimensionato il rischio di ricorsi fraudolenti al contratto a termine, anche per esigenze non genuinamente temporanee. Inoltre si fa giustizia di quelle interpretazioni largheggianti, emerse in dottrina e in giurisprudenza, che non ritenevano necessario uno stretto nesso di causalità tra ragione oggettiva e termine del contratto.

Nel nuovo comma 3, che invece è dettato con riferimento alla diversa ipotesi del ricorso al contratto a termine per ragioni sostitutive, viene introdotta la specificazione che deve risultare per iscritto nel contratto il nome del lavoratore sostituito e la ragione. La specificazione non è senza importanza, dal momento che esclude la possibilità di ricorrere a contratti a termine per sostituire lavoratori indeterminati o indeterminabili (un'azienda con centinaia di dipendenti, ad esempio, si trova giornalmente a dover fronteggiare assenze per malattia o per maternità. La nuova formulazione impedisce che le aziende possano ricorrere al lavoro a termine per fronteggiare esigenze fisiologicamente connesse alle proprie dimensioni: la pratica applicativa, infatti, ha rivelato una tendenza ad assumere a termine lavoratori destinati a coprire diversi altri lavoratori che si assentavano in successione).

Con l'articolo 3 si introduce nel decreto legislativo n. 368 del 2001 un articolo 2-*bis*, che rappresenta la chiave di volta del sistema.

Viene infatti stabilito che il termine è inefficace, e dunque il contratto si considera a tempo indeterminato, in mancanza di uno dei requisiti di forma previsti dall'articolo 2. Inoltre viene stabilito, alle lettere *b)* e *c)*, che il termine è ineffica-

ce se viene apposto illegittimamente, ovvero in assenza delle ragioni di fatto o delle altre condizioni che ne consentono l'apposizione ai sensi del nuovo articolo 1, comma 2, nonché qualora le ragioni oggettive siano prive del carattere della temporaneità (in entrambi i casi l'onere della prova viene espressamente posto a carico del datore).

Il passo avanti compiuto è evidente: sulle conseguenze dell'illegittimità del termine il decreto legislativo n. 368 del 2001, nel testo attuale, lascia alcuni dubbi: l'attuale articolo 5 regola, infatti, il regime sanzionatorio nel caso di diverse violazioni di legge. Tra esse, però, non si occupa della stipula di un contratto in assenza delle esigenze economiche ed organizzative previste dall'articolo 1 della attuale normativa. Ciò vuol dire che l'articolo 5 prevede un regime sanzionatorio speciale relativo soltanto a precise cause di illegittimità tipizzate dalla disposizione, mentre per le altre violazioni di legge (tra cui quelle indicate) occorre oggi far ricorso ai princìpi generali in tema di invalidità negoziale. L'illegittima apposizione del termine non si traduce automaticamente, cioè, nella conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato, ma occorre far riferimento alle norme del codice civile in materia di nullità parziale. Sulle conseguenze si confrontano due tesi. Secondo alcuni ne conseguirebbe la nullità dell'intero contratto senza conversione, in applicazione del primo comma dell'articolo 1419 del codice civile (in conformità del quale la nullità parziale del contratto o la nullità di singole clausole comporta la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità); secondo una diversa tesi nell'ipotesi di nullità del termine per mancanza di ragioni giustificatrici si avrebbe la conversione in contratto a tempo indeterminato in applicazione non del primo, ma del secondo comma dell'articolo 1419 del codice civile. La prima tesi, accolta da parte della giurisprudenza di merito, ha conseguenze assai negative per il lavoratore: se il datore prova che non avrebbe mai assunto il dipendente se avesse saputo che il termine era nullo (e normalmente non ha alcuna difficoltà a provare tanto), vi sarebbe l'estinzione del rapporto, con la salvezza solo dei suoi effetti per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione (articolo 2126 del codice civile). È per questo che già oggi vive una lettura più garantista, a cui aderisce altra parte della giurisprudenza oltre alla dottrina maggioritaria, secondo la quale in questo caso si applicherebbe il secondo comma dell'articolo 1419 del codice civile che prevede che la nullità delle singole clausole non incide sulla sopravvivenza del contratto quando esse «sono sostituite di diritto da norme imperative», e norma imperativa sarebbe appunto il principio, desumibile dalla direttiva comunitaria e affermato dalla Corte di cassazione, secondo cui il rapporto di lavoro è, per sua natura, a tempo indeterminato.

La nuova formulazione proposta sgombra completamente il campo da ogni questione interpretativa, stabilendo espressamente l'inefficacia del termine illegittimamente apposto.

Con l'articolo 4 si aggiunge all'articolo 3 del decreto legislativo n. 368 del 2001 un nuovo divieto, finalizzato a impedire la riassunzione successiva di lavoratori a termine.

Il divieto, tuttavia, non è generalizzato: esso infatti si limita a impedire l'uso fraudolento del ricorso al lavoro a termine a fronte di ragioni tecniche, organizzative o produttive inesistenti o non temporanee, trova un limite temporale di applicabilità (sei mesi), e comunque non si applica ai lavoratori a termine assunti legittimamente in sostituzione di altri lavoratori assenti e con diritto alla conservazione del posto di lavoro (in tal modo viene risolta una delle più gravi contraddizioni dell'attuale testo normativo, che non consente, qualora dopo un periodo di interruzione la malattia del lavoratore già assente si ripresenti, di assumere nuovamente il lavoratore che lo aveva già sostituito. Come si vede, anche su questo piano, torna utile distinguere le ragioni oggettive di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, da quelle sostitutive di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *b)*.

Inoltre oggi i contratti a termine stipulati in violazione del divieto non trovano una esplicita sanzione, mentre il nuovo comma 1-*bis* stabilisce anche per essi la conversione in contratti a tempo indeterminato. Da notare, poi, che i divieti di cui all'articolo 3 varrebbero anche per le assunzioni dei dirigenti (vedi *supra, sub* articolo 1).

Con l'articolo 5 si modifica l'articolo 4 del decreto legislativo n. 368 del 2001, riscrivendo la disciplina della proroga del termine, anch'essa in chiave garantista (la nuova formulazione nasce dalla combinazione delle limitazioni previste dal testo attuale del decreto con quelle già previste nella legge n. 230 del 1962). Anche qui si è colta l'occasione per risolvere un problema assai rilevante, quello della proroga del termine per i contratti dei lavoratori assunti in sostituzione di altri lavoratori con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Oggi, infatti, la disciplina limitativa della proroga si applica anche a essi (sempre per effetto della formulazione dell'articolo 1, che non distingue tra ragioni oggettive e ragioni sostitutive), mentre la nuova formulazione fa salvi questi rapporti, dando così, ad esempio, la possibilità di estendere senza limiti il contratto a termine concluso per sostituire un lavoratore in malattia nell'ipotesi in cui la malattia venga meno alla data originariamente prevista, ed evitando che, per rispettare una norma mal formulata, il datore debba ricorrere a un diverso lavoratore a termine per coprire il nuovo periodo.

Con l'articolo 6 si modifica parzialmente l'articolo 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001, sostituendone il comma 4 con una nuova formulazione, che intende colpire gli abusi legati alla reiterazione delle assunzioni a termine (le cosiddette assunzioni a termine a catena).

L'attuale disciplina è infatti in contrasto con il diritto comunitario, com'è confermato dalla giurisprudenza comunitaria (si veda la causa C-212/04, Adeneler *et alii*).

Con l'articolo 7 si riscrive completamente l'articolo 8 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Al comma 1 viene ridotta a sei mesi la durata necessaria ai fini della computabilità dei lavoratori a termine per l'applicazione dell'articolo 35 della legge 20

maggio 1970, n. 300, correggendo l'indebita previsione attuale che, contro un previgente orientamento giurisprudenziale, ha portato la durata necessaria a nove mesi. Viene poi aggiunto un secondo periodo, sempre per disciplinare in modo coerente il caso dei lavoratori assunti in sostituzione.

Con l'articolo 8 si aggiunge in fine all'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo n. 368 del 2001 un inciso utile a precisarne il rapporto con la nuova previsione di cui all'articolo 10, comma 9, come modificato dal presente disegno di legge.

Con l'articolo 9 si modifica ampiamente l'articolo 10 del decreto legislativo n. 368 del 2001.

Il comma 4 viene abrogato, in conseguenza della nuova formulazione dell'articolo 1, comma 2, lettera *d)*.

Il comma 7 viene riscritto, attribuendo ai contratti collettivi nazionali la possibilità, ma solo per le ipotesi oggettive di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, di limitare la facoltà del datore di ricorrere al lavoro a termine, ferme restando alcune ipotesi in cui un tale intervento dell'autonomia collettiva non è ammesso. Tali ipotesi, comunque, sono state razionalizzate e ridotte numericamente (vedi anche la prevista abrogazione dell'attuale comma 8).

Il nuovo comma 9, andando al di là della modesta previsione del testo attualmente in vigore, attribuisce al lavoratore già assunto a termine un diritto di grande importanza: il diritto di precedenza nelle future assunzioni (peraltro, non essendovi alcuna specificazione, tale diritto viene riconosciuto sia per la stipulazione di contratti a termine che a tempo indeterminato). La norma è fortemente innovativa: in passato un diritto di precedenza era stato riconosciuto solo in circostanze e settori particolari (vedi, ad esempio, articolo 8-*bis* del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79) e peraltro tali assunzioni non venivano computate in organico a vari fini. La generale previsione di un tale diritto ha grande importanza non solo nella prospettiva di assicurare ai lavoratori precari una ragionevole speranza per il futuro, ma anche perché impedisce utilizzi fraudolenti o abusivi del contratto a termine (ad esempio, frammentare un contratto in diversi contratti per poter provare diversi lavoratori e poi scegliere il più produttivo da assumere a tempo indeterminato). Il rigore della previsione è temperato dalla opportuna precisazione (anch'essa aggiunta *ex novo*) che tale diritto non compete ai lavoratori che si siano dimessi o siano stati licenziati per giusta causa (com'è noto, nel contratto a termine non trova applicazione la disciplina sul giustificato motivo soggettivo e oggettivo), in modo da non imporre al datore la presenza di lavoratori che, in modo comprovato, abbiano compiuto gravi inadempimenti.

Con l'articolo 10 si riscrive l'articolo 12 del decreto legislativo n. 368 del 2001, recante la disciplina delle sanzioni.

Le sanzioni amministrative sono state elevate, in considerazione del fatto che quelle attualmente in vigore hanno un importo troppo ridotto (e, infatti,

vennero riproposte dagli estensori del decreto legislativo n. 368 del 2001 senza nemmeno aggiornare quelle, identiche, previste dalla legge 24 giugno 1997, n. 196). Inoltre la sanzione per il caso di violazioni plurime (più di cinque lavoratori) diventa aggiuntiva (e non sostitutiva, com'è nell'attuale formulazione) per assicurare maggiore effettività e colpire quelle imprese che abbiano eretto lo sfruttamento dei lavoratori a termine a sistema.

Con l'articolo 11 si prevede una norma transitoria e finale, che fa salvi i contratti individuali stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore della legge.

Infine, con l'articolo 12 si interviene sulla disciplina delle pubbliche amministrazioni, dove le assunzioni precarie sono sempre più diffuse. Si deve tener conto che la direttiva comunitaria 1999/70/CE si applica anche alle amministrazioni ed enti pubblici, come chiarito dalla citata sentenza della Corte di giustizia. Sembra quindi opportuno superare l'ormai ingiustificata diversità di regime tra pubblico e privato, con una disposizione che estenda al primo il regime previsto per il secondo (facendosi eccezione, per la peculiarità del rapporto, solo per il personale docente delle scuole).

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. L'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è sostituito dal seguente:

«Art. 1. – (*Apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*). - *1.* Il contratto di lavoro subordinato si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni indicate nel comma 2.

2. È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato:

a) a fronte di temporanee ragioni oggettive di carattere tecnico, organizzativo o produttivo;

b) quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto di lavoro;

c) quando l'assunzione sia effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile e ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale che, al 1º gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della direzione

provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui alla presente lettera;

d) per l'assunzione di dirigenti, amministrativi e tecnici, purché il termine non abbia durata superiore a cinque anni. I dirigenti assunti ai sensi della presente lettera possono recedere dal contratto a termine decorso un triennio ed osservata la disposizione dell'articolo 2118 del codice civile. I rapporti di cui alla presente lettera sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo, salvo per quanto concerne le previsioni di cui agli articoli 3, 6 e 8;

e) nelle altre ipotesi individuate nei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Nelle suddette ipotesi tali contratti collettivi stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori assunti a tempo indeterminato».

Art. 2.

1. L'articolo 2 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è sostituito dal seguente:

«Art. 2. - *(Forma del contratto). – 1.* Il termine di cui all'articolo 1 deve risultare da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni o le altre condizioni che giustificano l'apposizione del termine ai sensi del medesimo articolo 1, comma 2.

2. Nei casi di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, nel contratto sono indicate per iscritto le ragioni specifiche che determinano l'apposizione del termine al contratto di lavoro nonché il nesso di causalità intercorrente tra le ragioni oggettive ed il termine apposto al contratto di lavoro.

3. Nei casi di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *b)*, è indicato per iscritto il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.

4. Copia del contratto scritto è consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro il giorno di inizio della prestazione lavorativa.

5. La forma scritta non è necessaria quando la durata del rapporto di lavoro puramente occasionale non sia superiore a dodici giorni lavorativi».

Art. 3.

1. Dopo l'articolo 2 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è inserito il seguente:

«Art. 2-*bis*. - *(Inefficacia del termine). – 1.* L'apposizione del termine è priva di effetto ed il contratto si considera a tempo indeterminato:

a) se non sono rispettati i requisiti di forma previsti dall'articolo 2;

b) se non sussistono di fatto le ragioni o le altre condizioni che giustificano l'apposizione del termine ai sensi dell'articolo 1, comma 2. L'onere di tale prova è a carico del datore di lavoro;

c) se le ragioni oggettive di cui all'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, sono prive del carattere della temporaneità. L'onere di tale prova è a carico del datore di lavoro».

Art. 4.

1. All'articolo 3 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, dopo la lettera *d)* è aggiunta la seguente:

«*d*-bis) per lo svolgimento delle medesime mansioni svolte da lavoratori, assunti ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *a),* i cui contratti a termine siano venuti a scadenza nei sei mesi precedenti presso la stessa unità produttiva, salvo che la nuova assunzione a termine avvenga ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *b)*»;

b) dopo il comma 1 è aggiunto il seguente:

«*1*-bis. Nelle ipotesi previste dal comma 1 l'apposizione del termine è priva di effetto».

Art. 5.

1. L'articolo 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è sostituito dal seguente:

«Art. 4. - *(Disciplina della proroga). – 1.* Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni.

2. La proroga è ammessa una volta sola e per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale, quando la proroga sia richiesta da ragioni oggettive contingenti ed imprevedibili e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 1, comma 2. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non può essere superiore ai tre anni. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *b)*.

3. L'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano l'eventuale proroga del termine stesso è a carico del datore di lavoro».

Art. 6.

1. All'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, il comma 4 è sostituito dal seguente:

«*4.* Quando si tratti di due o più assunzioni successive a termine, obiettivamente intese ad eludere le disposizioni del presente decreto legislativo, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto».

Art. 7.

1. L'articolo 8 è sostituito dal seguente:

«Art. 8. - *(Criteri di computo). – 1.* Ai fini di cui all'articolo 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, i lavoratori con contratto a tempo determinato sono computabili ove il contratto abbia durata superiore a sei mesi. Non sono computabili i lavoratori assunti a termine ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *b)*».

Art. 8.

1. All'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono aggiunte, infine, le seguenti parole: «fermo restando il diritto di precedenza di cui all'articolo 10, comma 9».

Art. 9.

1. All'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 4 è abrogato;

b) il comma 7 è sostituito dal seguente:

«*7.* La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi:

a) nell'ambito delle attività stagionali già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni;

b) per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno;

c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi»;

c) il comma 8 è abrogato;

d) il comma 9 è sostituito dal seguente:

«*9.* I lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato hanno diritto di precedenza nelle assunzioni presso la stessa azienda e con la medesima qualifica. Il diritto di precedenza non spetta se il rapporto di lavoro si è risolto anticipatamente rispetto al termine contrattuale per dimissioni del lavoratore o per licenziamento per giusta causa».

Art. 10.

1. L'articolo 12 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è sostituito dal seguente:

«Art. 12. - *(Sanzioni). – 1.* Nei casi di inosservanza degli obblighi derivanti dall'articolo 6, il datore di lavoro è punito con la sanzione amministrativa da euro 500 a euro 3.000. La sanzione è moltiplicata per il numero di lavoratori cui l'inosservanza si riferisce. Se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori, si applica una sanzione amministrativa aggiuntiva da euro 3.000 a euro 20.000».

Art. 11.

1. I contratti individuali, stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore della presente legge, restano disciplinati dalla previgente normativa.

Art. 12.

1. Le disposizioni di cui alla presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro a termine alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, fatta salva la disciplina speciale per il personale docente delle scuole di ogni ordine e grado.

DISEGNO DI LEGGE N. C 104 DEL 28 APRILE 2006 SULLA CARTA DEI DIRITTI DELLE LAVORATRICI E DEI LAVORATORI (*)

Disegno di legge d'iniziativa dei deputati Cordoni e altri presentato alla Camera dei Deputati.

Onorevoli Senatori. – La diversificazione in atto fra le diverse tipologie di lavoro ha da tempo messo in crisi l'impostazione tradizionale, incentrata sul rapporto di lavoro subordinato.

Nei confronti della miriade di forme di attività espresse dall'attuale organizzazione economica si è intervenuti finora con adattamenti parziali, in particolare prevedendo rapporti di lavoro detti atipici, cioè regolati diversamente, di solito con minori tutele rispetto a quelle tradizionali, con maggiore flessibilità e con minori costi, specie previdenziali (tipico il cosiddetto lavoro «parasubordinato»).

Questi adattamenti sono risultati efficaci sul piano occupazionale, ma è ora urgente fare un passo ulteriore, pena il rischio che prendano piede tendenze destabilizzanti, sia sul piano della conformazione del rapporto di lavoro e dei diritti che in esso si devono radicare, sia perché i rapporti atipici sono affiancati da istituti di sicurezza sociale, assolutamente frammentari e incerti. Essi quindi sono soggetti a una corrosione surrettizia e non controllata delle tutele, che punta poi anche ad altri rapporti e che può pericolosamente destrutturare il mercato del lavoro.

Scopo del nostro disegno di legge è dunque quello di dotare tutte le forme di lavoro di un quadro generale di princìpi e di diritti, che corrisponda, senza alcun regresso, al nuovo mondo del lavoro, che esige che il lavoro sia maggiormente e permanentemente qualificato, capace di far fronte alle sfide di una concorrenza interna e internazionale che si gioca soprattutto sul terreno dell'innovazione e della qualità.

(*) Il testo si trova in attesa di stampa definitiva poiché è in corso una revisione da parte degli estensori.

I princìpi generali

Il disegno di legge si ispira ai seguenti princìpi:

a) ridefinizione lungo una scala continua delle diversificate forme di lavoro oggi esistenti, partendo da una protezione di base comune a tutti i tipi di lavoro, per procedere poi gradualmente verso normative e tutele differenziate e ulteriori;

b) valorizzazione in ciascuna di queste forme del capitale umano del paese, riconoscendo un ruolo centrale alla formazione, lungo tutto l'arco della vita lavorativa;

c) riordinamento delle tutele facenti capo oggi ai cosiddetti «ammortizzatori sociali» in funzione delle nuove caratteristiche del mercato del lavoro.

Al di sopra delle regole fondamentali che dovranno valere per tutti, la modulazione si dovrà realizzare in modo a sua volta diversificato, sia quanto alle materie, sia quanto alle fonti; cioè non solo in via legislativa, ma anche attraverso il chiaro riconoscimento del valore della autonomia collettiva nonché, per certi aspetti e per gruppi di soggetti in grado di farlo, anche attraverso la contrattazione individuale. Essa, inoltre, dovrà essere orientata da un principio guida, che in prima approssimazione può individuarsi nel principio di proporzionalità delle regole al bisogno di tutela e di regolazione desumibile dall'articolo 35 della Costituzione, comma 1 («La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme»).

Nel suo insieme, la nuova disciplina dovrà riferirsi, oltre che al tradizionale lavoro subordinato, in tutte le sue articolazioni tipologiche, anche a tutte quelle forme di lavoro che in sede europea si è preso a definire «lavoro economicamente dipendente».

Si tratta di una formula più pregnante e meno equivoca del nostro «lavoro parasubordinato», e che richiama una *ratio* di tutela parzialmente diversa da quella tipica del lavoro subordinato, esprimibile in termini di diretta rilevanza del dato della sottoprotezione socio-economica del lavoratore, non mediata, cioè, dall'assoggettamento personale che è connaturato al lavoro subordinato. Residua inoltre, nella logica dei «diritti fondamentali», e più ancora in quella della protezione sul mercato del lavoro, un rilevante spazio di tutela anche con riferimento al lavoro autonomo *stricto sensu* e libero professionale: qui l'obiettivo non è quello di ingessare forme di espressione della libertà individuale finora gelosamente garantite, ma al contrario, quello di dotare tutti i lavoratori, oltre che di elementari diritti di civiltà, di un nucleo di diritti sociali azionabili soprattutto nei confronti delle istituzioni del mercato del lavoro.

La formazione professionale continua e le politiche attive del lavoro

Si può ormai ritenere acquisita l'idea che, per migliorare le *performances* occupazionali del nostro paese, non solo occorra migliorare il livello di preparazione di base dei giovani che si affacciano per la prima volta sul mercato del lavoro, ma sia altresì necessario fare della formazione continua una risorsa, volta a consentire l'aggiornamento per l'intero arco della vita del personale già occupato contro i rischi di obsolescenza professionale connessi alle fasi di mutamento organizzativo, e comunque a favorire il riorientamento, la diversificazione professionale, la crescita e il miglioramento continuo delle competenze professionali.

Pertanto, oltre al diritto di ciascuno di accedere a percorsi di istruzione superiore o di formazione professionale iniziale o di apprendistato ai fini del conseguimento di un idoneo titolo di studio o certificato formativo o qualifica professionale, si deve garantire anche un diritto alla formazione per l'intero arco della vita mirante ad assicurare continuità alla traiettoria lavorativa dell'individuo nelle fasi di transizione, di perdita dell'impiego, di sospensione o di interruzione dell'attività lavorativa.

Esso costituisce parimenti sia un investimento dell'individuo sia un interesse della collettività.

Ciò comporta:

a) il diritto di accesso gratuito alle informazioni riguardanti le offerte di lavoro e formative a livello territoriale, nazionale ed europeo, e a servizi per l'impiego capaci di sostenere efficacemente e tempestivamente la ricerca di lavoro, contrastando in via preventiva soprattutto la disoccupazione dei soggetti più deboli nel mercato del lavoro (giovani, donne, lavoratori anziani, soggetti svantaggiati o a rischio di esclusione sociale) e quella di lunga durata;

b) il diritto all'apprendimento, alla formazione e al miglioramento professionale durante tutta la vita lavorativa, prevedendosi a tal fine anche idonee forme di sostegno economico all'investimento individuale e collettivo in formazione;

c) il diritto di scelta di percorsi formativi anche individuali, liberamente scelti ovvero concordati nell'ambito di accordi aziendali o territoriali, e da realizzare attraverso l'utilizzo di congedi e articolazioni flessibili dell'orario di lavoro;

d) il diritto di veder certificati i percorsi formativi realizzati e i risultati conseguiti;

e) il diritto alla promozione di misure e modalità formative specifiche atte ad assicurare pari opportunità alle donne, soprattutto in funzione della conciliazione con i compiti familiari e con le altre attività di cura delle persone;

f) il diritto delle rappresentanze dei lavoratori all'informazione e alla consultazione periodica a tutti i livelli, anche territoriali, per prevenire fenomeni di obsolescenza professionale e squilibri di genere nella composizione della forza lavoro.

Gli ammortizzatori sociali

In un mercato del lavoro in cui la mobilità lavorativa si caratterizza ormai come un aspetto fisiologico e non come un'evenienza eccezionale e traumatica, non si può continuare a concepire gli ammortizzatori sociali esclusivamente in funzione di eventi a carattere eccezionale.

Ciò richiede che il funzionamento dei nuovi ammortizzatori sia strettamente integrato con i servizi all'impiego e con la formazione continua, in modo da realizzare una tutela attiva della continuità del reddito, che abbia caratteristiche di adeguatezza, temporaneità, economicità, finalizzazione al mantenimento e al miglioramento della capacità professionale e alla rioccupazione produttiva, economicità.

Quest'area di tutela risulta, peraltro, coperta dal disegno di legge «Diritti di sicurezza sociale in materia di tutela attiva del lavoro e del reddito», d'iniziativa dei senatori Treu, Piloni, Amato e altri, presentato il 2 agosto 2002 (Atto Senato n. 1674): e dunque il presente disegno di legge si limita ad affermare in linea di principio il diritto alla tutela attiva della continuità del reddito in caso di disoccupazione involontaria, secondo i criteri sopra richiamati, e, in particolare, il diritto dei lavoratori economicamente dipendenti a mezzi adeguati alla soddisfazione di esigenze socialmente rilevanti in relazione ai periodi di discontinuità del lavoro.

Su queste aree fondamentali (formazione professionale continua e politiche attive nel lavoro; ammortizzatori sociali) la rimodulazione va definita legislativamente (e attuata nella pratica applicativa) tenendo conto delle nuove competenze regionali in materia di lavoro.

Lo schema dell'articolato

Il disegno di legge incrocia i contenuti sopra sinteticamente richiamati (diritti generali del mondo del lavoro; diritti nel mercato del lavoro; diritti di protezione sociale), con una articolazione degli ambiti di applicazione delle norme, che rifiuta il metodo della differenziazione per fattispecie (lavoro autonomo, lavoro libero-professionale, lavoro coordinato, lavoro subordinato, lavori subordinati cosiddetti «atipici», speciali eccetera), e mira più semplicemente a individuare, di volta in volta, l'ambito di operatività più adatto allo specifico contenuto normativo: ciò allo scopo di evitare fenomeni di scollamento tra i bisogni effettivi di tutela delle diverse tipologie di lavoratori e la disciplina normativa, ove questa consegua automaticamente alla stretta articolazione delle fattispecie e dunque sfugga al controllo effettivo del legislatore.

Il disegno di legge – che si apre con un articolo (Capo I) che individua i princìpi generali, in sintonia con quanto stabilito nella Carta dei diritti sociali fondamentali di Nizza – è diviso in altri quattro Capi: il secondo, il terzo e il quarto Capo, omogenei e tendenzialmente strutturati per cerchi concentrici,

realizzandosi così quel modello regolativo «modulare» che costituisce il primo dei princìpi inizialmente richiamati; il quinto, contenente alcune disposizioni specifiche, attuative di princìpi generali stabiliti nei precedenti Capi, oltre a disposizioni sanzionatorie e finali.

Il Capo II riguarda le normative di base tendenzialmente applicabili a tutte le forme di lavoro, con le limitazioni di volta in volta espressamente indicate, e restando impregiudicate le norme più favorevoli stabilite per i lavoratori economicamente dipendenti e subordinati:

a) diritti fondamentali con valenza interprivata: alla dignità e alla libera manifestazione del pensiero (articolo 3), alla intangibilità della sfera personale (articolo 4) e sessuale (articolo 5), alla tutela contro i comportamenti persecutori (articolo 6), alla non discriminazione (articolo 7), alla salute e sicurezza sul lavoro (articolo 8);

b) diritti azionabili sul mercato del lavoro: alla assistenza nella ricerca e nel reperimento effettivo di una «buona occupazione», attraverso efficaci servizi per l'impiego e idonei incentivi all'occupazione (articoli 9 e 10); all'apprendimento sia nella fase di transizione dalla scuola al lavoro sia nel corso della vita attiva, in rapporto alle caratteristiche dell'attività svolta e anche al fine di favorire la mobilità professionale (articolo 10). In particolare, all'obiettivo della «piena e buona occupazione» sono destinate le misure analiticamente individuate nell'articolo 37, che si attiene al principio della ripartizione delle competenze tra Stato e regioni. Quanto al diritto alla formazione permanente e continua, se ne prevede la promozione attraverso il sostegno, anche finanziario, alla costituzione di fondi mutualistici o bilaterali paritetici contrattuali, nonché mediante il beneficio fiscale della deduzione dal reddito da lavoro, dei costi sostenuti per la partecipazione ad attività formative scolastiche o di formazione professionale presso istituti abilitati al rilascio di titoli di studio legali o presso istituti di formazione professionale pubblici e privati accreditati;

c) il diritto alla sospensione dell'attività lavorativa e a forme adeguate di sostegno, anche economico, in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza, di maternità e paternità, di cura e di assistenza di familiari, di formazione continua e permanente, nonché alla conciliazione tra i tempi di vita e i tempi di lavoro (articolo 11);

d) il diritto a un equo compenso (articolo 12) e a un equo trattamento pensionistico, nonché a una volontaria pensione complementare (articolo 13). Il diritto all'equo compenso, essendo qui riferito anche a lavoratori non dipendenti (nemmeno economicamente), non è assoluto, essendo riconosciuto solo in presenza di una causa onerosa del contratto. In materia di previdenza complementare, si stabiliscono due importanti princìpi: quello di non discriminazione, e quello per cui la disciplina della previdenza complementare non deve in alcun modo ostacolare la mobilità professionale. Questi princìpi trovano poi opportuna specificazione, anche in termini di modificazione di norme vigenti, nell'articolo 38. Si prevede, infine, il sostegno e l'incentivazione di fondi mu-

tualistici per l'erogazione di prestazioni assistenziali e di sostegno del reddito, in relazione a periodi di discontinuità del lavoro autonomo o delle attività delle piccole imprese;

e) una tutela minima della continuità del rapporto (preavviso in caso di recesso da un contratto di durata indeterminata) (articolo 14);

f) diritti sindacali di base (articoli 15 e 16).

Il Capo III è dedicato ai lavoratori economicamente dipendenti. Esso mira a disegnare una disciplina del lavoro «coordinato», costruita sull'attribuzione di alcuni diritti ulteriori, che integrano quelli del Capo II, ma senza puntare alla pura e semplice omologazione coi lavoratori subordinati. Peraltro, si segnala la volontà di contrasto dell'uso improprio di questa tipologia di rapporti di lavoro quale lavoro subordinato mascherato (articolo 17, comma 3).

In particolare si tratta di:

a) obbligo di comunicazione dei contenuti del contratto (articolo 18);

b) un compenso equo, determinato in base agli accordi e contratti collettivi applicabili o comunque in uso per prestazioni analoghe e/o comparabili, o, in mancanza, dal giudice (articolo 19);

c) diritto a congrui periodi di sospensione dell'attività, giornalieri, settimanali e annuali (articolo 20);

d) diritto di astenersi dalla prestazione, percependo, laddove previsto, il compenso o un'indennità previdenziale nella misura e per la durata stabilite dalla legge, nei casi previsti, in generale, dall'articolo 10 (articolo 21);

e) diritti di informazione, in particolare attinenti alle modificazioni degli elementi del contratto (articolo 22);

f) tutela specifica in materia di salute e sicurezza sul lavoro (articolo 23), prevedendosi che a tali lavoratori, qualora inseriti nell'ambiente di lavoro organizzato dal committente, si applichino le disposizioni del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche e integrazioni, e precisandosi, opportunamente, che le disposizioni legislative tengano conto delle caratteristiche delle prestazioni lavorative, adottando, ove necessario, misure funzionalmente equivalenti, anche se non identiche, a quelle adottate con riferimento ai lavoratori subordinati;

g) diritti di sicurezza sociale, ivi compreso il diritto alla previdenza complementare e il diritto a mezzi adeguati alla soddisfazione di esigenze socialmente rilevanti in relazione ai periodi di discontinuità del lavoro (articolo 24): qui valendo il rinvio al citato disegno di legge n. 1674;

h) diritto (derogabile pattiziamente) di prestare l'opera a favore di più committenti, salvo di riservatezza (articolo 25);

i) diritti per apporti originali e per le invenzioni (articolo 26);

l) tutela risarcitoria in caso di recesso ingiustificato (articolo 27), distinguendosi i contratti di breve durata (fino a dodici mesi), per i quali è ammesso solo il recesso per giusta causa senza preavviso, da quelli di durata superiore, per i quali è possibile anche il recesso per giustificato motivo, con preavviso;

m) diritti di organizzazione e di attività sindacale e diritto di sciopero (articoli 28 e 29).

Il Capo IV, ferma restando l'intangibilità della disciplina vigente e in particolare dello Statuto dei diritti dei lavoratori, comprende norme che integrano e migliorano, con riferimento ai soli lavoratori subordinati, quelle del Capo II in materia di:

a) diritti di informazione e forme partecipative secondo le direttive europee (articolo 31);

b) diritto alla formazione continua e permanente (articolo 32);

c) tutela attiva del reddito in caso di disoccupazione (articolo 33): anche qui valendo il rinvio al citato disegno di legge Atto Senato n. 1674;

d) sostegno della previdenza complementare e diritto alla trasferibilità del trattamento di fine rapporto (TFR) in caso di le modalità e i dettagli regolativi di tali misure sono precisati nell'articolo 38.

Infine, Capo V *(Disposizioni finali)* contiene un articolo dedicato al sostegno e all'incentivazione della composizione stragiudiziale delle liti di lavoro (articolo 35); tre articoli recanti disposizioni attuative e di dettaglio in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (articolo 36), incentivi all'occupazione (articolo 37), previdenza complementare e individuale (articolo 38). Il disegno di legge si chiude con due articoli recanti norme sanzionatorie (articoli 39 e 40), un articolo recante norme sulla vigilanza (articolo 41), un articolo recante una procedura di verifica biennale, con le parti sociali, degli effetti delle disposizioni concernenti le procedure di composizione stragiudiziale delle controversie, la salute e la sicurezza dei lavoratori, gli incentivi all'occupazione e con l'articolo 43 recante la copertura finanziaria.

DISEGNO DI LEGGE

Capo I
PRINCÌPI GENERALI

Art. 1.
(Princìpi generali)

1. In attuazione del principio costituzionale di tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, e in conformità con i princìpi che informano l'ordinamento dell'Unione europea, la Repubblica adotta le misure necessarie a promuovere la piena e buona occupazione, anche in forma autonoma e imprenditoriale, e riconosce a tutte le lavoratrici e i lavoratori i diritti che rendono effettiva tale tutela e, in particolare, il diritto:

a) alla libertà, dignità e riservatezza;

b) alla non discriminazione;

c) alla sicurezza e alla salute nei luoghi di lavoro;

d) alla tutela contro le molestie sessuali in ambito lavorativo;

e) a un equo compenso del lavoro e alla tutela in caso di recesso ingiustificato, con modalità e secondo criteri che tengano conto della diversa natura e tipologia dei rapporti di lavoro;

f) alla tutela e al sostegno della maternità e della paternità;

g) alla cura familiare e personale e alla conciliazione tra tempo di vita e tempo di lavoro;

h) all'apprendimento continuo e permanente;

i) all'accesso gratuito ai servizi per l'impiego;

l) a forme di sicurezza sociale adeguate nell'arco della vita lavorativa di ciascuno;

m) alla libertà e all'attività sindacale, allo sciopero, nonché alla libertà di negoziazione.

2. I diritti riconosciuti dalla presente legge costituiscono princìpi fondamentali dell'ordinamento statale, anche ai fini, per le materie di competenza, della legislazione concorrente delle regioni.

Capo II
DIRITTI FONDAMENTALI DELLE LAVORATRICI E DEI LAVORATORI

Art. 2.
(Ambito di applicazione)

1. Le disposizioni di cui al presente Capo stabiliscono i diritti fondamentali garantiti a tutte le lavoratrici e i lavoratori economicamente dipendenti, come individuati dall'articolo 17, e subordinati.

2. Le disposizioni di cui al presente Capo si applicano, in quanto compatibili con la natura del rapporto e con le modalità di svolgimento della attività, alle lavoratrici e ai lavoratori che svolgono prestazioni di opera o di servizio, anche intellettuale, con apporto prevalentemente personale; alle socie e ai soci d'opera, anche con obbligo di prestazioni lavorative accessorie, nelle società diverse dalle cooperative.

3. Le disposizioni di cui al presente Capo si applicano altresì, in quanto compatibili, alle persone che svolgono un'attività lavorativa, con o senza corrispettivo, al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione; alle persone che frequentano corsi di formazione o addestramento professionale; alle persone che svolgono lavori di utilità pubblica o sociale, o di volontariato; alle persone che svolgono attività di lavoro nell'impresa familiare.

4. Sono fatte salve le norme speciali e le disposizioni negoziali più favorevoli ai prestatori di lavoro.

Art. 3.
(Dignità personale e libera manifestazione del pensiero)

1. Le lavoratrici e i lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la loro

opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, nel rispetto dei princìpi della Costituzione e delle norme di legge.

2. Le disposizioni in materia di impianti audiovisivi, di accertamenti sanitari e di visite personali di controllo, di cui agli articoli 4, 5 e 6 della legge 20 maggio 1970, n. 300, trovano applicazione, in quanto compatibili con la natura del rapporto e con le modalità di esecuzione della prestazione, anche nei confronti delle lavoratrici e dei lavoratori economicamente dipendenti e delle persone che svolgono un'attività lavorativa, con o senza corrispettivo, al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione; alle persone che frequentano corsi di formazione o addestramento professionale, alle persone che svolgono lavori di utilità pubblica o sociale, o di volontariato.

Art. 4.

(Intangibilità della sfera personale)

1. Ferma restando l'applicabilità delle disposizioni vigenti sulla tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, è fatto divieto al datore di lavoro, al committente nei rapporti di lavoro di cui al Capo III, al formatore, al tutore, al selezionatore, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose e sindacali, sulle condizioni di salute, sullo stato matrimoniale o di famiglia, sullo stato di gravidanza, sui comportamenti e orientamenti sessuali della lavoratrice e del lavoratore, nonché su ogni altra circostanza non rilevante ai fini della valutazione della sua attitudine professionale.

Art. 5.

(Tutela contro le molestie sessuali in ambito lavorativo)

1. Costituisce molestia sessuale nei luoghi di lavoro o in ambito lavorativo ogni atto o comportamento, espresso in forma fisica, verbale o non verbale, a connotazione sessuale o comunque basato sul sesso, posto in essere da datori di lavoro, superiori, collaboratori o colleghi, committenti nei rapporti di lavoro di cui al Capo III, tutori, formatori e selezionatori, che sia indesiderato dalla persona che lo subisce e che, di per sé ovvero per la sua insistenza, sia percepito come arrecante offesa alla sua dignità e libertà, ovvero sia suscettibile di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo nei suoi confronti.

2. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto all'informazione, alla prevenzione e alla tutela contro le molestie sessuali subite in ambito lavorativo.

Art. 6.

(Tutela contro i comportamenti persecutori)

1. Costituisce violenza morale e persecuzione psicologica gli atti o i comportamenti, anche verbali, posti in essere dai soggetti di cui all'articolo 5, che mirino a danneggiare la lavoratrice o il lavoratore, con carattere sistematico e duraturo e con predeterminazione.

2. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto all'informazione, alla prevenzione e alla tutela in materia di violenze morali e persecuzioni psicologiche perpetrate in ambito lavorativo o comunque in materia di atti esplicitamente ostili o offensivi, ripetutamente diretti contro la dignità della persona.

Art. 7.
(Non discriminazione)

1. È nullo qualsiasi atto o patto a carattere discriminatorio che produca o possa produrre un effetto pregiudizievole discriminando, anche in via indiretta, la lavoratrice e il lavoratore a causa:

a) del sesso, dei comportamenti e orientamenti sessuali, della razza o etnia, della nazionalità, della lingua, delle sue opinioni politiche, della religione, dell'età, ovvero delle sue condizioni personali, sociali, di disabilità o di salute;

b) delle sue opinioni sindacali, ovvero della sua affiliazione o attività sindacale.

2. Costituiscono discriminazione diretta o indiretta anche le molestie sessuali e i comportamenti persecutori che, esplicitamente o implicitamente, direttamente o indirettamente, siano accompagnati da minacce o ricatti da parte del datore di lavoro, dei superiori o dei colleghi di lavoro, del committente nei rapporti di lavoro di cui al Capo III, del formatore, del tutore, del selezionatore, in relazione alla costituzione, all'assunzione e all'attribuzione di un lavoro o di un incarico, alla conservazione, alla modificazione, alla retribuzione o al compenso, alla formazione professionale, alla cessazione del rapporto di lavoro o dell'incarico.

3. Trovano applicazione, in quanto compatibili con la natura del rapporto e le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, le disposizioni vigenti in materia di parità di trattamento e di divieto di discriminazione diretta e indiretta.

4. Il divieto di discriminazione non osta al mantenimento o all'adozione di azioni positive dirette a evitare o compensare svantaggi con finalità di riequilibrio del gruppo sottorappresentato.

Art. 8.
(Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro)

1. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto alla tutela della propria integrità e salute psicofisica e della propria personalità morale. A tal fine, il datore di lavoro, il committente nei rapporti di lavoro di cui al Capo III della presente legge, l'utilizzatore della prestazione, il soggetto erogatore di un servizio di istruzione, formazione, addestramento od orientamento professionale, hanno l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'attività, le misure che, secondo le peculiarità dell'attività produttiva, le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica implicate, sono necessarie al fine di eliminare o ridurre al minimo i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

2. Nel disciplinare l'obbligo, gravante sui soggetti di cui al comma 1, nei confronti delle lavoratrici e dei lavoratori che svolgono la propria attività presso una sede diversa dai locali di pertinenza del datore di lavoro o del committente, le disposizioni legislative adottate in conformità con i princìpi fondamentali di cui alla presente legge tengono conto della peculiarità delle prestazioni lavorative, attenendosi al criterio di adeguare le norme e le misure di sicurezza del lavoro nell'impresa con norme e misure funzionalmente equivalenti.

3. Con le modalità stabilite dall'articolo 36 della presente legge, sono istituite e disciplinate idonee forme di certificazione, assistenza e consulenza a favore dei datori di lavoro e delle imprese che adempiano agli obblighi in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Art. 9.

(Promozione della piena e buona occupazione)

1. La Repubblica adotta le misure adeguate a promuovere la piena e buona occupazione, anche in forma autonoma e imprenditoriale. In particolare, lo Stato e le regioni, secondo le rispettive competenze, e in coerenza con gli obiettivi indicati dagli orientamenti annuali dell'Unione europea in materia di occupabilità, adottano misure di incentivazione al lavoro, finalizzate anche all'inserimento professionale dei soggetti privi di occupazione, dei disoccupati di lungo periodo ovvero a rischio di esclusione sociale o aventi una occupazione di carattere precario e a bassa qualità.

2. Le misure di cui al comma 1 sono adottate secondo la tipologia, per le finalità specifiche, con le modalità e nel rispetto dei princìpi fondamentali stabiliti dall'articolo 37.

Art. 10.

(Politiche attive del lavoro e apprendimento continuo e permanente)

1. Le lavoratrici e i lavoratori inoccupati, disoccupati od occupati hanno diritto di accedere gratuitamente a puntuali informazioni in merito alle opportunità lavorative, ai posti di lavoro vacanti e all'offerta formativa esistente sul territorio nazionale, locale; essi hanno inoltre diritto a servizi gratuiti di orientamento e all'assistenza nella ricerca di lavoro e nella progettazione, nel corso della vita lavorativa, di percorsi, anche individuali, di apprendimento e formazione professionale.

2. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al comma 1 hanno altresì diritto all'apprendimento nel corso della vita lavorativa, per accrescere conoscenze e competenze professionali e per conseguire titoli di studio o di qualifica professionale. La formazione può corrispondere ad autonoma scelta del lavoratore ovvero essere predisposta dal datore di lavoro o dal committente, anche per il tramite di organismi pubblici o privati certificati.

3. L'apprendimento continuo e la formazione permanente sono incentivati attraverso il sostegno alla costituzione di fondi mutualistici o bilaterali paritetici, nonché mediante il beneficio fiscale della deduzione dal reddito da lavoro, dei costi sostenuti per la partecipazione ad attività formative scolastiche o di formazione professionale presso istituti abilitati al rilascio di titoli di studio legali o presso istituti di formazione professionale pubblici e privati accreditati.

Art. 11.

(Tutela delle legittime sospensioni dell'attività e della conciliazione tra i tempi di vita e i tempi di lavoro)

1. In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza, di maternità e paternità, di congedo parentale, di cura e di assistenza di familiari, di formazione continua e permanente, le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto alla sospensione dell'attività lavorativa e a forme adeguate di sostegno, anche economico.

2. Le forme di tutela di cui al comma 1, istituite e disciplinate in base alla legge e ai contratti e accordi collettivi, favoriscono la conciliazione dell'attività lavorativa con i compiti familiari e con le altre attività di cura delle persone.

3. La costituzione di servizi di sostituzione totale o parziale, organizzati per bacini territoriali, settoriali e categoriali, in relazione alla sospensione dell'attività lavorativa autonoma, è sostenuta e incentivata.

Art. 12.

(Equo compenso)

1. Qualora sia previsto il corrispettivo per l'attività lavorativa svolta e il suo ammontare non sia contrattualmente definito o equo, esso è stabilito dal giudice secondo equità.

Art. 13.

(Equo trattamento pensionistico e mutualità volontaria)

1. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto a un equo trattamento pensionistico in caso di vecchiaia. La legge prevede idonee forme pensionistiche obbligatorie e promuove le forme pensionistiche volontarie, di cui al comma 2.

2. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto di accedere, su base volontaria e secondo le previsioni delle fonti istitutive applicabili, alle forme pensionistiche complementari e alle forme pensionistiche individuali.

3. Le fonti istitutive delle forme pensionistiche complementari e gli atti negoziali in base ai quali si perfeziona l'adesione a tutte le forme pensionistiche di cui al comma 2, rispettano, in relazione a tutti gli aderenti e a tutti coloro che domandino di aderire, il principio di non discriminazione.

4. Alle lavoratrici e ai lavoratori è garantito che la mobilità professionale non determini penalizzazioni ai fini della maturazione dei diritti pensionistici nelle forme pensionistiche di cui al comma 1. A tal fine, in particolare, la disciplina delle forme pensionistiche complementari e individuali è

modificata secondo quanto stabilito dalla disposizione di cui all'articolo 38, comma 1, lettera *d*.

5. Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 4 si applicano anche alle persone che svolgono lavori di cura non retribuiti derivanti da responsabilità familiari.

6. La costituzione su base volontaria e negoziale di fondi mutualistici per la soddisfazione di esigenze socialmente rilevanti e per l'erogazione di prestazioni assistenziali e di sostegno del reddito, anche in relazione a periodi di discontinuità del lavoro autonomo o delle attività delle piccole imprese, è sostenuta e incentivata.

Art. 14.

(Diritto al preavviso nei contratti a tempo indeterminato)

1. In tutti i contratti di lavoro a tempo indeterminato ciascuna delle parti può recedere dando preavviso nel termine stabilito contrattualmente, o secondo gli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

2. Salvo che la legge o il contratto non dispongano altrimenti, il preavviso non è dovuto se il recesso è obiettivamente giustificato.

Art. 15.

(Diritto all'associazionismo professionale)

1. Ai lavoratori e alle lavoratrici è garantito il diritto di costituire associazioni sindacali e professionali, di aderirvi e di svolgere attività di tutela e promozione degli interessi professionali collettivi.

Art. 16.

(Divieto di instaurare rapporti di lavoro per finalità antisindacali)

1. L'instaurazione di un qualsiasi rapporto di lavoro, ovvero l'utilizzo specifico di altri lavoratori in organico, per la sostituzione di lavoratrici e lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Capo III

LAVORATRICI E LAVORATORI ECONOMICAMENTE DIPENDENTI

Art. 17.

(Ambito di applicazione)

1. Le disposizioni di cui al presente Capo integrano le disposizioni di cui al Capo II, che si intendono qui richiamate, con specifico riferimento ai rapporti di lavoro caratterizzati da una situazione di dipendenza economica del prestatore di lavoro.

2. Si considerano tali i rapporti di collaborazione aventi a oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza vincolo di orario di lavoro, in-

dipendentemente dall'ambito aziendale o extra-aziendale in cui si svolge la prestazione stessa.

3. Ove il rapporto di lavoro presenti, nelle sue concrete modalità di svolgimento, le caratteristiche proprie del rapporto di lavoro subordinato, si converte automaticamente in rapporto di lavoro subordinato fin dal momento in cui, in sede giudiziale, si riscontri che dette caratteristiche sussistono.

4. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente Capo i rapporti di lavoro che abbiano una durata complessiva inferiore a trenta giorni nell'anno solare.

Art. 18.

(Obbligo di comunicazione dei contenuti del contratto)

1. Il committente è tenuto a trasmettere ai servizi per l'impiego competenti e a consegnare alla lavoratrice o al lavoratore, rispettivamente entro cinque ed entro trenta giorni lavorativi dall'inizio dell'attività lavorativa, una copia del contratto di lavoro o della lettera di incarico o di altro documento scritto che contenga la puntuale indicazione dei seguenti elementi:

a) l'identità delle parti;

b) il luogo o i luoghi di lavoro, nonché la sede o il domicilio del committente;

c) la data d'inizio del rapporto, la durata del contratto e l'eventuale periodo di prova;

d) l'oggetto della prestazione lavorativa;

e) l'ammontare del corrispettivo, i tempi di pagamento e la disciplina degli eventuali rimborsi spese;

f) le modalità idonee a garantire le informazioni necessarie all'esecuzione della attività lavorativa o alla realizzazione del risultato, nonché le forme di controllo del committente sull'esecuzione o sulla realizzazione stessa;

g) l'eventuale facoltà del prestatore di lavoro, previa accettazione del committente, di farsi sostituire temporaneamente da persona resa nota al committente stesso, o di lavorare in coppia, dando luogo, in entrambi i casi, a un unico rapporto con responsabilità solidale di ciascuno dei prestatori per l'esecuzione dell'intera opera o servizio;

h) la previsione di un congruo periodo di preavviso per il recesso nei contratti di durata superiore a dodici mesi.

Art. 19.

(Diritto al compenso)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto a un compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro svolto, e sufficiente per un'esistenza libera e dignitosa, secondo quanto stabilito negli accordi e contratti collettivi applicabili o comunque in uso per prestazioni analoghe o comparabili.

2. Se il compenso non è determinato o determinabile contrattualmente, e comunque se non è conforme a quanto stabilito nel comma 1, il suo ammontare è stabilito dal giudice secondo equità.

Art. 20.

(Diritto a condizioni di lavoro eque e giuste)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto, pur in assenza di vincolo di orario, a congrui periodi di sospensione dell'attività, giornalieri, settimanali e annuali.

2. I periodi di cui al comma 1 sono determinati contrattualmente o, in mancanza, dal giudice secondo equità.

Art. 21.

(Tutela delle legittime sospensioni della prestazione)

1. In caso di infortunio, di malattia, di gravidanza, di maternità, di paternità, di congedo parentale, di cura e di assistenza di familiari o personale, di svolgimento di attività di formazione continua e permanente, le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto di astenersi dalla prestazione, percependo, laddove previsto, il compenso o un'indennità previdenziale nella misura e per la durata stabilite dalla legge.

Art. 22.

(Diritti di informazione)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto di ricevere dal committente comunicazione scritta, entro un mese dall'adozione delle modificazioni degli elementi del contratto di cui all'articolo 18.

2. Il committente è tenuto a organizzare i propri flussi di comunicazione in modo da garantire a tutte le lavoratrici e ai lavoratori pari condizioni nell'accesso alle informazioni attinenti al lavoro e all'attività sindacale.

Art. 23.

(Salute e sicurezza)

1. Ai lavoratori e alle lavoratrici di cui al presente Capo, qualora siano inseriti nell'ambiente di lavoro organizzato dal committente, si applicano le disposizioni in materia di salute e sicurezza del lavoro previste dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni. In particolare essi devono essere considerati ai fini dell'adempimento degli obblighi inerenti la valutazione dei rischi e la relativa documentazione, la tenuta e l'aggiornamento del registro infortuni, i servizi di prevenzione e protezione e di gestione delle emergenze, la sorveglianza sanitaria, i diritti di informazione e formazione.

2. Le disposizioni legislative tengono conto delle caratteristiche delle prestazioni lavorative, adottando misure funzionalmente equivalenti, ma in ogni caso adeguate e sufficienti a garantire i diritti di cui al comma 1.

3. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto, in caso di attività lavorativa svolta, per un periodo significativo di tempo e indipendentemente dal luogo in cui si svolge l'attività, su attrezzature munite di videoterminali, allo stesso livello di protezione di cui beneficiano le lavoratrici e i lavoratori di cui al Capo IV.

4. È vietato affidare alle lavoratrici e ai lavoratori di cui al presente Capo lavorazioni che richiedano sorveglianza medica speciale e lavori particolarmente pericolosi.

5. Le modalità di individuazione delle rappresentanze per la sicurezza dei lavoratori di cui al presente Capo sono stabilite con accordi o contratti collettivi o, in mancanza, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previo accordo con le confederazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative.

Art. 24.
(Diritti di sicurezza sociale)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto alla tutela previdenziale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, per malattia e infortunio, per maternità e paternità, per assegni al nucleo familiare.

2. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno inoltre diritto di aderire alle forme di previdenza complementare, in regime di contribuzione definita, istituite secondo quanto previsto dalla normativa vigente, anche unitamente alle lavoratrici e ai lavoratori subordinati. A tale fine, a essi si applica la disciplina delle forme pensionistiche complementari, come modificata dalle disposizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere *a* e *b*.

3. I lavoratori hanno altresì diritto a che siano assicurati mezzi adeguati alla soddisfazione di esigenze socialmente rilevanti in relazione ai periodi di discontinuità del lavoro.

Art. 25.
(Obbligo di riservatezza)

1. Salvo diverso accordo tra le parti, le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo possono svolgere la loro attività a favore di più committenti, senza pregiudizio dell'attività dei committenti medesimi.

Art. 26.
(Diritti per apporti originali e per le invenzioni della lavoratrice e del lavoratore)

1. I diritti di utilizzazione economica relativi alla creazione di apporti originali, come pure quelli riguardanti l'invenzione fatta in occasione dello svolgimento dell'attività o nell'esecuzione del servizio oggetto del contratto, spettano alla lavoratrice e al lavoratore, salvo il caso in cui l'attività inventiva costituisca oggetto della attività lavorativa così come dedotto in contratto.

2. Salvo il caso in cui l'attività inventiva costituisca oggetto della attività lavorativa così come dedotto in contratto, il committente ha diritto di prelazione sull'utilizzazione economica dei diritti o per l'acquisto del brevetto, da esercitare entro tre mesi dalla conoscenza della creazione o dalla comunicazione del conseguimento del brevetto da parte della lavoratrice o del lavoratore, verso corresponsione di un canone o di un prezzo determinati di comune accordo.

3. In caso di mancato accordo sul canone o sul prezzo, si applicano le disposizioni legislative in materia di brevetti per invenzioni della lavoratrice e del lavoratore.

Art. 27.
(Recesso)

1. Nei contratti di cui al presente Capo, stipulati per una durata superiore a dodici mesi, è ammesso il recesso solo per giusta causa, senza obbligo di preavviso, ovvero il recesso per giustificato motivo, con obbligo di preavviso. Nei contratti di durata inferiore, è ammesso il recesso solo per giusta causa.

2. La durata del preavviso, ove non sia stabilita contrattualmente, è determinata in base agli usi, o in mancanza, dal giudice secondo equità. Il committente può corrispondere un'indennità sostitutiva di importo pari al compenso che sarebbe spettato alla lavoratrice e al lavoratore per la durata del preavviso medesimo. La lavoratrice o il lavoratore può corrispondere al committente un'indennità sostitutiva di importo pari alla metà del suddetto compenso.

3. Il recesso è comunicato per iscritto. La lavoratrice o il lavoratore può chiedere, entro dieci giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso. In tal caso, il committente deve, nei dieci giorni successivi alla richiesta, comunicarli per iscritto al lavoratore.

4. Il recesso intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui al comma 3 è inefficace.

5. Il committente che recede ingiustificatamente dal contratto è tenuto a corrispondere alla lavoratrice o al lavoratore un congruo indennizzo, di importo almeno pari a quello dell'indennità di mancato preavviso e comunque modulato sulla base della dimensione occupazionale dell'impresa committente.

6. La lavoratrice e il lavoratore che recede per giusta causa ha diritto di percepire dal committente l'indennità sostitutiva del preavviso.

7. Il recesso per motivi discriminatori di cui all'articolo 7 è nullo.

8. Rientra nella giusta causa o nel giustificato motivo di recesso della lavoratrice o del lavoratore la modificazione unilaterale da parte del committente degli elementi del contratto di cui all'articolo 18.

Art. 28.
(Diritti sindacali)

1. Alle lavoratrici e ai lavoratori di cui al presente Capo è garantito il diritto:

a) di costituire associazioni e organismi sindacali e di aderire, non aderire o recedere da organizzazioni esistenti;

b) di partecipare alle assemblee indette dalle rappresentanze sindacali aziendali all'interno delle unità produttive;

c) di negoziare liberamente, per il tramite delle loro organizzazioni, accordi e contratti collettivi per la regolazione dei rapporti di lavoro.

2. Ove i contratti o accordi di cui al comma 1, lettera *c*, non prevedano la costituzione di organismi di rappresentanza delle lavoratrici e dei lavoratori medesimi all'interno delle unità produttive, il loro diritto elettorale, attivo e passivo, per la partecipazione alle rappresentanze sindacali aziendali dei lavoratori subordinati costituite o da costituire nelle unità produttive, e comunque il loro diritto di partecipare alle assemblee, può essere previsto e disciplinato dai contratti collettivi applicati nelle unità produttive di riferimento.

3. Alle lavoratrici e ai lavoratori che svolgano la prestazione di lavoro in regime di telelavoro è riconosciuto, nelle unità produttive in cui siano costituite rappresentanze sindacali aziendali dei lavoratori subordinati, il diritto di accesso all'attività sindacale che si svolge in azienda anche tramite l'istituzione di una bacheca elettronica o di altro sistema elettronico a cura della rappresentanza sindacale aziendale e a spese dell'azienda, in cui vengano inserite tutte le informazioni di interesse sindacale e lavorativo.

Art. 29.
(Diritto di sciopero)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto di sospendere la propria attività lavorativa a fini di autotutela sindacale.

2. Nei servizi pubblici essenziali, il diritto di sciopero si esercita nei limiti e alle condizioni di cui alla legge 12 giugno 1990, n. 146.

Capo IV
STATUTO DELLE LAVORATRICI E DEI LAVORATORI

Art. 30.
(Ambito di applicazione e fonti di disciplina del lavoro subordinato)

1. Le disposizioni di cui al presente Capo integrano le disposizioni di cui al Capo II, che si intendono qui richiamate, con specifico riferimento a tutti i rapporti di lavoro subordinato.

2. Ai lavoratori di cui al presente Capo si applica la disciplina stabilita dal codice civile, dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e da tutte le altre leggi che disciplinano il rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati e di pubbliche amministrazioni.

Art. 31.

(Diritti di informazione, consultazione e partecipazione)

1. Le lavoratrici e i lavoratori, tramite i loro rappresentanti sindacali, hanno diritto di essere informati e consultati in ogni fase di mutamento dell'assetto occupazionale e organizzativo dell'impresa, in particolare nei processi di ristrutturazione, nei trasferimenti d'azienda e nei licenziamenti collettivi.

2. Le lavoratrici e i lavoratori, tramite i loro rappresentanti sindacali, hanno diritto di essere informati e consultati in tutte le materie previste dalla direttiva 2002/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Unione europea.

3. Le lavoratrici e i lavoratori hanno altresì diritto di essere resi partecipi, tramite i loro rappresentanti sindacali, delle decisioni adottate nell'ambito della «Società europea», di cui alla direttiva 2001/86/Ce del Consiglio, dell'8 ottobre 2001.

4. I diritti di informazione, consultazione e partecipazione si esercitano nelle forme individuate prioritariamente dalla contrattazione collettiva.

Art. 32.

(Formazione continua e permanente)

1. Le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto di sospendere la prestazione di lavoro per attività di formazione continua e permanente, percependo, laddove previsto, il compenso, secondo quantità, modalità e durata stabilite dalla legge e dai contratti collettivi.

2. Lo Stato, le regioni e gli enti locali assicurano, secondo le rispettive competenze, un'offerta formativa articolata, adeguata e accreditata.

Art. 33.

(Diritto alla tutela attiva del reddito in caso di disoccupazione involontaria)

1. Le lavoratrici e i lavoratori di cui al presente Capo hanno diritto, in caso di disoccupazione involontaria, anche parziale, alla tutela attiva della continuità del reddito, anche in forma di integrazione salariale per il caso di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, secondo forme che ne assicurino l'adeguatezza, la temporaneità, la finalizzazione al mantenimento e al miglioramento della capacità professionale e alla rioccupazione produttiva, l'economicità di gestione.

Art. 34.

(Disposizioni in materia di previdenza pensionistica complementare)

1. Ai fini della legislazione concorrente delle regioni in materia di previdenza complementare, la disciplina di riferimento è costituita dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni.

2. Le modalità di adesione ai fondi pensione possono essere stabilite dalle fonti istitutive anche attraverso procedure di silenzio-assenso.

3. Alle lavoratrici e ai lavoratori iscritti alle forme di previdenza complementare, deve essere garantita la facoltà di trasferire l'intera posizione individuale ad altra forma di previdenza complementare, quando cessino i requisiti di partecipazione, ovvero quando sia decorso un periodo minimo stabilito dalla legge o dalle fonti istitutive.

4. Il trasferimento della posizione individuale comporta l'obbligo del conferimento dell'accantonamento annuale del trattamento di fine rapporto a favore della forma di previdenza complementare di destinazione.

5. Ai fini di cui al presente articolo, si applica la disciplina delle forme pensionistiche complementari e individuali, come modificata dalle disposizioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettere *c*, *e* e *f*.

6. Le lavoratrici e i lavoratori del pubblico impiego accedono alle forme di previdenza complementare con le modalità contributive previste dagli specifici accordi contrattuali, anche in riferimento al conferimento del trattamento di fine rapporto.

Capo V
DISPOSIZIONI FINALI

Art. 35.
(Diritto alla composizione stragiudiziale delle controversie)

1. Tutte le lavoratrici e i lavoratori hanno diritto di accedere a forme di composizione stragiudiziale delle liti di lavoro, previste e disciplinate su base collettiva e idonee a risolvere le controversie in tempi celeri, secondo giustizia.

2. Sugli importi monetari riconosciuti a favore della lavoratrice o del lavoratore in caso di risoluzione della controversia in sede conciliativa o arbitrale è riconosciuto il beneficio della riduzione, in misura pari al 50 per cento, dell'aliquota applicabile per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, nonché della ritenuta ai fini dell'imposta sul reddito.

Art. 36.
(Misure di promozione dell'adempimento degli obblighi in materia di tutela della salute e della sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori)

1. Fino a quando non intervengano in materia leggi regionali, con regolamenti da emanare con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della salute, previo accordo con le confederazioni sindacali comparativamente più rappresentative, e nel rispetto dei princìpi fondamentali desumibili dalla legislazione statale, sono disciplinate idonee forme di assistenza e consulenza gratuite, a carico dei competenti servizi pubblici, a favore dei piccoli imprenditori e dei datori di lavoro non

imprenditori, finalizzate all'espletamento non oneroso degli adempimenti previsti dalle disposizioni del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni.

Art. 37.

(Disposizioni in materia di incentivi all'occupazione e all'autoimpiego)

1. Per le finalità di promozione della piena e buona occupazione di cui all'articolo 9, lo Stato e le regioni, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative e regolamentari, possono riconoscere ai datori di lavoro e ai lavoratori apposite incentivazioni all'espansione occupazionale e all'autoimpiego, sotto forma di sgravi contributivi, finanziamenti agevolati, crediti d'imposta, forme d'imposizione negativa sul reddito, prestazioni di garanzie per l'accesso al credito, deduzioni dal reddito imponibile.

2. Gli incentivi e le agevolazioni di cui al comma 1 devono essere prioritariamente orientati a favorire:

a) l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato o a tempo determinato di durata superiore a dodici mesi, con persone in situazione di difficoltà occupazionale, quali, in particolare, inoccupati e disoccupati da più di un anno, inoccupati di età inferiore a 26 anni, disoccupati di età superiore a 45 anni, inoccupati e disoccupati precedentemente impegnati in lavoro di cura di familiari, disabili gravi o minori di anni 12 o per gravi motivi di famiglia, immigrati regolari, disabili gravi;

b) l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato con finalità formativa;

c) l'emersione del lavoro non dichiarato o irregolare, inerente sia a datori di lavoro non dichiarati, sia a rapporti di lavoro non dichiarati o irregolari, ma instaurati con datori di lavoro dichiarati;

d) l'intrapresa di attività di lavoro autonomo o di attività imprenditoriali;

e) la continuità operativa e gestionale delle piccole e medie imprese, attraverso forme di apprendistato o tirocinio idonee ad agevolare il subentro di familiari o collaboratori nell'esercizio dell'impresa;

f) il ricorso a prestazioni di lavoro a tempo parziale su base volontaria, con particolare riferimento alle ipotesi di espansione della base occupazionale dell'impresa o di impiego di giovani impegnati in percorsi di istruzione e formazione, di genitori con figli minori, di lavoratori con età superiore a 55 anni, nonché la trasformazione a tempo parziale di contratti a tempo pieno che intervenga in alternativa all'avvio di procedure di riduzione di personale.

3. Fatte salve le competenze delle regioni in materia di previdenza integrativa e complementare, nonché quelle attinenti a tributi propri delle stesse regioni, con riferimento alle misure di incentivazione consistenti in agevolazioni di carattere previdenziale o tributario, le disposizioni legislative e regolamentari adottate a tal fine dallo Stato devono prevedere, attraverso specifiche norme di coordinamento:

a) l'integrazione del sistema di incentivi statale con le politiche locali di sviluppo e di incentivazione dell'occupazione;

b) il collegamento con la disciplina della verifica dello stato di inoccupazione o disoccupazione e con la disciplina delle relative sanzioni;

c) il collegamento con le misure di tutela attiva del lavoro e del reddito di cui all'articolo 33, e con le disposizioni legislative inerenti i diritti di sicurezza sociale in materia di sostegno e integrazione del reddito, in quanto orientate a favorire la tutela attiva del lavoro.

4. Le disposizioni di incentivazione all'occupazione e allo sviluppo adottate con leggi e regolamenti regionali, nell'ambito della potestà concorrente di cui all'articolo 117 della Costituzione, sono determinate nel rispetto dei princìpi fondamentali stabiliti o desumibili dalla legislazione statale vigente, delle competenze legislative statali in materia di immigrazione, tutela della concorrenza, perequazione delle risorse finanziarie, nonché nel rispetto dei vincoli posti dall'articolo 120 della Costituzione.

Art. 38.

(Disposizioni modificative del decreto legislativo n. 124 del 1993, in materia di forme pensionistiche complementari e individuali)

1. Al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2, comma 1, lettera *b*, è aggiunto il seguente periodo: «le fonti istitutive di cui alla lettera *a* del comma 1 dell'articolo 3 possono consentire che l'istituzione di forme pensionistiche complementari per i lavoratori economicamente dipendenti avvenga unitamente ai lavoratori di cui alle lettere *a* e *b*-bis del presente comma, che siano inseriti nelle imprese committenti»;

b) all'articolo 2, comma 2, la lettera *a* è sostituita dalla seguente:

«*a)* per i soggetti di cui al comma 1, lettere *a*, *b*-bis e *b*-ter, e per quelli di cui all'ultimo periodo della lettera *b*, esclusivamente forme pensionistiche complementari in regime di contribuzione definita»;

c) all'articolo 3, il comma 4 è sostituito dal seguente:

«*4.* Le fonti istitutive di cui al comma 1 stabiliscono le modalità di adesione ai fondi pensione, anche definendo procedure di silenzio-assenso alla partecipazione ai fondi, che in ogni caso prevedano un termine non inferiore a tre mesi per la manifestazione del rifiuto di aderire e che tengano altresì ferma la preventiva informazione degli aderenti, come richiesta di attuazione dell'articolo 4, comma 4»;

d) all'articolo 7, dopo il comma 3, è inserito il seguente:

«*3*-bis. Al compimento del periodo minimo di partecipazione di cui ai commi 2 e 3 del presente articolo, nonché di cui al comma 4 dell'articolo 9-*bis*, concorrono anche i periodi di appartenenza alle forme pensionistiche complementari e individuali dalle quali l'iscritto abbia trasferito la posizio-

ne individuale, secondo le previsioni di cui all'articolo 10, commi 1, lettere *a* e *b*, 2, 3-*bis* e 3-*quinquies*»;

e) all'articolo 10, comma 1, lettera *b*, è aggiunto il seguente periodo: «il trasferimento della posizione individuale comporta anche la prosecuzione dell'obbligo di accantonamento del T.F.R., nella misura stabilita dalle fonti istitutive di cui all'articolo 8, comma 2, a favore del fondo pensione di destinazione»;

f) all'articolo 10, comma 3-*bis,* il primo periodo è sostituito dal seguente: «Le fonti istitutive prevedono per ogni singolo iscritto, anche in mancanza delle condizioni di cui ai commi precedenti, la facoltà di trasferimento dell'intera posizione individuale dell'iscritto, presso altro fondo pensione, di cui agli articoli 3 e 9, o presso una forma pensionistica individuale, di cui agli articoli 9-*bis* e 9-*ter*, non prima di tre anni di permanenza presso il fondo da cui l'iscritto si intende trasferire. Il trasferimento non può aver luogo, comunque, prima che siano trascorsi tre anni dalla data del primo provvedimento di autorizzazione di cui all'articolo 17, comma 2, lettera *f*».

Art. 39.

(Responsabilità disciplinari e tutela giudiziaria)

1. Fatte salve le responsabilità civile e penale, ove sussistenti secondo la normativa vigente, e salva la responsabilità disciplinare a carico di superiori, collaboratori o colleghi della lavoratrice o del lavoratore, secondo la normativa vigente e i contratti collettivi applicabili, le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 5 e 6 costituiscono, per le persone non assoggettabili a sanzioni disciplinari diverse dalla risoluzione del rapporto di lavoro, illecito di carattere amministrativo punibile con la sanzione amministrativa da 500 a 5.000 euro. Il relativo procedimento è di competenza dell'organo individuato ai sensi dell'articolo 41.

2. Per le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 5, 6 e 7 della presente legge è ammessa l'azione in giudizio ai sensi dell'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni. Qualora il fatto non costituisca fattispecie discriminatoria, le disposizioni di cui al citato articolo 4 della legge n. 125 del 1991 si applicano nei limiti della compatibilità.

3. In caso di inadempimento dell'obbligo di cui all'articolo 18 della presente legge, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 4 del decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152.

Art. 40.

(Sanzioni penali)

1. Le violazioni delle disposizioni di cui all'articolo 3, comma 2, all'articolo 4 e all'articolo 16, sono punite con le sanzioni di cui all'articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Art. 41.
(Organi di vigilanza)

1. Il controllo sull'osservanza delle disposizioni di cui alla presente legge compete al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che lo esercita attraverso il servizio ispettivo delle direzioni provinciali del lavoro ovvero attraverso l'organo competente per territorio secondo la disciplina vigente.

Art. 42.
(Verifica dell'efficacia della legge)

1. Decorsi due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali procede a una verifica, con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, degli effetti e della efficacia delle disposizioni di cui agli articoli 35, 36 e 37, e ne riferisce entro sei mesi alle competenti Commissioni parlamentari permanenti.

Art. 43.
(Copertura finanziaria)

1. Agli oneri derivanti dall'attuazione della presente legge si provvede, fino a concorrenza degli importi, mediante le maggiori entrate derivanti dall'applicazione delle seguenti disposizioni:

a) l'articolo 13 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, è abrogato;

b) a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, le aliquote di base di cui all'articolo 5 della legge 7 marzo 1985, n. 76, e successive modificazioni, per il calcolo dell'imposta di consumo sui tabacchi lavorati destinati alla vendita del pubblico nel territorio soggetto a monopolio, sono uniformemente incrementate del 50 per cento.

PROGETTO DI LEGGE DEL 26 OTTOBRE 2006 RECANTE NUOVE NORME PER IL SUPERAMENTO DEL PRECARIATO E PER LA DIGNITÀ DEL LAVORO

Progetto di legge presentato a Roma dal Centro Diritti del Lavoro – Sinistra Europea «Pietro Alò» e in procinto di essere depositato in Parlamento.

Par. 1): Finalità e struttura del Progetto di Legge

Questo progetto di legge si propone di sintetizzare in un articolato, il più possibile compatto ed essenziale, le riforme o risposte normative che appaiono necessarie per contrastare, e sperabilmente rovesciare, quel progetto di multiforme precarizzazione dei rapporti di lavoro, e di forte degrado degli standard di tutela, che ha caratterizzato l'ultimo decennio.

La precarizzazione è stata «multiforme» perché ha colpito l'insieme del mondo del lavoro, e non soltanto questo o quel segmento, e perché a tal fine ha utilizzato diverse vie e strumenti.

Così l'uso (e l'abuso) dei rapporti di lavoro parasubordinato e «atipico», al posto del rapporto di lavoro subordinato, è stato diretto principalmente contro i giovani, ai quali è stato precluso l'ottenimento di una appagante, o almeno sufficiente, condizione di vita e di lavoro.

Contro i lavoratori del settore terziario è stata, d'altro canto, per lo più diretta la possibilità, quasi incontrollata, di apporre un termine di durata del rapporto di lavoro. Per altro verso, gli ancor recenti interventi legislativi di manomissione di un tradizionale quadro di garanzie, portati dal d.lgs. n. 276/2003 (anche se non solo da esso), hanno rimesso in discussione, ed esposto a gravissimi pericoli di precarizzazione, anche la condizione del «nucleo forte» dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato nei settori industriali e manifatturieri.

Si tratta, infatti, di interventi che perseguono obiettivamente lo scopo di separare il lavoro dall'impresa che lo utilizza, così deresponsabilizzando l'imprenditore verso lavoratori che producono per lui, ma non sono più «suoi»: il che è avvenuto attraverso la legittimazione (almeno tendenziale) di appalti di manodopera, di esternalizzazioni di comodo e fittizie di parti dell'apparato produttivo, di forme di somministrazione di lavoro a tempo determinato e indeterminato.

Resta poi, diffusissima, e talvolta condotta agli estremi di un nuovo schiavismo, la forma peggiore di precarietà, quella costituita dal lavoro nero e clan-

destino, che si è dimostrato resistente e insensibile sia ai tentativi di repressione amministrativa e penale, sia a quelli di bonifica tramite legislazione premiale «di emersione».

Ma restano anche, per converso, nella stessa disciplina del lavoro regolare, antiche e non risolte ingiustizie, illogicità e lacune, che anch'esse si traducono, in definitiva, in situazioni di precarietà e sottotutela: si pensi alla palese insufficienza della tutela riservata ai dipendenti delle piccole imprese contro i licenziamenti ingiustificati, oppure alla elusione delle norme protettive condizionate alla sussistenza di un certo livello occupazionale, che viene normalmente realizzata con la suddivisione e articolazione della attività d'impresa, riferita formalmente a distinti soggetti giuridici, collegati, però, nell'assetto proprietario.

La precarizzazione non è, infine, fenomeno che riguardi solo il lavoro privato, essendo anzi diffusissima, seppur per diverse ragioni, anche nel settore pubblico, dove può addirittura contare sull'esenzione delle principali norme restrittive o sanzionatorie ancora vigenti nel settore privato.

Si pensi, ad esempio, all'inapplicabilità agli enti pubblici datori di lavoro della regola, in caso di irregolarità di un rapporto di lavoro a tempo determinato, di sua trasformazione a tempo indeterminato (art. 36, d.lgs. n. 165/2001) oppure alla permanenza, per le pubbliche amministrazioni, della legittimazione a stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa, ancorché non riconducibili a un progetto specifico (artt. 1 e 61 d.lgs. n. 276/2003).

Sono, dunque, queste le coordinate essenziali per la individuazione di una problematica che troppe volte è stata strumentalmente presentata come sfuggente e di difficilissimo governo: è, al contrario, perfettamente possibile disciplinarla adeguatamente, purché si abbia presente il disegno complessivo del mosaico e di quali tessere esso è composto. A ognuna di queste tessere (lavoro a termine, appalti, lavoro parasubordinato e suo superamento, lavoro «nero» ecc.) il progetto dedica normalmente un solo e specifico articolo, proprio per sottolineare il ruolo essenziale, ma anche la valenza sinergica, di ogni istituto sottoposto a revisione normativa.

Infine, quasi a simboleggiare e riassumere la sua ispirazione complessiva, il progetto propone una riscrittura, ampliata e aggiornata con le moderne tendenze dottrinali e giurisprudenziali in tema di danno risarcibile, della norma-polmone dell'art. 2087 cod. civ., previsione generale di tutela della dignità e dell'integrità fisica e morale del lavoratore.

Par. 2): Precarizzazione e rapporti atipici

L'illustrazione dell'articolato può, ora, iniziare dall'argomento forse più importante, e certamente più controverso (a cui sono dedicati gli artt. 1; 2 e 3 del progetto), riguardante il superamento della distinzione tipologica, e dunque di disciplina giuridica degli effetti, tra rapporto di lavoro subordinato e cd. «rapporto di lavoro parasubordinato», o, per meglio dire, collaborazioni coordinate e continuative.

La tematica è, non solo nel suo profilo teorico ma anche nella sua recente evoluzione storica, alquanto complessa, ma sarà qui sufficiente rammentarne i

punti salienti. Le collaborazioni coordinate e continuative costituivano, ancora nella legge n. 533/1973, una qualificazione generica per rapporti tipici (es. di agenzia) anch'essi demandati alla giurisdizione del giudice del lavoro, ma poi, per effetto di una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale criticabile, e sotto una potente spinta alla elusione delle norme protettive in materia di lavoro, sono passate a identificare, in contrapposto al rapporto di lavoro subordinato, un particolare rapporto di lavoro autonomo. Un rapporto caratterizzato in specifico dalla continuità, dalla personalità e dalla sistematica funzionalizzazione alla organizzazione produttiva del committente, e che è dunque difficilmente distinguibile, in concreto, dal rapporto di lavoro subordinato. Eppure, in quanto di lavoro autonomo, esso è privo di tutte le tutele sia economiche che normative, legali e contrattuali collettive, che lunghi anni e decenni di lotte e conquiste sociali hanno introdotto e stratificato per il lavoro «subordinato», e in particolare è privo delle due fondamentali garanzie attinenti alla adeguatezza della retribuzione e alla protezione contro licenziamenti ingiustificati.

È stata questa la principale via di fuga dal diritto del lavoro, e una via davvero tutta italiana alla precarizzazione, che ha lasciato apparentemente intatto il *corpus* normativo di tutela del lavoro dipendente, ma lo ha totalmente aggirato, «inventando» un rapporto similare, ed equivalente ai fini produttivi, ma nel quale il lavoratore risulta privo di tutele e soggetto allo strapotere della controparte.

Né l'abuso è agevolmente reprimibile in via giudiziaria, tramite azioni di accertamento di simulazione, dal momento che la differenza ontologica tra rapporto di lavoro subordinato e collaborazione coordinata e continuativa consisterebbe essenzialmente nella diversa intensità della eterodirezione, ossia delle direttive e dei controlli del datore di lavoro: una differenza, cioè, che diviene impalpabile e sfuma in amplissime zone «grigie», con la progressiva prevalenza delle prestazioni intellettuali, con il maggior tasso di scolarità e professionalità, e dunque di discrezionalità tecnica, richiesta dalla maggior parte delle adibizioni lavorative.

È bastato, così, spessissimo un semplice «cambio di etichetta» al rapporto di lavoro per privare il lavoratore delle tutele legali e contrattuali, ed è qui importante tener fermo che questa è stata una precarizzazione «per via di tipologia contrattuale» ossia con ricorso a un rapporto contrattuale teoricamente diverso da quello di lavoro subordinato.

Questa «via alla precarizzazione» dunque non va confusa con quella di cui si dirà più sotto (art. 5) della apposizione al rapporto di lavoro di un termine, dovendo esser chiaro che una collaborazione continuata e continuativa è precaria *anche se* a tempo indeterminato, in quanto sempre risolubile in ogni momento dal datore di lavoro, non applicandosi a essa le leggi che difendono i lavoratori subordinati contro i licenziamenti arbitrari.

Va però aggiunto, per fornire al lettore tutti gli elementi di comprensione delle innovazioni normative qui proposte, che la vicenda ora ricordata ha indotto una riflessione critica sulla stessa nozione giuridica di subordinazione accolta dalla nostra giurisprudenza, e una riflessione – va aggiunto – la cui razionale conclusione è la proposta di un superamento della separazione tipologica dei rapporti

e il riconoscimento di un *rapporto unico*, sia pure con una possibile interna articolazione di modalità di esecuzione.

Il fatto è che la nostra giurisprudenza prevalente fa ancora coincidere la subordinazione in senso giuridico con la eterodirezione in senso forte, ossia con la sottoposizione del lavoratore a «capillari direttive e assidui controlli» del datore di lavoro e dei suoi funzionari, mentre non valorizza sufficientemente la dipendenza socio-economica, ossia quella «doppia alienità», dei mezzi di produzione e del risultato utile della prestazione, entrambi appartenenti al datore di lavoro, che contraddistingue la condizione del lavoratore, il quale, in cambio della retribuzione necessaria al sostentamento suo e della sua famiglia, aderisce a un progetto e a una organizzazione d'impresa altrui, e cioè di un datore di lavoro cui è esclusivamente destinata l'utilità della prestazione.

È chiaro, allora, che se le direttive appaiono, nei singoli casi concreti, un po' meno vincolanti e cogenti, e i controlli un po' meno asfissianti, si può disinvoltamente affermare, applicando quell'erroneo criterio giurisprudenziale di essere fuori, in quel caso, dal lavoro subordinato, e – quel che conta – dalla applicazione della legislazione protettiva del lavoro, economica e normativa, ed è ciò che in questi anni è accaduto in danno di centinaia di migliaia di «collaboratori». Ma se il criterio fosse stato l'altro, quello della doppia alienità e della dipendenza socio-economica, i collaboratori sarebbero stati a pieno diritto destinatari di quella legislazione protettiva, perché anche essi, sicuramente, vivevano e vivono questa condizione di dipendenza.

È indiscutibile che i lavoratori abbiano sempre rivendicato maggiori retribuzioni, orari più brevi, ferie, stabilità del posto, qualificazione professionale perché dal loro lavoro in quell'impresa dipende la sussistenza loro e delle loro famiglie, e non certo per l'afflizione di dover sopportare un capo-ufficio o un capo-officina autoritario e invadente, ma è, allora, davvero sorprendente che la giurisprudenza e la legislazione continuino, per così dire, ad appendere lo scrigno prezioso delle leggi e normative di tutela «al gancio sbagliato», a quello cioè dell'eterodirezione, anziché a quello della dipendenza socio-economica.

Si tratta di uno storico equivoco o scambio tra epifenomeno e sostanza, che poteva esser comprensibile all'alba della industrializzazione, quando, per lo più, eterodirezione in senso forte e dipendenza socio-economica erano congiunte, come nella figura emblematica dell'operaio addetto alla catena di montaggio, ma che non può più esserlo oggi, quando l'eterodirezione non costituisce ormai neanche una modalità efficiente di utilizzazione delle risorse umane, caratterizzate da alti gradi di istruzione, da capacità e flessibilità decisionale ecc.

La insopportabilità della diametrale disparità di trattamento tra lavoratori subordinati (in senso tecnico tradizionale) e collaboratori, e la sua caratteristica furbesca e anche truffaldina sono, in progresso di tempo, apparse chiare ed evidenti a tutti gli osservatori (con l'eccezione, ovviamente di quanti ne traggono lucro), e sono emerse due tendenze: la prima è quella a «colmare» progressivamente le differenze di tutela tra lavoro subordinato e parasubordinato, ravvicinando le aliquote contributive, introducendo una qualche garanzia retributiva e una qualche forma di maggior controllo ecc., ma senza incidere sulla sussistenza dei due

diversi tipi contrattuali. La seconda è quella, tradottasi nell'artt. 61 ss. del d.lgs. n. 276/2003, di vietare le collaborazioni coordinate e continuative a tempo indeterminato, ossia per esigenze ordinarie del committente (salve eccezioni comunque cospicue: collaboratori pensionati, oppure iscritti ad albi professionali, collaborazioni con pubbliche amministrazioni ecc.), e ammettere solo quelle destinate alla realizzazione di un «progetto» e per questo strutturalmente a tempo determinato.

La prima soluzione perpetua o proietta, su un tempo assai lungo, solo rendendola meno stridente, una disparità di trattamento ormai senza senso e giustificazione: la seconda, alla quale non può essere negato un certo iniziale decisionismo, oltre a essere teoricamente discutibile, è stata ben presto vanificata da interpretazioni strumentali (e «gattopardesche») che hanno consentito o tentato di individuare «progetti» sempre e comunque in quasi tutte le fattispecie concrete di collaborazione.

La proposta che qui viene avanzata è quella, invece, che riunifica il mondo del lavoro, e supera la distinzione tra lavoro subordinato e collaborazione coordinata e continuativa (lavoro parasubordinato) tramite una modifica-riscrittura dell'art. 2094 cod. civ. (art. 2 della proposta) che pone al centro del rapporto di lavoro, ora unificato, la dipendenza socio-economica, ossia la condizione di «doppia alienità» di cui si è sopra detto. In tal modo la estensione a quelli che sono ora i collaboratori coordinati e continuativi (sia «a progetto» che a tempo indeterminato) dell'insieme delle loro normative contrattuali e legislative di protezione del lavoro diviene automatica.

Si tratta di una proposta solo all'apparenza «rivoluzionaria», perché in realtà non fa che eliminare quel vecchio equivoco e rimettere le cose nella giusta e reale prospettiva.

L'eterodirezione, a sua volta, scende di rango, e diviene, come è già di fatto, una semplice modalità eventuale di esecuzione del rapporto di lavoro, e per questo nel comma 3 dell'art. 2 della proposta è previsto che le parti possano derogare alla applicazione di quelle norme del codice civile (art. 2103, primo e secondo periodo, art. 2104, comma 2, art. 2106 ecc.) che disciplinano vari aspetti e poteri della eterodirezione.

Il lavoro dipendente, ovvero il «lavoro per conto altrui», potrà dunque indifferentemente essere eterodiretto (in via ordinaria) o autogestito (su accordo delle parti) ma il *corpus* delle norme protettive applicabili sarà unico. Solo in via transitoria, e per intuibili motivi di opportunità, è previsto, nell'art. 3, un forte sgravio contributivo per i rapporti di collaborazione che confluiranno automaticamente nella nuova tipologia unificata (art. 1).

È ovvio che le attuali collaborazioni «a progetto» essendo rapporti a termine (ove siano legittime nel caso concreto) confluiranno nel nuovo rapporto di lavoro unificato come rapporti a termine, ricorrendo i requisiti sostanziali che l'art. 5 della proposta prevede in generale per i contratti a termine. Lo stesso fenomeno di confluenza è previsto per le collaborazioni in corso con le pubbliche amministrazioni, ancorché, in tal caso, l'assunzione sia, però, condizionata al superamento di concorsi.

Completa, poi, l'opera di bonifica del mercato del lavoro dalla presenza e utilizzo abusivo di rapporti incongrui la previsione dell'art. 4, la quale pone fine all'impiego, paradossale ma assai diffuso, e concretamente molto insidioso, del contratto di associazione in partecipazione, disciplinato dall'art. 2549 cod. civ., la cui figura e causa tipica sono state stravolte onde trasformarlo da contratto di finanziamento di attività imprenditoriali, in contratto di sfruttamento della forza-lavoro.

Nel contratto di associazione in partecipazione, invero, l'associato è un finanziatore, mediante denaro o altro bene utile, dell'attività di impresa dello «associante» della cui gestione non si immischia, pur avendo, in cambio del suo finanziamento, il diritto a una parte degli eventuali utili. Aver, allora, concepito l'idea che questo schema contrattuale possa essere piegato fino a configurare il lavoratore come associato che conferisce all'imprenditore la sua opera lavorativa, altro non è che una aberrazione, ancorché supportata dalla giurisprudenza, finalizzata a sottrarre al lavoratore tutti i diritti della legislazione del lavoro e ad addossargli non pochi rischi.

Comprensibilmente, dunque, l'art. 4 del progetto vieta di considerare la prestazione lavorativa legittimo conferimento nel contratto di associazione in partecipazione, riconducendo la fattispecie concreta al contratto di lavoro.

Par. 3): Precarizzazione e apposizione del termine di durata

La seconda via alla precarizzazione dei rapporti di lavoro è stata quella della cd. «liberalizzazione dei rapporti a termine», attuata con l'emanazione del d.lgs. n. 368/2001, che ha sostituito la vecchia (e restrittiva) legge n. 230/1962, e provvedimenti successivi di parziale liberalizzazione.

Da un punto di vista metodologico va ripetuta l'avvertenza di non identificare *tout court* precarizzazione dei rapporti e libertà di apposizione del termine, perché, come visto, fuori dal campo del rapporto di lavoro subordinato, sono strutturalmente precari anche i rapporti a tempo indeterminato: per converso la problematica della apposizione del termine riguarda oggi i rapporti di lavoro subordinato, e, domani, sperabilmente il rapporto di lavoro unificato alle dipendenze o per conto di altri.

Va subito avvertito che la proposta – contenuta nell'art. 5 del progetto – non si ripromette un ritorno al sistema delle causali astratte di legittima apposizione del termine su cui era imperniata la vecchia legge n. 230/1962, sistema poi degenerato con la moltiplicazione e inflazione delle causali stesse per effetto di leggi e contratti collettivi successivi.

Assume, invece, quale principio, il controllo rigoroso del carattere effettivamente temporaneo dell'esigenza produttiva per la quale il contratto a termine viene stipulato, e del nesso di causa ed effetto tra quella esigenza e l'apposizione del termine allo specifico contratto: ciò implica, anzitutto, un accentuato formalismo del contratto stipulato tra le parti (in ogni caso prima dell'inizio della prestazione lavorativa) nel cui testo quelle giustificazioni devono essere compiutamente espresse, e, in secondo luogo, la attribuzione al datore di lavoro dell'o-

nere della prova della loro ricorrenza in concreto, a pena per ambedue i profili di trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Il rigore di questa regolamentazione si giustifica, e non da oggi, con l'abuso che del contratto di lavoro a termine si fa particolarmente nel settore terziario, dove svolge purtroppo una funzione di intimidazione dei lavoratori, i quali, ignorando che l'apposizione del termine non è, in realtà, «libera», sottostanno sovente a prevaricazioni e illeciti nella speranza della concessione di un rinnovo, o della trasformazione a tempo indeterminato.

Il controllo sulla legittima apposizione del termine non può, però, esser solo individuale, da parte dell'interessato (o, eventualmente, del giudice), ma deve essere anche collettivo, e invero il comma 2 dell'art. 5 della proposta prevede in favore dei sindacati sia un diritto di informazione sia la possibilità, anzitutto, di stabilire in contratto collettivo la percentuale massima dei lavoratori assumibili, nella singola azienda, con rapporto a termine.

E a proposito dell'azione sindacale in questa materia, la proposta reintroduce la possibilità di prevedere nei contratti collettivi specifiche ipotesi di apponibilità del termine, ma purché si tratti pur sempre di esigenze oggettive e attività temporanee (e non di caratteristiche soggettive dei lavoratori da assumere) e purché si tratti di contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati unitariamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Caratteristiche della fonte collettiva, queste ultime, che dovrebbero rassicurare molti osservatori comprensibilmente critici sulla funzione svolta, in passato, in questa materia dalla contrattazione separata, conclusa da sindacati sospetti di connivenza con le controparti e a un livello, territoriale o aziendale, dove potevano facilmente operare suggestioni clientelari.

Stabilire, invece, che la funzione materialmente legislativa delegata dalla legge alla contrattazione collettiva (di cui il nostro ordinamento conosce e conoscerà molti esempi) è condizionata da un principio di rappresentatività *massima*, perché richiedente l'unanimità dei sindacati comparativamente più rappresentativi, costituisce una innovazione importante di riequilibrio nel sistema delle fonti formalmente e materialmente legislative. Se si accetta, come ormai l'ordinamento ha accettato, che norme di diritto obiettivo possono essere poste dall'autonomia collettiva, su delega «in bianco» del legislatore, occorre quanto meno giustificare questa evidente eccezione agli ordinari criteri costituzionali, con una rappresentatività altissima nell'ambito categoriale.

La previsione introdotta nella delicata materia dei contratti a termine può dunque fungere da prototipo per tutte le altre ipotesi nelle quali, da un lato, l'ordinamento non può rinunziare ad adeguare la normativa alla dinamica dei rapporti tra le parti sociali, ma sussiste, dall'altro, il pericolo di accordi separati, ossia, dall'angolo visuale della giustificazione dell'efficacia generale della previsione che viene introdotta dalla norma, di abusi di rappresentanza.

È, poi, noto che la problematica principale dei contratti a termine non è, forse, neanche quella della legittimità iniziale della apposizione del termine, quanto quella della ripetizione delle assunzioni a termine, ossia dei contratti «a catena». È questa la tipica condizione, esistenzialmente difficilissima, del precario perma-

nente, il quale ottiene bensì da un datore di lavoro (tipicamente: in occasione di punte produttive stagionali) la stipula di più contratti a termine, ma senza certezza alcuna del prossimo contratto, e meno che mai di assunzione definitiva a tempo indeterminato. Il risultato può essere solo quello di una sudditanza psicologica verso l'impresa e di un profondo malessere esistenziale nell'impossibilità di formulare un progetto di vita. Va allora detto che la legislazione attuale, quella rappresentata dal d.lgs. n. 368/2001 ha obiettivamente voluto che proprio questa sia la condizione dei lavoratori a termine, perché, da una parte, ha consentito la ripetibilità all'infinito dei contratti a termine purché il datore di lavoro abbia l'avvertenza di far trascorrere venti giorni tra la fine del precedente e la stipula del successivo e perché, d'altra parte, ha abolito quel «diritto di precedenza» nelle nuove assunzioni che, almeno nelle lavorazioni stagionali, garantiva al lavoratore a termine un minimo di prospettiva futura.

Si è però andati in questa volontà di precarizzazione oltre il segno, perché la fissazione di un limite temporale massimo complessivo di lavoro a tempo determinato alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro, che il legislatore italiano ha omesso, è invece presupposta e imposta nella disciplina europea, ragion per la quale sul punto è comunque necessario legiferare, dopo le recenti pronunzie della Corte europea.

Riassumendo: il problema non è solo quello di limitare la possibilità di apposizione del termine alla ricorrenza di esigenze produttive davvero temporanee e di perseguire gli abusi, ma anche è quello di porre un limite alla ripetibilità, per la stessa persona, di contratti a termine, ancorché singolarmente legittimi, onde emanciparla dalla condizione di eterno precariato.

A questo problema fornisce una risposta il comma 4 dell'art. 5 della proposta il quale prevede, anzitutto, il diritto del lavoratore a termine a essere preferito in caso di nuove assunzioni sia a termine che a tempo indeterminato, e di passare, comunque, a tempo indeterminato, ove sia stato occupato presso lo stesso datore di lavoro per più di 18 mesi negli ultimi cinque anni.

Di particolare rilievo è la applicabilità della normativa del contratto a termine anche agli enti pubblici istituzionali, i quali dovranno, peraltro, indire procedure concorsuali anche per l'assunzione di lavoratori a termine, quale garanzia di idoneità professionale nel caso di trasformazioni, per ragioni sopravvenute o per vizi originari del contratto, in rapporti a tempo indeterminato.

Par. 4): Separazione del lavoro dall'impresa

La terza via o modalità di precarizzazione dei rapporti di lavoro è consistita nel permettere, e anzi apertamente favorire, la separazione del lavoro dall'impresa, abrogando il principio fondamentale, di vero ordine pubblico del lavoro, contenuto nella legge n. 1369/1960 in base al quale doveva in ogni caso essere legalmente considerato datore di lavoro chi effettivamente utilizzasse la prestazione del lavoratore, e non già l'eventuale interposto formale.

È del tutto agevole comprendere perché la separazione del lavoro dall'impresa comporti per il lavoratore che ne sia vittima una reale e profonda precarizzazione del suo rapporto: perché se il datore di lavoro che lo ha assunto non è quel-

lo che effettivamente utilizza la sua prestazione e ne trae utilità, ogni dialettica individuale e collettiva con il datore di lavoro (formale) è solo apparente, giacché tutto il potere decisionale in ordine al rapporto, e le valutazioni di convenienza appartengono a un terzo soggetto. Ne resta parimenti svuotata la responsabilità datoriale, per essere il datore di lavoro formale lui stesso un semplice strumento, di cui l'effettivo *dominus* può, in ogni momento decidere di non servirsi più, abbandonandolo – con i lavoratori da lui formalmente dipendenti – al suo destino.

L'aver tracciato e resa ampiamente percorribile questa strada è stata, probabilmente, la più grave colpa del d.lgs. n. 276/2003, ma non soltanto dal punto di vista dei lavoratori, ma anche da quello della crescita tecnologica e della capacità concorrenziale delle imprese, incentivate a perseguire, con ogni mezzo, risparmi sul costo del lavoro, conseguenti alla compressione di diritti, anziché maggior produttività attraverso investimenti e riqualificazione produttiva. L'alternativa alla decisione di investimento in un reparto produttivo, può, ad esempio, essere, nel breve periodo, quella di cederlo, insieme ai rapporti dei lavoratori a esso addetti, a un appaltatore, che pagando meno i lavoratori e peggiorandone il trattamento sotto ogni aspetto, potrà rifornire il committente, a costi minori, degli stessi prodotti che prima questi produceva direttamente. Nulla impedisce, anzi, per chiudere il cerchio del deteriore espediente, che l'«appaltatore» in parola sia, in realtà un mero prestanome, o una società appartenente allo stesso committente. Ma si tratta, appunto, di espedienti di corto respiro che non risolvono certo i problemi veri di competitività, creando, invece, gravi danni sociali.

Va, dunque, osservato, scendendo ora a una illustrazione più analitica che la separazione del lavoro dall'impresa è veicolata, nell'attuale ordinamento, da tre istituti o nuclei normativi rappresentati, rispettivamente, dalle discipline della somministrazione di lavoro da parte di agenzie specializzate, dallo appalto di opere e di servizi, e del trasferimento di ramo d'azienda, discipline, che il presente progetto agli artt. 6, 7 e 8 modifica profondamente, mutandone del tutto il contenuto e il significato regolativi.

La somministrazione di manodopera è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla legge 24 giugno 1997, n. 196 (come «lavoro interinale»), che suscitò non poco allarme in chi vi scorgeva un primo pericoloso *vulnus* al principio di corrispondenza tra datorialità e utilizzo effettivo della prestazione stabilito dall'art. 1, legge n. 1369/1960: prevalse la tesi, non priva di supporti testuali secondo cui si trattava solo di una parziale e controllata eccezione, in quanto le agenzie di lavoro interinale operavano, bensì, come interposti, realizzando un profitto nel commercio di lavoro, ma svolgevano comunque un ruolo utile nel mercato del lavoro, quello cioè di consentire agli imprenditori, che né necessitavano per esigenze temporanee, di procurarsi personale già qualificato e addestrato che ben difficilmente avrebbero potuto reperire e selezionare direttamente.

Si è trattato di una giustificazione non troppo convincente, perché altro è la mediazione, anche privata, nella conclusione dei rapporti di lavoro, altro l'interposizione, ossia la intestazione del rapporto all'intermediario (con percezione non di un compenso di mediazione *una tantum* bensì di una percentuale conti-

nuativa), che rende tra loro estranei chi presta lavoro e chi effettivamente lo utilizza, ma sono stati poi, gli sviluppi successivi a inverare i timori peggiori.

Intanto la possibilità di ricorso al lavoro interinale (o somministrazione di manodopera) è diventata amplissima, sia per riflesso della «liberalizzazione» dei rapporti a termine, sia a opera di una contrattazione collettiva poco avveduta, ma poi, con l'entrata in vigore dell'artt. 20 ss. del d.lgs. n. 276/2003, che ha ridisciplinato la materia, consentendo anche la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato, la funzione politico-giuridica e la valenza ideologica dell'istituto sono divenuti evidenti.

Il vero «fascino» della somministrazione non è dato né da un risparmio sul costo del lavoro (il lavoro somministrato, almeno secondo la legge dovrebbe costare di più di quello diretto), né da una facilitazione nel reperimento di risorse umane qualificate, bensì proprio dal fatto di esercitare sul lavoratore che la dipendenza formale da altri rende strutturalmente precario nella azienda in cui è utilizzato, uno specifico preponderante potere sociale, mantenendolo in uno stato di soggezione ancor più grave di quello di un normale lavoratore a termine.

Il concreto utilizzo che molte imprese hanno fatto delle Agenzie di lavoro interinale in questi anni dimostra l'esattezza di queste valutazioni, all'apparenza un po' troppo colpevolizzanti: il fatto è che spessissimo le imprese si sono rivolte alle Agenzie di lavoro interinale non già per conoscere lavoratori qualificati, ma, all'inverso, dopo averli direttamente conosciuti, selezionati e riscontrati idonei, perché le Agenzie li assumessero come lavoratori interinali e li riavviassero, poi, presso le stesse imprese «in missione» interinale. Ed è stato frequente il caso di lavoratori che hanno così inanellato missioni su missioni restando per anni presso la stessa azienda utilizzatrice, ma sempre in condizione precaria.

Questo uso «rovesciato» della Agenzia di lavoro interinale (o di somministrazione di manodopera) fa venir meno ogni giustificazione alla loro attività, riducentesi, allora, a mera interposizione parassitaria a fini di elusione di norme di tutela (ad esempio, quelle in tema di licenziamento) previste da leggi o contratti collettivi.

A questa diffusissima fattispecie potrebbe forse applicarsi la norma dell'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003 («interposizione fraudolenta»), la quale, tuttavia, espressamente prevede solo una sanzione pecuniaria amministrativa. Si tratta, invece, di ricondurre l'attività delle Agenzie di somministrazione alla loro *ratio* giustificativa originale, e a ciò provvede l'art. 6 del progetto di legge, il quale da un lato abolisce la possibilità di somministrazione a tempo indeterminato, dall'altro consente la somministrazione a tempo determinato solo nei casi in cui sarebbe possibile la stipula di un contratto a termine diretto, e, dall'altro ancora, stabilisce la nullità del contratto di lavoro somministrato tra Agenzia e lavoratore (per mancanza in concreto, della causa negoziale) quando esso consegua a una previa intesa assuntiva tra il lavoratore e l'imprenditore utilizzatore, che diviene, allora, a tutti gli effetti, datore di lavoro.

La disciplina degli appalti, cui è dedicato l'art. 7 del progetto costituisce, però, il problema centrale, lo strumento più importante con cui la legge n. 276/2003 ha cercato di realizzare la separazione del lavoro dall'impresa, can-

cellando la legge n. 1369/1960, e consumando, così, una sorta di attentato all'ordine pubblico del lavoro.

La legge n. 1369/1960, invero, conteneva due nuclei normativi di grande importanza, rispettivamente nell'art. 1 e nell'art. 3 del suo testo: quello (art. 1) che vietava l'appalto nel quale l'appaltatore si limitasse a mettere a disposizione del committente dei lavoratori da lui assunti, (nel qual caso i lavoratori dovevano essere considerati a tutti gli effetti dipendenti del committente), e quello che introduceva nel caso di appalti veri, nei quali l'appaltatore usava mezzi e organizzazione propri, e tuttavia interni al ciclo produttivo dell'impresa del committente, una responsabilità solidale tra committente e appaltatore, perché i dipendenti del secondo godessero di un trattamento non inferiore a quello dei dipendenti del primo.

Va sottolineato che doveva considerarsi appalto vietato, in quanto di mera manodopera, ai sensi dell'art. 1, legge n. 1369/1960, anche quello in cui l'appaltatore coordinasse e dirigesse personalmente il lavoro dei suoi dipendenti all'interno o per l'organizzazione produttiva del committente, e comunque nell'interesse di quest'ultimo, tanto che, secondo la giurisprudenza, poteva in tal caso aspirare lui stesso all'assunzione presso il committente in qualità di capo-squadra.

Quanto alla regola fissata nell'art. 3, era evidente la sua funzione di selezione automatica tra appalti interni giustificati da necessità di specializzazione produttiva e tecnica, e appalti interni finalizzati invece al mero risparmio di costi in danno dei dipendenti dell'appaltatore: proprio perché l'art. 3 imponeva parità di trattamento economico-normativo tra dipendenti dell'appaltatore interno e dipendenti del committente, ne conseguiva che solo i primi appalti, quelli teoricamente giustificati, avevano ragion d'essere in concreto stipulati.

Ebbene l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 ha in primo luogo sicuramente abolito la regola dell'art. 3, legge n. 1369/1960, così creando una situazione criminogena, o quasi, aprendo la via all'affidamento di appalti interni al ribasso, ai quali il committente, ha ora tutto l'interesse, con pericolosa e crescente compressione delle condizioni economiche, normative e di sicurezza dei lavoratori.

Il secondo luogo, seppur tra incertezze e oscurità espressive, ha introdotto il concetto di una liceità dell'appalto anche di mera manodopera alla sola condizione che l'appaltatore diriga personalmente, o comunque direttamente attraverso suoi delegati, il lavoro dei dipendenti.

Questa sarebbe, poi, in definitiva, l'unica differenza strutturale tra appalto (di sola manodopera) e somministrazione di lavoro, nel senso che nella somministrazione la direzione del lavoro è esercitata dall'utilizzatore, e nell'appalto di servizi consistenti in sola manodopera, la direzione sarebbe esercitata invece dall'appaltatore.

Ma le differenze di effetti nel trattamento del lavoratore sarebbero notevolissime anzitutto perché per la somministrazione la legge n. 276/2003, all'art. 23 comma 1, fissa ancora un principio di parità di trattamento con i dipendenti diretti dell'utilizzatore, che, invece – come detto –, è stato cancellato per l'appalto. Da un punto di vista più generale, poi, mentre la costituzione di una Agenzia di somministrazione comporta la dimostrazione di una

piena solvibilità e della irreprensibile condotta degli amministratori, qualunque soggetto, anche di dubbia fama e scarse risorse, può improvvisarsi appaltatore d servizi (consistenti in sola manodopera).

È un vero e proprio caporalato quello che l'art. 29 della legge n. 276/2003 ha inteso legittimare, almeno secondo le interpretazioni che vengono accreditate anche da studiosi e organi di stampa di parte datoriale, che insistono, insidiosamente, sulla «smaterializzazione» dell'economia e della produzione per nobilitare quella prassi di sfruttamento.

L'art. 7 del progetto restaura, pienamente, aggiornandoli, i princìpi e le regole della legge n. 1369/1960, reintroducendo, anzitutto il fondamentale canone di parità di trattamento tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore, confermando, in proposito la responsabilità solidale tra questi ultimi, e sancendo, poi, senza ambiguità l'illegittimità di un appalto di servizi di mera manodopera, ancorché quest'ultima sia organizzata e diretta, nella esecuzione delle prestazioni, direttamente dall'appaltatore o suo delegato.

La proposta, tuttavia, tiene conto, nel limite del razionale e all'insegna della prudenza, della ricorrente osservazione secondo cui, negli oltre 40 anni trascorsi dall'entrata in vigore della legge n. 1369/1960, sono nate e si sono sviluppate attività consulenziali altamente qualificate, che si traducono in appalti aventi per contenuto prestazioni lavorative solo intellettuali, che trasmettono al committente un know-how che egli non potrebbe procurarsi direttamente. Viene, dunque, previsto, in chiusura del comma 2 dell'art. 7 della proposta che possano essere individuati con contratti collettivi sottoscritti unitariamente da sindacati comparativamente più rappresentativi, specifici casi di appalti di servizi per attività di alta specializzazione, aventi a oggetto prestazioni di lavoro intellettuale, purché si tratti di attività non inserite stabilmente nel ciclo produttivo dell'impresa.

Infine, viene confermata la piena applicabilità anche alle società cooperative del divieto di assumere appalti di manodopera, e delle altre norme di tutela.

Il terzo nucleo normativo che consente di precarizzare il lavoro separandolo dall'impresa per conto della quale è effettivamente prestato, è costituito, nell'ordinamento attuale, dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, che ha modificato la norma dell'art. 2112 cod. civ., in tema di trasferimento di azienda o di ramo di azienda, così da trasformarla da norma protettiva dei lavoratori in un insidioso e pericoloso strumento per sottrarre loro sicurezza e stabilità dell'impiego e per ridurre, talvolta drasticamente, trattamenti economici e normativi.

È noto che, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. in caso di cessione dell'azienda, o di un suo ramo, i rapporti di lavoro dei dipendenti addetti passano automaticamente al cessionario, e ai lavoratori trasferiti si applicano immediatamente i contratti collettivi, nazionali e aziendali applicati dal cessionario, sempre che esistano, perché in caso contrario continuano ad applicarsi, ma solo fino alla data di scadenza, quelli già vigenti presso il cedente. Si può parlare allora, per i lavoratori di casi di trasferimento d'azienda «in perdita».

Il punto è che questo «passaggio» dei rapporti al cessionario è automatico, e avviene, cioè, senza necessità di consenso di parte dei lavoratori, sicché è bastato

al d.lgs. n. 276/2003 moltiplicare le ipotesi di applicabilità dell'art. 2112, consentendo a cedente e cessionario di plasmare a loro piacimento, un «ramo» di azienda per moltiplicare anche le ipotesi di passaggio «in perdita» cioè verso un cessionario che applica contratti nazionali e aziendali peggiori o non ne applica alcuno.

La moltiplicazione delle ipotesi di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. è avvenuta con il mezzo di considerare «ramo d'azienda» trasferito qualsiasi compendio di beni e di rapporti di lavorativi, che, proprio in vista del trasferimento cedente e cessionario decidano di considerare (o «battezzare») ramo d'azienda, ancorché precedentemente privo di autonoma funzionalità economica-produttiva. L'ultimo comma dell'art. 32, legge n. 276/2003, rende, infine, palese lo scopo di tale modifica e il «consiglio» davvero perfido che gli ideatori del d.lgs. n. 276/2003 hanno dato agli imprenditori desiderosi di abbassare sostanzialmente, a fini di risparmio sui costi, il trattamento economico e normativo dei loro dipendenti.

Il consiglio, cioè, di «scorporare» una parte dell'azienda, individuata al momento, cedendo a un cessionario («di fiducia») che assuma anche l'appalto di fornitura dei beni o semilavorati prima direttamente prodotti, ma li fornisca a prezzi inferiori, in virtù del peggior trattamento che egli può praticare ai lavoratori forzosamente trasferiti alle sue dipendenze.

Con l'aggiunta, però, che il più delle volte questo «appaltatore di fiducia» sarà una società di capitali costituita allo scopo dallo stesso cessionario.

Il disposto dell'art. 8 del presente progetto di legge sventa queste deteriori manovre stabilendo il nuovo principio di mantenimento dei diritti ovvero dei trattamenti acquisiti presso il cedente, se migliori rispetto a quelli praticati dal cessionario, così colmando una lacuna comunque esistente anche nel disposto originario, dell'art. 2112 cod. civ., antecedente all'art. 32 d.lgs. n. 276/2003.

Impedisce, poi, la artificiosa costituzione *ad hoc* di rami di azienda da trasferire, ristabilendo il principio che la autonomia funzionale del ramo di azienda deve essere preesistente al trasferimento perché «scattino» gli effetti dell'art. 2112 cod. civ. Infine, affinché la cessione del ramo di azienda a cessionario che diviene appaltatore non possa costituire, come è anche accaduto, una criptica manovra di licenziamento collettivo, con la quale prima si esternalizza il ramo d'azienda che si vuole dismettere, e in seguito si mette in liquidazione la società cessionaria e appaltatrice presso cui sono, intanto, passati in forza i lavoratori, viene previsto dall'art. 8 il diritto di questi lavoratori a esser riassunti dal cedente in caso di cessazione dell'appalto.

Innovativa ma destinata a risolvere un vecchio, arduo problema è poi la disposizione dell'art. 9 della proposta di legge riguardante il lavoro prestato nel gruppo di imprese, tra loro collegate perché riconducibili a un unico assetto proprietario.

La suddivisione di una attività di impresa sostanzialmente unitaria tra soggetti imprenditoriali (normalmente costituiti in forma societaria) giuridicamente autonomi costituisce una ben nota modalità di elusione di importantissime normative di tutela del lavoro, condizionate però dalla sussistenza di una certo livel-

lo occupazionale: il caso simbolo è quello della tutela di stabilità reale prevista dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che si applica a imprese e unità produttive con più di 15 addetti, ma non meno importante è, con riferimento al medesimo livello occupazionale, il diritto di creare rappresentanze sindacali aziendali ai sensi dell'art. 19 della Statuto.

Dunque in un'impresa che conti, ad esempio 28 dipendenti si applica la tutela di stabilità reale contro i licenziamenti ingiustificati e si può costituire la R.S.A., ma se quell'impresa si divide in due diverse società, di 14 addetti seppur riconducibili alla stessa proprietà, in nessuna delle due i lavoratori possono più fruire di quei diritti.

La giurisprudenza ha affrontato il problema in modo volenteroso ma con strumenti concettuali inadeguati, ammettendo che si possano «sommare» gli organici delle diverse società collegate ai fini di applicazione di quelle norme di tutela, quando la suddivisione risulti attuata strumentalmente, proprio a fini elusivi, ma mantenendo una unitarietà di organizzazione, caratterizzata, in particolare, dall'utilizzo promiscuo dei lavoratori da parte delle diverse imprese del gruppo.

In questa maniera la giurisprudenza è riuscita a controllare solo una piccola parte del fenomeno, ponendosi autolimitazioni incongrue: non è infatti necessario andare alla ricerca di un dolo datoriale, né di un materiale impiego promiscuo dei lavoratori, perché non si tratta in realtà di ragionare in termini di frode alla legge o di simulazione, ma solo di comprendere che certe norme di tutela ben possono far riferimento alle caratteristiche di una impresa intesa come attività, invece che di un imprenditore. Impresa e imprenditore sono concetti diversi: la prima è un'attività, il secondo è un soggetto, e non è certo cosa nuova che l'ordinamento, in presenza di una attività di impresa che viene esercitata «da» ovvero «tramite» più soggetti, faccia riferimento alla prima e non ai secondi.

Si pensi al commissariamento straordinario di tutte le imprese appartenenti a un gruppo, anche se solo per una o alcune di esse ricorrono certi indici di crisi o insolvenza. Non è, dunque, né giuridicamente né logicamente incongruo che normative la cui applicabilità sia giustificata dalla rilevanza quantitativa, dalla ricchezza, dalla complessità dell'iniziativa imprenditoriale, facciano riferimento alle dimensioni occupazionali di quella iniziativa nel suo complesso anziché dei singoli soggetti imprenditoriali che a essa partecipano.

È quanto stabilisce, allora, l'art. 9 della proposta di legge, che non è da intendere come norma «antifrodatoria» in senso proprio e specifico, ma piuttosto come una norma organica, che affrontando e disciplinando il problema da un punto di vista più alto e più ampio, evita frodi e anomalie.

Stabilisce, dunque, in specifico l'art. 9 che, al fine del computo del numero dei dipendenti richiesto per l'applicabilità di norme di legge e di contratto collettivo, occorra far riferimento non solo ai dipendenti formalmente assunti dal soggetto imprenditoriale cui la norma va applicata, ma, (prescindendo dalle distinte personalità giuridiche) ove quel soggetto faccia parte di un «gruppo», al livello occupazionale complessivo del gruppo.

Il concetto di appartenenza a un gruppo, è specificato dallo stesso art. 9 della proposta riprendendo una definizione già accolta, nel nostro ordinamento, da molti anni con il disposto del comma 4-*bis* dell'art. 8 legge 21 luglio 1991, n. 223.

Lo scopo specifico di questa norma è quello di impedire che i benefici accordati alle imprese che assumono lavoratori in mobilità possono essere fruiti da impresa facente parte di un gruppo rispetto ai lavoratori licenziati da altra impresa dello stesso gruppo, così realizzando, a livello, appunto, di gruppo, una facile speculazione.

Si tratta, dunque di una norma ispirata proprio al concetto sostanzialistico dell'iniziativa imprenditoriale complessiva, e per questo si presta perfettamente a esser qui ripresa e generalizzata. Considera invero come appartenente allo stesso gruppo l'impresa la quale «presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume, ovvero risulta con quest'ultima in rapporto di collegamento e controllo».

La nozione comprende, dunque, quella risultante dalla normativa commercialistica in tema di società controllate e collegate (art. 2359 cod. civ. e d.lgs. n. 74/2002) ma è in un certo senso più comprensiva («assetti proprietari sostanzialmente coincidenti») abbracciando, dunque anche l'ipotesi di imprese «parallele», ossia riconducibili alla stessa proprietà, ma senza partecipazioni societaria dell'una al capitale dell'altra. Si pensi al caso, molto diffuso, della riorganizzazione aziendale attuata, (a fini sostanziali di elusione normativa) suddividendo l'azienda, in due, una di soli operai e una di soli impiegati, costituite in due diverse S.r.l., di cui la seconda diviene appaltatrice di servizi amministrativi alla prima.

È ovvio, infine, che questa riforma riguardante direttamente il regime giuridico di rapporti di lavoro individuali avrà, di fatto, positivi riflessi anche sul piano collettivo, con impulso alla generalizzazione di una contrattazione collettiva di gruppo.

Nel comma 2 dell'art. 9 è contemplato l'ipotesi che il lavoratore abbia non soltanto lavorato in una impresa di un gruppo, ma, promiscuamente per più imprese: in tal caso si determina un effetto aggiuntivo rispetto a quello del comma 1 (per il quale, si ripete, basta l'appartenenza delle imprese allo stesso gruppo, e non è necessario anche l'adibizione lavorativa promiscua), ossia la totale corresponsabilità delle imprese per cui il lavoratore abbia prestato l'opera per il soddisfacimento di ogni suo credito e diritto, secondo un criterio di «codatorialità», implicante solidarietà passiva nelle obbligazioni.

Par. 5): Precarizzazione e lavoro nero

Che la condizione di lavoro irregolare, o, come comunemente si dice «in nero» coincida con il massimo della precarietà è proposizione troppo evidente per dover essere illustrata o dimostrata, e d'altro canto, la deprecazione del fenomeno è universale.

A un così compatto e totale rigetto politico ed etico non hanno, però, fatto seguito iniziative efficaci, pur non essendo certamente mancate da un lato, nor-

me repressive, di natura amministrativa e penale, e dall'altro norme «premiali» per i datori di lavoro che accettassero di «emergere» dalla irregolarità.

La ragione di fondo della scarsa efficacia di queste misure è probabilmente da identificare nella forzata omertà tra le vittime del lavoro nero e i loro sfruttatori che non può, obiettivamente, esser supplita dall'iniziativa degli appalti repressi statuali, per insufficienza di mezzi e mancanza di radicamento nell'ambiente socio-economico. D'altro canto, che il lavoratore «in nero» non abbia mai, o quasi mai, la forza di ribellarsi e di denunziare il suo sfruttatore è del tutto comprensibile nelle condizioni sociali ed economiche note.

Si tratta, dunque, di stabilire una legittimazione alternativa al ricorso all'autorità giudiziaria, in favore di soggetti istituzionalmente interessati alla regolarità del mercato del lavoro, ed esponenziali dell'interesse collettivo dei lavoratori, quali sono, per eccellenza le organizzazioni sindacali, affinché esse possano, autonomamente e con la loro capacità d'indagine e di controllo del territorio, bonificarlo denunziando i casi di «lavoro nero».

La soluzione adottata dall'art. 10 della proposta è, dunque, tanto semplice quanto efficace: sancire espressamente che il datore di lavoro il quale coltiva rapporti di lavoro «nero», ossia non regolarizzato, commette comportamento antisindacale, ai sensi dell'art. 28, legge 20 maggio 1970, n. 300.

Ciò consentirà al sindacato di essere protagonista dell'opera di «bonifica», contando su uno strumento processuale di provata efficienza, quale è il procedimento previsto dall'art. 28 dello Statuto, e – va aggiunto – su un fondamento di *ratio* giuridica ineccepibile, perché è indubbio che non regolarizzare i lavoratori costituisce un gravissimo impedimento all'attività sindacale, non potendo evidentemente, il sindacato avvicinare e organizzare lavoratori «invisibili».

Dunque, il giudice del lavoro adìto in sede di ricorso *ex* art. 28, legge n. 300/1970, dalla *sola* organizzazione sindacale senza necessità di costituzione in giudizio dei lavoratori, potrà ordinare al datore di lavoro (con ordine la cui inosservanza è – come si sa – sanzionata penalmente) di regolarizzare i lavoratori sia per il futuro, sia per il passato.

Il disposto dell'art. 10 del progetto, peraltro, si preoccupa di «venire incontro» al datore di lavoro che accetti la situazione (rinunziando a proporre gravame contro il decreto *ex* art. 28) e di intrattenere per il futuro normali rapporti sindacali, consentendogli di adempiere all'ordine giudiziario anche attraverso la stipula con il sindacato denunziante di un «contratto di emersione» sicuramente vantaggioso rispetto alla pura e semplice regolarizzazione coatta.

È evidente la positività di una tale soluzione anche per l'azione sindacale, giacché continuare a gestire il rapporto con i lavoratori e con la stessa controparte dopo il «trauma» della regolarizzazione forzata è quasi altrettanto importante.

Par. 6): Diritti del lavoratore e risarcimento del danno

Il progetto di legge conclude il suo arco tematico con due norme, quelle degli artt. 11 e 12 che sono accomunati da una riconsiderazione della teorica del danno risarcibile, applicata ai rapporti di lavoro.

È innegabile che all'epoca in cui furono create le principali norme capo-saldo della tutela giuridica dei lavoratori (e in particolare la legge n. 604/1966 e gli artt. 18 e 13 dello Statuto) quella teorica era, del tutto stagnante, e la risarcibilità dei danni extrapatrimoniali limitata all'ipotesi di danno morale da fattispecie di reato.

Peggio ancora, almeno con riguardo al disposto dell'art. 8, legge n. 604/1966, il moderato indennizzo forfetario per il licenziamento ingiustificato fu in modo pressoché unanime, inteso come rigorosamente racchiuso tra il minimo di 5 e il massimo di 12 mensilità (da 2 ? a 6 dopo l'art. 2, legge n. 108/1990) ossia misure modeste, per non dire infime, e anche sperequate in relazione alla reale dimensione che il danno da licenziamento può assumere in diverse aree territoriali e socio-economiche: pochi mesi di disoccupazione, probabilmente, in una affluente area del Nord-Est, ma un danno gravissimo e duraturo in un'area arretrata del meridione.

La norma di interpretazione autentica dell'art. 11 del progetto, che chiarisce come le misure forfetarie indicate dall'art. 18, legge n. 300/1970, e art. 8, legge n. 604/1966, non impediscano la dimostrazione di maggiori danni patrimoniali ed extrapatrimoniali, riscatta, dunque, il diritto del lavoro da quella sorta di «minorità» nel quale l'opinione tradizionale erronea (per questo si tratta di norma di interpretazione autentica) ma diffusissima aveva confinato il danno risarcibile al lavoratore: sicuro nell'*an*, ma proprio per questo (ingiustificatamente) molto modesto nel *quantum*.

Chiarire, dunque, che al danno da licenziamento posso essere applicati tutti i canoni di criteri elaborati dalla dottrina e giurisprudenza in questi anni di riconsiderazione delle conseguenze dell'illecito civile anche contrattuale (in tema ad esempio di danno esistenziale) è tutt'altro che inutile e apre, anzi, notevolissimi spazi e possibilità di tutela.

Ancora il progetto di legge rivisita, all'art. 12, la norma dell'art. 2087 cod. civ. le cui grandi potenzialità, dopo una quiescenza durata per decenni sono state scoperte e valorizzate da una giurisprudenza un tempo d'avanguardia, ma ormai ben consolidata.

L'art. 2087 cod. civ., invero è stato correttamente indicato come norma-polmone, che stabilisce un obbligo generale di sicurezza a carico del datore di lavoro, ossia di rispetto dei diritti e interessi primari del lavoratore, ovvero della sua persona, intesa come persona fisica e come personalità morale, comprendente, quest'ultima la figura professionale, in sintonia con la giurisprudenza delle alte Corti che hanno indicato dell'attività professionale un mezzo di realizzazione della personalità.

Il testo rivisitato dell'art. 2087 cod. civ. da un lato indica i diritti assoluti oggetto della protezione, dall'altro la tipologia dei danni risarcibili, con specifica indicazione di quelli extrapatrimoniali, rimettendo la quantificazione di questi ultimi a un giudizio equitativo, così implicitamente risolvendo in senso negativo la *querelle* sulla necessità di specifica prova non solo della lesione del diritto ma anche del danno, distinzione francamente incongrua nell'ipotesi di lesione di diritti assoluti della persona.

Con questa rivisitazione del testo dell'art. 2087 cod. civ., potrebbe ben ritenersi assolta l'esigenza di emanare nel nostro ordinamento una legislazione in materia di *mobbing*.

La proposta si conclude con la pura e semplice abrogazione di norme del d.lgs. n. 276/2003 prevedenti istituti quali i contratti di inserimento, il contratto a chiamata, il contratto di lavoro ripartito, la certificazione dei rapporti, di cui pur breve esperienza di applicazione dello stesso d.lgs. n. 276/2003 ha dimostrato la dannosità, o, più spesso, la pura e semplice inutilità.

PROGETTO DI LEGGE

Art. 1.
(*Unificazione dei contratti di lavoro)*

1. Gli artt. da 61 a 69 e l'art. 86 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, sono abrogati e ai rapporti discendenti da contratti di collaborazione coordinata e continuativa in corso di esecuzione all'atto dell'entrata in vigore della presente legge, sia riconducibili che non riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro, si applicano le disposizioni di cui agli artt. 2094 e 2095 cod. civ., come modificati dall'art. 2 della presente legge nonché le altre disposizioni contenute nel Libro 5, Titolo 2, Capo 1, Sez. II e III, cod. civ., e le leggi speciali in materia di lavoro.

2. Ai rapporti di collaborazione riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro si applicano altresì, ricorrendone i requisiti sostanziali, le norme di cui all'art. 5 della presente legge.

3. Per i titolari di rapporti di collaborazione continuata e continuativa in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore della presente legge sono indette apposite procedure concorsuali assuntive.

Art. 2.
(*Nuovo testo degli artt. 2094 e 2095 cod. civ.)*

Gli artt. 2094 e 2095 cod. civ. sono sostituiti dalle seguenti disposizioni:

«art. 2094 – *Contratto di lavoro.*

1. Con il contratto di lavoro, che si reputa a tempo indeterminato salve le eccezioni legislativamente previste, il lavoratore si obbliga, mediante retribuzione, a prestare la propria attività intellettuale o manuale in via continuativa all'impresa o diversa attività organizzata da altri, con destinazione esclusiva del risultato al datore di lavoro.

2. Il contratto di lavoro deve prevedere mansioni, categoria, qualifica e trattamento economico e normativo da attribuire al lavoratore.

3. L'eventuale esclusione, per accordo tra le parti espresso o per fatti concludenti, dell'esercizio da parte del datore dei poteri di cui agli artt. 2103 cod. civ. primo e secondo periodo, 2104 cod. civ., comma 2, 2106 cod. civ., nonché dell'applicazione degli artt. 2100, 2101, 2102, 2108 cod. civ. e dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, non comporta l'esclusione dei prestatori di lavoro interessati dalla fruizione delle discipline generali di tutela del lavoro previsti dal

codice civile e dalle leggi speciali, né può dar luogo a trattamenti economico-normativi inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi applicati agli altri lavoratori dipendenti della medesima impresa.

4. L'accordo di cui al comma 3, qualora intervenga fra i contraenti di un contratto di lavoro in corso di esecuzione, non costituisce novazione del rapporto di lavoro né può comportare per il lavoratore peggioramenti di trattamento economico-normativo».

«art. 2094-*bis* – *Diritti di informazione*

1. I datori di lavoro informano semestralmente le rappresentanze sindacali aziendali o le R.S.U., ove costituite, sul numero, le caratteristiche professionali e le modalità delle prestazioni lavorative dei lavoratori che prestano la loro attività nelle rispettive aziende».

«art. 2095 – *Categorie dei prestatori di lavoro*

1. I prestatori di lavoro di cui al comma 1 dell'art. 2094 cod. civ. si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai».

Art. 3.

(*Contribuzione previdenziale)*

1. La contribuzione dovuta per i lavoratori che prestino la loro collaborazione secondo le modalità di cui al comma 3 dell'art. 2094 cod. civ., è uguagliata a quella già prevista dalle norme vigenti per gli altri lavoratori che prestino la loro opera nell'impresa salvo quanto previsto dal comma seguente.

Con riguardo a ognuno dei lavoratori già titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, riconducibili o non riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro, e ai quali sia stata applicata la disposizione dell'art. 1, è concesso al datore di lavoro uno sgravio contributivo forfettario di ? 200 mensili per il primo anno e di ? 100 mensili per l'anno successivo.

Art. 4.

(*Modifica dell'art. 2549 cod. civ.)*

L'art. 2549 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 2549 – *Nozione di associazione in partecipazione*

Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto. Detto apporto in nessun caso può essere costituito da una prestazione di lavoro, di qualsiasi natura. Qualora l'apporto dell'associato si concreti nella prestazione di un'attività lavorativa, in violazione di quanto disposto dal presente articolo, il contratto di associazione in partecipazione è nullo e in sua vece si considera stipulato fra le parti un contratto di lavoro a tempo indeterminato». L'art. 86 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, è abrogato.

Art. 5.

(*Apposizione del termine al contratto di lavoro)*

1. Il contratto di lavoro di cui all'art. 2094 comma 1 cod. civ. è stipulato di regola a tempo indeterminato.

2. È tuttavia consentita l'apposizione di un termine, che non può comunque superare i tre anni, comprese eventuali proroghe, alla durata del contratto di lavoro:

a) a fronte di oggettive e temporanee ragioni di carattere tecnico organizzativo o produttivo;

b) quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti per i quali sussiste il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro;

c) per l'assunzione di dirigenti, amministrativi e tecnici, purché il contratto non abbia durata superiore a cinque anni. I dirigenti assunti ai sensi della presente lettera possono recedere dal contratto a termine, decorso un biennio, e osservata la disposizione dell'art. 2118 cod. civ.;

d) nelle altre ipotesi di attività temporanee individuate nei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati unitariamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi in base alla loro consistenza organizzativa e ai risultati delle elezioni di rappresentanze aziendali unitarie.

In relazione a tali ipotesi, i contratti collettivi stabiliscono la percentuale massima dei lavoratori che possono essere assunti con contratto a termine rispetto al numero dei dipendenti a tempo indeterminato. Le organizzazioni sindacali firmatarie e le rappresentanze sindacali unitarie hanno diritto di richiedere in ogni momento la comunicazione di tali dati e di controllarne la veridicità.

3. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto, nel quale devono essere specificate in concreto le cause giustificative, nonché il nesso di causalità intercorrente con l'apposizione del termine ovvero, nel caso della lettera *b* del comma 2, il nome del lavoratore sostituito e la causale della sua sostituzione. Copia del contratto scritto è consegnata al lavoratore dal datore di lavoro prima del giorno di inizio dell'attività lavorativa.

4. In tutti i casi di legittima apposizione del termine è riconosciuto al lavoratore, il quale non sia cessato dal rapporto per dimissioni o licenziamento per giusta causa, diritto di precedenza ove il datore di lavoro effettui entro un anno dalla scadenza nuove assunzioni nella qualifica di appartenenza del lavoratore. In caso di nuove assunzioni a termine il contratto di lavoro si trasforma a tempo indeterminato quando nel quinquennio precedente il lavoratore abbia già lavorato per il medesimo datore di lavoro per almeno 18 mesi, anche non continuativi. L'eventuale violazione da parte del datore di lavoro del diritto di precedenza, non impedisce il perfezionamento del requisito.

5. Il contratto di lavoro a termine si trasforma altresì in contratto a tempo indeterminato quando l'esecuzione del rapporto continui per oltre cinque giorni lavorativi oltre la scadenza del termine, salvo l'ipotesi di proroga espressa, oggettivamente giustificata da ragioni contingenti e imprevedibili, ammessa tuttavia per una sola volta e per una durata non superiore a quella iniziale e per le medesime mansioni.

6. L'onere della prova della obiettiva esistenza delle ragioni giustificative della apposizione del termine e del loro carattere di temporaneità, nonché dei requisiti di temporanea proroga del termine stesso incombe al datore di lavo-

ro. In caso di suo mancato assolvimento il contratto si considera a tempo indeterminato sin dall'inizio.

7. Il prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato ha diritto a tutti i trattamenti economico-normativi di cui fruiscono nell'impresa i lavoratori a tempo indeterminato, nonché a ricevere una formazione sufficiente e adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, anche al fine di prevenire rischi specifici connessi alla esecuzione del lavoro.

8. Ai fini dell'accertamento dell'organico aziendale richiesto per la applicabilità di norme di legge o di contratto collettivo, i rapporti dei lavoratori a tempo determinato si computano sommando le ore da loro collettivamente lavorate nell'anno precedente e dividendo il loro numero per quello dell'orario annuale previsto dalla disciplina collettiva di settore per un lavoratore a tempo pieno e indeterminato.

9. L'apposizione di un termine di durata a un contratto di lavoro non è comunque ammessa per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, o presso imprese che abbiano proceduto a sospensione o riduzione di orario per il personale o abbiano nei 12 mesi precedenti effettuato licenziamenti collettivi di lavoratori a tempo indeterminato della stessa qualifica. I rapporti dei lavoratori assunti si considerano a tempo indeterminato, senza pregiudizio del diritto dei lavoratori sospesi o licenziati di ottenere la reintegrazione nel posto e orario di lavoro.

10. Nel caso di inosservanza degli obblighi derivanti dai commi 3, 4, 7 e 9 del presente articolo il datore di lavoro è punito con la sanzione amministrativa da ? 500,00 a ? 3.000,00 per ogni lavoratore cui l'inosservanza si riferisce.

11. Le disposizioni di cui alla presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sempre che l'assunzione a termine del lavoratore sia avvenuta previa procedura selettiva e di idoneità alle mansioni, la cui effettuazione è obbligatoria a far tempo dall'entrata in vigore della presente legge. Il disposto dell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 è abrogato.

12. Il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, è abrogato, ma i contratti individuali legittimamente stipulati ed eseguiti nella sua vigenza restano salvi fino a scadenza. Restano comunque salvi le previsioni dell'art. 8 legge 23 luglio 1991, n. 223, e le specifiche normative riguardanti i contratti di somministrazione temporanee e di apprendistato.

Art. 6.

(*Somministrazione di lavoro)*

1. A far tempo dalla entrata in vigore della presente legge è vietata la conclusione di contratti di somministrazione a tempo indeterminato.

2. La conclusione di contratti di somministrazione a tempo determinato resta consentita nelle ipotesi che legittimano la conclusione di un contratto di lavoro a termine, ai sensi dell'art. 5 che precede, e con l'osservanza degli altri disposti in esso contenuti, purché non sia intercorsa tra lavoratore e datore di lavoro una previa intesa assuntiva, con ricorso solo formale all'intervento dell'agenzia di somministrazione.

3. Per la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse, nonché sotto la direzione e controllo dell'utilizzatore. Restano salve altresì le previsioni degli artt. 23 e 24 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

4. Qualora la somministrazione avvenga al dì fuori dei limiti e delle condizioni previsti ai commi 1 e 2 del presente articolo o dell'art. 21, comma 1, lettere *a*, *b*, *c*, *d* ed *e* del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il rapporto di lavoro si intende costituito a tempo indeterminato sin dall'inizio della somministrazione con il soggetto utilizzato.

5. Sono abrogati i disposti di cui alla lettera *b*, comma 1, dell'art. 4, e i commi 2, 3 e 4 dell'art. 20, nonché l'art. 22 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e ogni altra previsione normativa riferibile alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Sono altresì abrogati gli artt. 27 e 28 della stessa legge.

Art. 7.

(*Appalti di opere e di servizi)*

1. l'imprenditore che affidi appalti di opere o servizi per l'espletamento di attività inerenti al ciclo produttivo dell'impresa è responsabile, in solido con l'appaltatore, nei confronti dei dipendenti di quest'ultimo per l'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza e per la fruizione di trattamenti economici e normativi non inferiori a quelli spettanti ai dipendenti del committente. La responsabilità del committente sussiste anche nei confronti dei dipendenti di eventuali subappaltatori.

2. L'appalto è illegittimo, e i lavoratori in esso impiegati sono considerati a tutti gli effetti dipendenti dell'imprenditore committente, ove non vi sia da parte dell'appaltatore organizzazione di mezzi propri e assunzione del rischio d'impresa o, trattandosi di appalto di servizi, questo consista nella esecuzione di mere prestazioni di lavoro, ancorché organizzate e dirette dall'appaltatore, eccettuati i casi di appalti di servizi per attività di alta specializzazione, non inserite stabilmente nel ciclo produttivo dell'impresa e individuate da contratti nazionali di lavoro sottoscritti unitariamente dai sindacati comparativamente più rappresentativi in base alla loro consistenza organizzativa e ai risultati delle elezioni di rappresentanze sindacali unitarie.

3. Le previsioni dei commi che precedono si applicano anche quando l'appaltatore sia una società cooperativa.

L'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 è abrogato.

Art. 8.

(*Modifiche dell'art. 2112 cod. civ. ed esternalizzazioni di reparti produttivi)*

I commi 3, 5 e 6 dell'art. 2112 cod. civ. già modificato dall'art. 32 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, sono così sostituiti:

a) *Comma 3*: «Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento, che restano acquisiti ai lavoratori anche dopo la sca-

denza dei contratti stessi, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi di maggior favore applicabili alla impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi dello stesso livello».

b) *Comma 5*: «Ai fini e per gli effetti di cui al precedente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica preesistente, come tale, al trasferimento».

c) *Comma 6*: „ Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione, è riconosciuto ai lavoratori, il cui rapporto è stato trasferito all'acquirente appaltatore, il diritto a essere riassunti alle dipendenze dell'imprenditore cedente e committente in caso di cessazione dell'appalto, fermi, in ogni caso, il mantenimento dei trattamenti anche individuali già acquisiti e l'applicazione dei disposti dell'art. 7 della presente legge.

Art. 9.
(*Lavoro nei gruppi di imprese)*

1. Ai fini della determinazione dell'organico aziendale richiesto per l'applicabilità di norme di legge o di contratto collettivo, le imprese appartenenti a un medesimo gruppo, individuato ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. e del d.lgs. 2 aprile 2002, n. 74, o che comunque presentino assetti proprietari sostanzialmente coincidenti, sono considerate come centro unitario di imputazione di rapporti giuridici lavorativi, quali che sia il numero dei lavoratori da ciascuna di esse direttamente assunti. Si prescinde dalla distinta personalità giuridica.

Fermo il disposto del comma precedente, nel caso che il lavoratore abbia altresì prestato opera lavorativa promiscuamente per più imprese tra loro collegate, ognuna di esse assume verso il prestatore le responsabilità del datore di lavoro, e risponde per il soddisfacimento di ogni suo credito e diritto.

Art. 10.
(*Repressione del lavoro irregolare)*

Costituisce comportamento antisindacale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, l'utilizzo di prestazioni lavorative rientranti nella fattispecie dell'art. 2094 cod. civ., come modificato dalla presente legge, realizzato senza l'osservanza delle normative di regolarizzazione amministrativa e previdenziale. L'ordine giudiziale di regolarizzazione dei rapporti si intende eseguito nel caso che il datore di lavoro adempia alle clausole di un eventuale accordo sindacale di emersione, stipulato con l'associazione sindacale che ha promosso il procedimento, e rinunzi a proporre gravame.

Art. 11

(*Danni da licenziamento illegittimo* (norma di interpretazione autentica)

Le disposizioni dell'art. 18, comma 4, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e dell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, prevedenti la misura di indennizzi e risarcimenti dovuti in ipotesi di licenziamento illegittimo, vanno interpretate nel senso della persistente possibilità per il lavoratore di comprovare maggiori danni di natura patrimoniale ed extrapatrimoniale, secondo le ordinarie regole e princìpi di diritto privato.

Art. 12.

(*Nuovo testo dell'art. 2087 cod. civ.)*

L'art. 2087 del codice civile («tutela delle condizioni di lavoro») è così modificato:

«I datori di lavoro – imprenditori e non imprenditori, comprese le società cooperative – sono tenuti ad adottare nell'esercizio dell'attività le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica, la personalità morale e la figura professionale di tutti i prestatori di lavoro.

In ogni caso di violazione dell'obbligo di cui al comma precedente i prestatori hanno diritto al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Il danno non patrimoniale è liquidato dal giudice in via equitativa, avuto riguardo alla gravità e durata della violazione, alle conseguenze, al complessivo comportamento delle parti.

L'appaltatore e l'appaltante sono responsabili in solido; si applica l'art. 2055 cod. civ., commi 2 e 3».

Art. 13.

(*Abrogazioni di ulteriori norme del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276)*

Sono altresì abrogati gli artt. da 33 a 40, da 41 a 45, da 54 a 59 e da 75 a 82 del d.lgs. 10 settembre, n. 276/2003.

La presente legge entra in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.