

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 LIX - 2008 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2008*

DIRETTORE

Piergiorganni Alleva

COMITATO DIRETTIVO

*Amos Andreoni, Vittorio Angiolini, Bruno Balletti, Marzia Barbera, Vincenzo Bavaro,
Franca Borgogelli, Umberto Carabelli, Gaetano D'Auria, Antonio Di Stasi,
Francesco Fabbri, Mario Giovanni Garofalo, Fausta Guarriello, Carmen La Macchia,
Andrea Lassandari, Gianni Loy, Luca Nogler, Massimo Pallini, Adalberto Perulli,
Massimo Roccella, Franco Scarpelli, Stefania Scarponi, Valerio Speciale,
Sergio Vacirca, Bruno Veneziani, Lorenzo Zoppoli*

REDAZIONE

*Andrea Allamprese, Guido Canestri, Carlo de Marchis,
Lorenzo Fassina, Ginevra Galli, Antonino Sgroi*

COMITATO SCIENTIFICO

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Maria Clotilde Domenichini

Proprietario ed editore

Ediesse s.r.l.

Via dei Frentani, 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870325 - Fax 06/44870335

E-mail: ediesse@cgil.it

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 3848/1954

Segreteria di redazione

Via dei Frentani 4/A - 00185 Roma

Tel. 06/44870323 - Fax 06/44870335

E-mail: rgl.redazione@mail.cgil.it

Ufficio abbonamenti

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

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

E-mail: ediesse@cgil.it

Tariffe di abbonamento

ordinario 100,00 euro; estero 200,00 euro

Agli studenti universitari che abbiano uno specifico interesse

per il diritto del lavoro verrà riconosciuto lo sconto del 50%

presentando la richiesta del Docente che segue la loro attività.

L'importo dell'abbonamento può essere versato sul conto corrente

postale n. 935015, intestato a Ediesse, specificando la causale.

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

Progetto grafico e fotocomposizione

EDIESSE

Stampa

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

Vicolo dei Tabacchi, 1 - 00153 Roma

Egregio Abbonato,

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



Associato all'USPI

Unione Stampa Periodica Italiana

PARTE I
DOTTRINA

TEMA

L'emersione dal lavoro nero

Claudio Treves

La lotta al lavoro nero tra legislazione, repressione
e politiche di sostegno 3

Alessandro Bellavista

Al di là del lavoro sommerso 9

Vito Pinto

Sanzioni promozionali e indici di congruità
nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare 25

Franco Scarpelli

Il contrasto al lavoro irregolare,
tra sanzioni e regole di responsabilità 59

Lorenzo Zoppoli

Unione europea e lavoro sommerso:
nuove attenzioni e vecchie contraddizioni 81

SAGGI

Adalberto Perulli

Efficacia e diritto del lavoro 107

Giorgio Frontini

Dinamiche di sviluppo della legislazione fallimentare,
interessi tutelati e salvaguardia dei livelli occupazionali 137

PARTE II GIURISPRUDENZA

IL CASO

Massimo Pallini

*Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea
(Corte di Giustizia Ce, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005
Corte di Giustizia Ce, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005)*

3

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

Le decisioni nel trimestre ottobre-dicembre 2007

Rapporto di lavoro

77

Sicurezza sociale

83

A cura di Lorenzo Fassina e Massimo Pallini

RAPPORTO DI LAVORO

Aurora Vimercati

Dimensioni delle imprese e diritti di partecipazione: note a margine
di un provvedimento in materia di occupazione giovanile
(Corte di Giustizia Ce, 18 gennaio 2007, causa C-385/2005)

85

Vincenzo Lombardi

L'accettazione di illecite condizioni lavorative
non esclude il delitto di estorsione

(Cassazione, 21 settembre-5 ottobre 2007, n. 36642, Sez. II pen.)

102

Angelica Brandi

Scuola paritaria e abilitazione all'insegnamento
(Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8905, Sez. lav.)

116

Elena Pietanza

L'alterazione della periodicità ebdomadaria del riposo:
condizioni di legittimità e conseguenze economiche
(Cassazione, 11 aprile 2007, n. 8709, Sez. lav.)

124

Roberta Nunin

Violazione della clausola di durata minima garantita
e risarcimento per il licenziamento illegittimo
(*Tribunale Modena, 13 luglio 2007, Sez. lav.*)

134

Serena Zitti

L'adattamento dell'organizzazione aziendale come conseguenza
diretta di un obbligo contrattuale assunto in sede collettiva
(*Tribunale Genova, 11 maggio 2007, Sez. lav.*)

147

Marco Lozito

La «disciplina aggiuntiva» del contratto a termine per il settore
delle poste e la direttiva 1999/70/Ce: violazione
della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano
(*Tribunale Foggia, 11 aprile 2007*
Tribunale Milano, 29 giugno 2007)

155

Lucia Valente

Appalto di servizi e somministrazione di manodopera
(*Tribunale Roma, 7 marzo 2007, Sez. lav.*)

182

Enrico Barraco

Trasferimento di ramo d'azienda: la nuova nozione
tra flessibilità e vincoli giuridici
(*Tribunale Padova, 5 febbraio 2007, Sez. lav.*)

197

CONTROVERSIE DI LAVORO

Antonietta Guerra

La dottrina e la giurisprudenza in tema di interpretazione
del contratto collettivo
(*Cassazione, 8 marzo 2007, n. 5287, Sez. lav.*)

213

DIRITTO SINDACALE

Stella Laforgia

Intenzionalità, responsabilità e ponderazione
degli interessi contrapposti nella condotta antisindacale
(*Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9250, Sez. lav.*
Tribunale Roma, decr. 5 giugno 2007, Sez. lav.
Tribunale Roma, decr. 11 dicembre 2006, Sez. lav.)

223

Teresa Schiavone

I confini del diritto di critica sindacale

(*Tribunale Fermo, ord. 4 giugno 2007*)

244

SICUREZZA SOCIALE

Daniele Costanzi

Infortunio *in itinere* e ultrattività temporale

della fattispecie normativa

(*Cassazione, 18 luglio 2007, n. 15973, Sez. lav.*)

255

Silvia Assennato

Dirigenza pubblica e disabilità sopravvenuta:

un'ipotesi di mancata tutela

(*Cassazione, 22 giugno 2007, n. 14624, Sez. lav.*)

262

Raffaella Cultrera

Permessi *ex art. 33* della legge n. 104/92:

continuità dell'assistenza e lontananza geografica

(*Tribunale Velletri, ord. 27 ottobre 2007, Sez. lav.*)

269

Errata Corrige

Si segnala che nel fascicolo n. 4/2007, p. 719, di questa *Rivista*, la sentenza di Cassazione, Sez. lav., 10 luglio 2006, è n. 15638 e non n. 15123 come erroneamente pubblicato.

La redazione si scusa con i lettori.

PARTE I
DOTTRINA

Claudio Treves (*)

LA LOTTA AL LAVORO NERO TRA LEGISLAZIONE, REPRESSIONE E POLITICHE DI SOSTEGNO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il sommerso: la colpa è dei diritti? — 3. La piattaforma sindacale, l'azione del governo Prodi e i compiti per il futuro.

1. — *Premessa* — I saggi pubblicati in questo numero della *Rivista* ripercorrono da diverse angolature le problematiche connesse al lavoro nero, introducendo importanti «modi» di interpretare il fenomeno. Si susseguono, infatti, la discussione di Lorenzo Zoppoli degli approcci dell'Unione europea, l'esame svolto da Vito Pinto di un'importante elaborazione giuridico-statistica quale quella della legge regionale pugliese del 2006, l'analisi acuta come sempre di Franco Scarpelli sulle tecniche vertenziali da adottare, per concludere con la puntuale descrizione e commento di Alessandro Bellavista sugli itinerari legislativi della legislatura testè conclusasi. I lettori troveranno ampia messe di spunti nei testi che seguono. Da sindacalista, mi corre l'obbligo di ragionare sugli aspetti più strettamente sindacali del fenomeno. Lo farò dividendo il ragionamento in due parti: come porsi a fronte dell'innegabile estensione del sommerso, e un'analisi dello stato dell'arte lasciato in eredità alla nuova legislatura.

2. — *Il sommerso: la colpa è dei diritti?* — Non molti ricordano il passato presidente di Confindustria, Antonio D'Amato, che sosteneva la causa del sommerso essere da individuare nell'eccessivo costo del lavoro dei lavoratori regolari. Non fu di grande efficacia lo strumento solo utilitaristico posto in essere nei primi 100 giorni del governo Berlusconi, che avrebbe, come diceva la relazione d'accompagnamento, dovuto far emergere almeno 300mila lavoratori, e con le cui conseguenti emerse contribuzioni si sarebbe dovuto finanziare la riduzione delle tasse per tutti.

* Coordinatore del dipartimento delle politiche attive del lavoro della Cgil nazionale.

Alessandro Bellavista ce lo ricorda con esattezza. Ma anche Lorenzo Zoppoli ci conduce al nesso, che la Commissione europea aveva tentato di fondare con il *Libro verde* sulla modernizzazione del diritto del lavoro, tra eccesso di tutela per i lavoratori *standard* cui corrisponderebbe una spinta all'allargarsi di posizioni non tutelate.

Quindi, all'esistenza del lavoro nero si possono dare svariate risposte, non esclusa quella che la colpa va posta in capo all'eccesso di diritti di cui godrebbero i lavoratori tutelati dal sindacato. Da ultimo, nelle scorse settimane, dall'esistenza, indubitabile, della segmentazione del mondo del lavoro e dall'esistenza, parimenti indubitabile, di molti lavoratori non tutelati si è perfino ipotizzato, da fonte sempre più autorevole, che ciò potrebbe risolversi con il cosiddetto «contratto unico a tutela progressiva» che sarebbe un contratto a tempo indeterminato, scandito da tre fasi: la prima, in cui vigesse la libertà reciproca di risolvere il rapporto senza vincoli, la seconda, in cui licenziamenti di natura economica potessero essere soltanto indennizzati, per giungere, dopo un periodo mai specificato in esplicito, alla tutela dell'articolo 18.

Poco importa che la stessa Ocse, nel passato inventrice e alfiere indiscusso della tesi secondo cui ci sarebbe un *trade off* tra l'estensione e la profondità dei sistemi di tutela e l'andamento dell'occupazione, sia pervenuta a conclusioni molto diverse, sostenendo invece come le correlazioni statistiche siano del tutto fragili, e che invece si potesse perfino ipotizzare un legame positivo tra stabilità dell'occupazione e andamento della produttività (le persone su cui l'impresa investe in genere non sono precarie...). Nell'analisi della Commissione, si coglie più di una suggestione liberista, anche se calibrata da interessanti moniti in favore delle politiche di inclusione sociale, ma di questo dopo.

Il punto che poche analisi sottolineano è la difformità strutturale del sommerso italiano da quanto è dato riscontrare nei paesi della «vecchia» Europa a 15. Nessuno tra essi vanta, si fa per dire, un'incidenza così alta sul Pil (attorno al 14-16%), né avviene là ciò che si verifica qui, per dirla con Vito Pinto «non un comportamento deviante di un numero ristretto di datori di lavoro [...] bensì un comportamento di massa e un fattore strutturale degli attuali assetti produttivi». Se di questo si tratta, allora il punto di partenza non può che essere la presa in carico di questa analisi, e la definizione di strategie in grado di modificarla in maniera adeguata.

In questo senso, si deve compiere il salto superando la vecchia dia triba tra chi richiede più repressione, e chi invoca misure proattive.

Nessuno ha torto, ma neppure si possono assolutizzare i corni del dilemma.

Se l'economia sommersa ha le caratteristiche definite sopra, allora l'operazione da fare è duplice: rafforzare il valore della legalità, e al contempo misurarsi sui fallimenti del passato.

3. — *La piattaforma sindacale, l'azione del governo Prodi e i compiti per il futuro* — In questa sintesi tra le due scuole di pensiero sta la novità della piattaforma unitaria del 2006, varata in significativa contemporaneità con l'avvio della XV legislatura.

Giova ricordare il primo atto impegnativo del governo Prodi: il Dpef 2007 indicava, a seguito della constatazione del *deficit* ereditato e dell'incombenza di una procedura comunitaria per eccesso, la necessità di ottenere risparmi di spesa pubblica nelle quattro aree «classiche» rappresentate dalla spesa pubblica per pensioni, sanità, trasferimenti agli Enti locali e trattamenti dei pubblici dipendenti.

Aver varato la piattaforma sul lavoro nero ha significato, per il movimento sindacale, indicare unitariamente *un altro modo* per rientrare dal *deficit* eccessivo: colpire l'evasione, agevolare la competizione legale, favorire la qualità dell'occupazione. In altre parole, il rientro dal *deficit* poteva essere ottenuto allargando la platea dei contribuenti in modo strutturale, facendo emergere l'economia in nero e calibrando su questo obiettivo le misure da introdurre. Il fatto che la legge finanziaria per il 2007 recepisce in larga misura le proposte elaborate dal sindacato, è segno che correggere un'impostazione sbagliata è possibile, se si hanno argomenti e la capacità di mobilitarsi a loro sostegno.

Alessandro Bellavista si sofferma diffusamente sulle misure, e non voglio certo annoiare i lettori; voglio solo indicare i tre filoni di attività di quella piattaforma, per poi giungere a segnalare quello che, a mio avviso resta ancora da fare e va posto con forza in questa campagna elettorale.

Si potrebbero sintetizzare così: repressione mirata, vincoli alla pubblica amministrazione nella veste di datore di lavoro indiretto (appalti), sostegno a processi contrattati di emersione.

Il primo punto ha visto una messe di provvedimenti, a partire dal cosiddetto decreto Visco/Bersani, indirizzato ai cantieri edili e poi esteso a tutte le fattispecie d'impresa, che dava all'ispettore la facoltà di sospendere l'attività d'impresa in presenza di una quota di lavoro irregolare, di mancata applicazione delle norme sulla sicurezza, e con violazioni delle

norme sull'orario e il riposo. Che oltre 180mila persone, di cui la metà soltanto italiani, siano stati «comunicati» all'Inail come nuovi lavoratori è indice di un profondo effetto di «stimolo indiretto» positivo, a riprova che una attività mirata di repressione induce a comportamenti virtuosi diffusi.

Il secondo è emblematicamente rappresentato dall'obbligo di comunicazione ai Centri per l'impiego anticipata al giorno antecedente l'inizio del rapporto di lavoro (le cosiddette «Comunicazioni obbligatorie» efficaci dal marzo corrente): a regime si potrà così avere una fotografia in movimento del mercato del lavoro, oltre che una sua trasparenza completa. Non solo: la legge finanziaria 2007 ha esteso il vincolo solidale tra appaltante e appaltatore a un periodo di due anni dal termine dell'appalto, e ha imposto l'aggiudicazione della gara scorporando dai possibili ribassi d'asta il costo della sicurezza, per stabilire infine non potersi vincere una gara se non si fosse rispettato il costo del lavoro dei lavoratori dell'appalto.

Il terzo filone è rappresentato dalle politiche di sostegno all'emersione; i commi 1202 e seguenti della legge n. 296/07 sostengono economicamente gli accordi di emersione che trasformino in lavoro subordinato contrattualmente tutelato i rapporti in nero, e ricostruiscano fino a 60 mesi il pregresso previdenziale dei lavoratori, con la certezza per l'impresa della contestuale conclusione di ogni eventuale contenzioso in essere.

Prima di soffermarmi sugli esiti, e sulle prospettive, mi corre l'obbligo di ricordare due fatti riguardanti le norme in oggetto. Il primo riguarda la natura degli accordi da sottoscrivere: a differenza delle esperienze del passato, dai contratti di riallineamento della fine degli anni novanta e i contratti di emersione della XIV legislatura, qui non si media sui diritti salariali futuri delle persone, né sul loro passato previdenziale, nei limiti ovviamente dei vincoli di prescrizione validi generalmente. Non è cosa marginale: per la prima volta, a mia scienza, il costo dell'adeguamento salariale viene posto parzialmente a carico della collettività anziché essere fatto pesare sul reddito di chi era a nero. La seconda sottolineatura riguarda un'annotazione di P. Ichino, a commento di queste misure: anche la sinistra indulge in condoni? Come a volte capita, l'argomento di Ichino è insidioso, ma solo mediaticamente. Infatti, la norma in questione dice che l'impresa può uscire dal contenzioso, ma nulla vieta all'attività ispettiva di vigilare e tornare sull'argomento in presenza di comportamenti non corretti successivi.

I dati conclusivi della campagna, conclusasi il 30 settembre 2007, non sono esaltanti: circa 10mila persone risultano aver sottoscritto accordi, spesso a seguito di visite ispettive. Sarebbe lungo, ma forse utile, interrogarsi sulle ragioni di un simile risultato, in particolare a fronte di cifre incomparabilmente migliori riguardo alla regolarizzazione degli immigrati (oltre 1,5 milioni come somma delle diverse occasioni succedutesi dopo il 2002). Il saggio di Bellavista ne dà conto sul piano delle insufficienze normative: io aggiungerei due elementi.

Innanzitutto, l'adeguatezza dell'azione sindacale. Forse le due possibilità contemporaneamente presenti, emergere dal nero e regolarizzare le collaborazioni fittizie hanno concentrato l'attenzione del sindacato sulla seconda, e in particolare sullo spicchio rappresentato dai *call centers*. Trattandosi di organizzazioni umane, il rischio di uno scarso impegno è un'ipotesi possibile, che spiegherebbe anche la diffusione del tutto casuale degli accordi di emersione, che prescindono anche dall'esistenza o meno di intese procedurali territoriali pure qua e là sottoscritte tra le parti sociali territoriali. Sta di fatto che il recentissimo decreto «mille proroghe» (d.l. n. 248/07) riaprono i termini per entrambe le opportunità fino al 30 settembre 2008, e dovrà essere questa un'occasione da non trascurare in alcun modo.

Ma forse il punto vero, su cui concentrare l'attenzione anche per le politiche della futura legislazione, è rappresentato dal mancato intreccio tra possibilità di emersione e strumenti territoriali di sostegno. Cerco di spiegarvi brevemente.

La lezione che abbiamo appreso dai contratti di riallineamento è stata che, giunti a un certo punto del percorso destinato a giungere alla corresponsione della piena retribuzione contrattuale, l'impresa si «bloccava», chiedendo prima di allungare i temi di raggiungimento della paga contrattuale, e poi spesso tornava nel sommerso. La spiegazione di questo è che per imprese nate e cresciute solo fidando nella compressione dei costi, la sola diluizione nel tempo di quei costi non era praticabile: serviva un sistema territoriale in grado di far transitare l'impresa dalla sua condizione strutturalmente fondata sull'evasione, a un'impresa in grado di competere nella legalità. Questo significa «piani territoriali di emersione», rivendicati nella piattaforma confederale e pure previsti dalla legge n. 296/06, ma con scarsissimi fondi (10 milioni all'anno).

Il punto da indagare è proprio questo: se si vuole evitare di far ricadere sul diritto del lavoro il prezzo dell'emersione, la strada è quella che il territorio scommetta e investa sulla legalità, e attrezzi un insieme di

«servizi reali» a beneficio di chi scommette sulla legalità. Rapporti con il sistema creditizio, formazione anche agli imprenditori oltre che ai lavoratori, sostegno alla conoscenza dei mercati, delle opportunità di commercializzazione, dell'accesso ai sistemi fieristico e di garanzia fidi: questo è solo un breve elenco di ciò che deve essere offerto dal territorio perché si possa uscire definitivamente dalle caratteristiche del sommerso che Pinto ci descrive e che ho richiamato sopra. Per questo abbiamo insistito sulla costituzione di una «cabina di regia» per le attività di contrasto alla irregolarità, come luogo in cui le politiche repressive e quelle di sostegno, quelle a valenza nazionale quelle da impostarsi sul territorio avessero modo di interloquire, coordinarsi e implementarsi a vicenda. Non è ancora avvenuto, ma riteniamo questa sia la strada da seguire. La politica, più che la normativa, è quindi interrogata, e la competizione elettorale in corso potrebbe essere l'occasione per una ripresa di attenzione al tema.

In questo modo si può fornire anche un esempio su come si possa affrontare la lotta al nero senza cadere nel dilemma *insiders/outsiders* cui ci vorrebbe costringere il *Libro verde* della Commissione europea e tanta intellettualità «indipendente» del nostro paese. Peraltro, proprio la conclusione della fase di ascolto susseguente al *Libro verde* ha portato la Commissione a prendere atto del mancato consenso su quell'impostazione, e indicare, correttamente nella lotta al lavoro nero e il rafforzamento delle tutele nel mercato del lavoro la coppia concettuale sulla quale proseguire il dibattito. Il che dimostra che la battaglia delle idee, se condotta con rigore argomentativo e mobilitazione sociale e intellettuale, è in condizione di spostare orientamenti che si vorrebbero «naturalisti».

Alessandro Bellavista (*)

AL DI LÀ DEL LAVORO SOMMERSO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Cultura delle regole e lavoro sommerso. — 3. La necessità di una tecnica di normazione ponderata. — 4. L'esigenza di una partecipazione diffusa alla gestione dei processi di emersione. Il ruolo dei soggetti collettivi. — 5. Il decreto «milleproroghe».

1. — *Premessa* — Il lavoro sommerso resta un grave problema del mercato del lavoro italiano. Di recente, s'è chiaramente sottolineato che «la principale patologia del mercato del lavoro italiano è l'economia sommersa, poco o nulla scalfita da allettamenti normativi o riduzioni del costo del lavoro tanto minimi quanto complicati» (1). E le rilevazioni statistiche continuano a mettere in evidenza che l'Italia raggiunge e tende a mantenere percentuali di lavoro sommerso tra le più elevate dei paesi industrializzati (2).

Sono sostanzialmente falliti tutti i provvedimenti legislativi esplicitamente diretti a favorire l'emersione del lavoro sommerso, varati negli ultimi anni. In primo luogo, la disciplina dei contratti collettivi di riallineamento (art. 5, decreto legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito nella legge 28 novembre 1996, n. 608) e le procedure di emersione contenute nella cosiddetta legge dei «cento giorni» (legge 18 ottobre 2001, n. 383). Inoltre, sotto questo profilo, anche il d.lgs. 13 novembre 2003, n. 276, non ha prodotto gli effetti desiderati. Il decreto, nella sua formulazione originaria, conteneva norme rivolte a tale fine: si trattava soprattutto delle nuove tipologie contrattuali (lavoro intermittente, lavoro ac-

(*) Ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Palermo.

(1) L. Zoppoli, *Flessibilità, l'Europa dica la sua*, 25 novembre 2006, nel sito *Internet www.eguaglianzaelibertà*.

(2) Cfr. R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007, pp. 49 ss.; A. Sciotto, *Cgil: tre milioni senza diritti*, in *Il Manifesto*, 6 marzo 2007, p. 11.

cessorio, *staff leasing*) che avrebbero dovuto favorire la regolarizzazione di rapporti in precedenza svolti in modo informale. Sia per difetti di costruzione tecnico-giuridica delle relative fattispecie sia a causa della forte opposizione sindacale, questa parte del d.lgs. n. 276/2003 ha avuto scarse, se non inesistenti, applicazioni; e di essa s'è avviato uno smantellamento con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha recepito il Protocollo sul *Welfare* del 23 luglio 2007; o quanto meno se ne è annunciata una profonda rivisitazione. Infine, il giudizio negativo riguarda anche la specifica procedura per l'emersione del lavoro sommerso introdotta dall'art. 1, commi 1192 ss., della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) (3).

Tuttavia, è anche vero che, negli ultimi tempi, l'attuale governo di centro-sinistra ha varato tutta una serie di provvedimenti rivolti non solo a incentivare l'emersione spontanea del lavoro sommerso, ma anche a contrastare, con strumenti repressivi, sia la sommersione del lavoro propriamente detta sia l'irregolarità nel rispetto delle normative legali a tutela del lavoro, tra le quali precipuo rilievo assume (vista anche l'elevatissima percentuale di infortuni sul lavoro che si registra in Italia) la legislazione sull'igiene e sicurezza del lavoro. Nell'ambito di questo filone rientrano numerose disposizioni contenute nel decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248, nella già citata legge n. 296/2006, e nella legge 3 agosto 2007, n. 123 («Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia») (4).

Comunque sia, l'analisi dettagliata di tali innovazioni sarebbe qui un fuor d'opera. Non solo perché chi scrive l'ha svolta di recente in altra occasione, alla quale sia consentito rinviare (5); ma anche perché sembra più opportuno, in questo contesto, oltre a dare conto delle novità normative dell'ultima ora, concentrarsi sulla descrizione soprattutto delle caratteristiche che dovrebbero permeare le politiche per l'emersione e per il contrasto del lavoro sommerso. Ciò al fine di garantirne un miglior tasso di efficacia, tenendo soprattutto conto degli insegnamenti che provengono dall'esperienza.

(3) Cfr., ampiamente, V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit.

(4) Cfr. M. Cinelli, *Sul disegno di «Testo Unico» per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro nella legge n. 123 del 2007*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, pp. 423 ss.; L. Galantino, *Nuove prospettive in tema di sicurezza sul lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, n. 47, *Inserito*, pp. III ss.

(5) Cfr. A. Bellavista, *L'emersione del «lavoro nero» nella legge finanziaria per il 2007*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, pp. 379 ss.

2. — *Cultura delle regole e lavoro sommerso* — Una considerazione preliminare, per quanto ovvia, è quella secondo cui se tutte le misure finora adottate hanno fallito l'obiettivo di spezzare il circuito dell'illegalità, significa che la convenienza del mantenimento dello *status quo* (cioè la sommersione) è di gran lunga superiore all'agire alla luce del sole. Il punto cruciale sta nello spezzare queste convenienze: sul piano *micro*, e quindi delle scelte individuali, e sul piano *macro*, vale a dire delle esternalità negative che tengono alto il prezzo (non solo economico) del rispetto della legalità in confronto al suo opposto.

A prima vista, la soluzione sembra semplice. Pare necessaria un'equilibrata miscela tra bastone e carota, tra politiche repressive e premiali, che andrebbe preparata con particolare attenzione a ogni sfaccettatura; monitorandone poi, passo per passo, lo svolgimento. Con ciò lanciando il chiaro segnale che le finestre per l'accesso al regime d'incentivazione privilegiato si chiudono a un certo punto, con l'immediata ed effettiva applicazione di draconiani controlli e sanzioni per chi avesse preferito continuare a restare nell'illegalità.

In effetti, il nodo centrale – che contribuisce a spiegare le elevate percentuali di lavoro sommerso – è la diffusa mancanza di una cultura della legalità, cui si accompagna l'assenza di una cultura della sicurezza e del rispetto del valore della persona che lavora, com'è dimostrato dagli spaventosi tassi di infortuni sul lavoro (anche mortali) che si continuano a registrare nel mondo del lavoro italiano, non solo sommerso. E proprio la necessità di una campagna per il radicamento di una cultura della legalità costituisce il primo punto della piattaforma comune Cgil-Cisl-Uil contro il lavoro nero, del 19 luglio 2006, presentata al governo e che ha trovato accoglimento nelle disposizioni della legge n. 248/2006 e della legge n. 296/2006. A questo riguardo anche la ripetizione di luoghi comuni assume un significato non meramente simbolico. La cultura della legalità e della sicurezza deve essere costruita a partire dalla scuola e deve costituire un oggetto centrale d'insegnamento in tutti i corsi di studio aventi qualche connessione con l'impresa e il lavoro. Bisogna, infatti, diffidare delle virtù taumaturgiche della legislazione, come soluzione di ogni problema (6).

(6) Cfr. M. Vitale, *Manca una cultura della sicurezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2007, n. 340, p. 5; L. Gallino, *La cultura d'impresa e le morti sul lavoro*, in *La Repubblica*, 4 gennaio 2008, p. 23.

In un contesto in cui l'illegalità non è un disvalore sul piano sociale (7), anche gli interventi repressivi più capillari sono destinati a scontare un alto tasso di ineffettività (sul piano della loro capacità di orientare i consociati a tenere i comportamenti auspicati dalla normativa) oltre a non essere nemmeno realizzabili in pratica, a meno che non si voglia concepire una società orwelliana e con la sindrome dell'ostaggio, lontana dai parametri della democrazia odierna. Certo, non va sottovalutata l'importanza di rendere il sistema dei controlli e delle correlative sanzioni ancora più efficace di quanto registrato al momento. Dati recenti dimostrano, infatti, che l'infittirsi dei controlli, a partire dalla fine del 2006, ha comportato un aumento del numero delle imprese colte in situazioni irregolari nonché degli occupati risultanti dalle statistiche ufficiali (8). È evidente che maggiori risultati possono essere ottenuti perfezionando il sistema di vigilanza e repressivo, fornendolo di maggiore e più qualificato e motivato personale, degli indispensabili strumenti tecnici per la raccolta e l'incrocio delle informazioni sulle imprese e sui lavoratori, nonché mediante la creazione di un reale coordinamento tra i molteplici soggetti pubblici che hanno competenza in materia. In effetti, il miglioramento del sistema di controllo produce l'effetto positivo dell'aumento della possibilità di non potere nascondere a lungo l'illegalità e pertanto orienta, sebbene a malincuore, il comportamento individuale. Ma ciò non è sufficiente. Si tratta di colmare la diffusa carenza di cultura civica e di innervare un capitale sociale che sanzioni (invece di esaltare, come accade sovente) i comportamenti illegali e opportunistici. Basti pensare alla circostanza che, di recente, autorevoli esponenti del ceto politico hanno sostenuto che l'economia sommersa è un elemento da valutare favorevolmente oppure che l'evasione fiscale non merita alcuna censura. E per radicare tali fattori non economici, ma decisivi per ogni prospettiva di sviluppo virtuoso, è fondamentale il ruolo delle politiche pubbliche. Questo è il motivo per cui va ribadita l'importanza del fatto che, una volta introdotta la possibilità di regolarizzare le attività sommerse, con tutte le indispensabili misure di accompagnamento, bisognerebbe avere il coraggio di avvelenare i pozzi del deserto delle attività illegali. In sostanza, si deve escludere ogni forma di tolleranza benevola,

(7) Cfr. L. Zingales, *Quando manca la cultura delle regole*, in *Il Sole 24 Ore*, 14 dicembre 2007, n. 337, p. 1; F. Daveri, *Parcheggi diplomatici*, *ivi*, 24 settembre 2006, n. 262, p. 38; A. Garilli, *Il lavoro nel Sud*, Giappichelli, Torino, 1997.

(8) Cfr. M. Mascini, *Lavoro nero, i controlli pagano*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 aprile 2007, n. 115, p. 14.

giustificata dalla fallace idea che il sommerso sarebbe comunque un modo di sopravvivenza. Pertanto, la strategia basata sul concetto della gradualità e dell'accompagnamento all'emersione non avrebbe alcun significato di accettazione del valore più o meno positivo di qualunque forma di sommerso, bensì consentirebbe di selezionare le attività che hanno la possibilità di emergere e di consolidarsi nel mercato legale e quelle patologiche e regressive per le quali lo stato illegale rappresenta la condizione indispensabile per mantenere la propria competitività. Va così eliminata ogni forma di relativismo legale, e quindi di tolleranza nei confronti dei comportamenti illegali tenuti da chi si reputi (arbitrariamente) in condizioni di disagio e perciò considerato meritevole di una solidarietà che si esprime nella deroga ai precetti legali. In questo modo aumenterebbe la fiducia dei cittadini, e specialmente di quelli all'interno del mercato del lavoro, nel funzionamento imparziale delle istituzioni. Si stimolerebbero inoltre le reti sociali che svolgono un controllo sui comportamenti devianti e che dovrebbero impedire il deterioramento delle azioni collettive (9).

3. — *La necessità di una tecnica di normazione ponderata* — Riguardo all'esperienza delle normative volte a favorire l'emersione e il contrasto del lavoro sommerso, varate negli ultimi anni, possono essere fatte alcune considerazioni. Vanno messe in evidenza le criticità che andrebbero superate nel futuro, se si intende realmente perseguire l'obiettivo dichiarato. È da segnalare, in tutte queste normative, una continua discrasia tra le finalità annunciate e il loro dissolvimento nelle realizzazioni concrete. Questo s'è verificato sia nella costruzione degli enunciati normativi – che hanno sempre presentato lacune e contraddizioni rispetto alle stesse finalità – sia nella loro applicazione pratica che talvolta ha raggiunto obiettivi diversi se non incompatibili con i primi. Questa vicenda può essere altresì inserita in quel fenomeno riscontrato dagli osservatori più attenti in relazione ad altri casi, seppure forse ancora più significativi (10). È questo il fenomeno della mancata attuazione delle leggi di riforma. Quanto alla legislazione sul sommerso, infatti, l'inapplicazione è dipesa non solo dalla

(9) Cfr. C. Trigilia, *I costi di immagine del degrado sociale*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 agosto 2007, n. 223, p. 1; Idem, *Al Sud serve una società civile più matura*, *ivi*, 26 agosto 2007, n. 233, p. 17.

(10) Cfr. P. Ginsborg, *Storia d'Italia dal dopoguerra ad oggi*, Einaudi, Torino, 1989, pp. 386 ss.

sfiducia e dalla diffidenza degli operatori cui era destinata (datori e lavoratori), ma anche dall'inadeguatezza degli apparati pubblici preposti a tale attuazione. E non solo: tra l'obiettivo dichiarato da tali normative e la realtà di quanto s'è ottenuto s'è scavato un solco profondo anche perché è mancata una persistente volontà politica di assicurare che esse producessero gli effetti prefigurati. Inoltre, s'è riscontrata l'assenza di uno strumentario adeguato per controllare, passo per passo, l'attuazione delle suddette normative: rappresentato soprattutto da organi dotati delle competenze e dei poteri a ciò necessari. A questo proposito si pensi al notevole contributo che ha dato e dà tuttora il Garante per la protezione dei dati personali per garantire l'effettività della relativa tutela, anche in contrapposizione alle ondivaghe tendenze degli organi politici, che spesso si risolvono con soluzioni a danno dell'esigenza della protezione dei dati personali dei cittadini.

Altro problema è quello dei difetti tecnici di costruzione di tali normative: barocche, suscettibili di molteplici e antitetiche interpretazioni, tali da lasciare ampi spazi discrezionali (se non arbitrari) ai settori delle amministrazioni competenti a darne attuazione. Con l'aggravante che, sovente, l'attesa della fatidica circolare ha scoraggiato molti ad avvalersi delle procedure di emersione, anche nel timore che tale atto potesse fornire letture che ribaltassero completamente il senso delle suddette normative. Basti dire che la circolare dell'Inps sulla procedura di emersione di cui ai commi 1192 ss. dell'art. 1 della legge n. 296/2006 è arrivata il 7 settembre 2007, quasi al momento della scadenza del termine per aderire alla relativa sanatoria (30 settembre 2007).

A ciò si aggiunge il fatto che le normative per l'emersione del lavoro sommerso degli ultimi anni (disciplina dei contratti di riallineamento e dichiarazione di emersione di cui alla legge n. 383/2001) non sono state varate con un assetto definitivo, bensì sono state modificate *in itinere* per eliminare difetti o rispondere a richieste provenienti dai settori interessati. E tutto ciò ha contribuito ad accrescere la diffidenza dei destinatari e non ne ha incentivato l'adesione. Aspetto negativo enfatizzato dalle proroghe all'adesione alle relative sanatorie concesse o anche solo annunciate. Infatti, l'aspettativa della proroga per l'accesso al regime agevolato ha posto gli operatori in una situazione alquanto difficile, in cui si amplificavano i dilemmi: aderire subito o aspettare la dilazione, con la speranza che aumentassero i benefici; non aderire, con l'auspicio che il mancato successo

della sanatoria spingesse il legislatore a prorogarla ampliando le agevolazioni, e così via (11).

Vizi analoghi sono riscontrabili nella procedura di emersione di cui ai commi 1192 ss. della legge n. 296/2006. Il legislatore ha disegnato un meccanismo, in linea di massima apprezzabile, ma con un grande *handicap*: l'assenza di una sanatoria ai fini fiscali per il datore di lavoro che decide di regolarizzare la posizione contributiva dei propri dipendenti implica di fatto un'autodenuncia in relazione alle pendenze fiscali e rispetto alle quali il datore rimane esposto all'azione degli organi a ciò competenti. Altro problema è quello dell'assenza della possibilità della regolarizzazione graduale in relazione agli obblighi in materia di sicurezza del lavoro, laddove è noto che il sommerso è proprio l'area in cui questa disciplina riscontra il minore grado di effettività. A tutto ciò si aggiunge che l'art. 7, comma 2, del recente decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 (cosiddetto decreto milleproroghe), ha prorogato al 30 settembre 2008 il termine per presentare l'istanza di regolarizzazione dei rapporti di lavoro sommerso, originariamente fissato al 30 settembre 2007 dal comma 1192 dell'art. 1 della legge n. 296/2006. Tale proroga, tuttavia, non è stata accompagnata dalle importanti integrazioni tecniche poc'anzi segnalate né da quelle più dettagliate richieste dai più attenti commentatori della normativa. Inoltre, la proroga è concessa *ex abrupto* in un decreto legge carrozzone, dopo che era svanita l'occasione di ridefinire l'intera normativa nella sede più congeniale della legge finanziaria per il 2008. Ciò provoca alcuni deleteri effetti. Il primo è che risultano pregiudicati coloro che hanno in qualche modo definito le loro pendenze dopo la scadenza del vecchio termine fino al varo del decreto legge; quindi senza avere la possibilità di avvalersi della proroga della sanatoria. Così, i datori di lavoro formalmente più refrattari alla legalità, e cioè quelli che hanno mantenuto sommersi i relativi rapporti di lavoro, hanno un'ulteriore possibilità di regolarizzare a costi ridotti tali situazioni. Il secondo, è che, in questo modo, si lancia un messaggio perverso: alla fine la proroga è arrivata, e quindi è possibile che ve ne sarà qualche altra, continuando all'infinito. Sicché, la portata di qualunque incentivo all'emersione sarà attenuata (se non del tutto annullata) dall'aspettativa di nuove proroghe della scadenza dei termini per la presentazione dell'istanza di regolarizzazione (e indirettamente della facoltà di

(11) Cfr. T. Treu, *Conclusioni*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 146.

mantenere sommersi i relativi rapporti di lavoro) e di più ricchi benefici. Altro aspetto negativo, sul piano della realtà effettuale, è stato quello della scarsa diffusione di uno dei tasselli fondamentali per promuovere l'emersione alla stregua della procedura in esame. Infatti, è noto che, ai sensi del comma 1193 dell'art. 1 della legge n. 296/2006, l'istanza per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro «può essere presentata esclusivamente dai datori di lavoro che abbiano proceduto alla stipula di un accordo aziendale ovvero territoriale, nei casi in cui nelle aziende non siano presenti le rappresentanze sindacali o unitarie, con le organizzazioni sindacali aderenti alle associazioni nazionali comparativamente più rappresentative finalizzato alla regolarizzazione dei rapporti di lavoro di cui al comma 1192». Il pregio di questo meccanismo è quello di assegnare al controllo collettivo la gestione dei processi di emersione. Ma, al tempo stesso, se soprattutto l'organizzazione sindacale dei lavoratori non si attiva, lo stesso meccanismo è destinato a restare lettera morta. In particolare, è difficile che in un'impresa con lavoro sommerso sia presente l'organizzazione sindacale dei lavoratori (sia per motivi normativi sia fattuali) ed è altresì improbabile che un datore di lavoro non abituato al dialogo con la stessa scelga di stipulare un accordo aziendale per l'emersione. Questa è la ragione dell'importanza della previsione di accordi territoriali, stipulati tra le associazioni dei datori e dei lavoratori, finalizzati alla regolarizzazione, ai quali i singoli datori di lavoro avrebbero potuto aderire, una volta valutata la convenienza e l'opportunità dell'operazione. Tuttavia, gli accordi territoriali stipulati fino a questo momento si contano sulle dita di una mano. Sarebbe stato, invece, necessario che associazioni dei datori e dei lavoratori stipulassero, a tappeto, accordi territoriali per l'emersione in modo tale da stimolare i processi di regolarizzazione. La vicenda è a dir poco singolare, poiché è noto che le misure in materia di lavoro della legge finanziaria per il 2007 (tra cui queste in esame) sono state previamente discusse e concertate soprattutto con le organizzazioni sindacali dei lavoratori. E desta perplessità la mancata utilizzazione di uno strumento come l'accordo territoriale, da parte dei sindacati dei lavoratori che sono realmente impegnati in una continua azione contro il lavoro sommerso e per la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

4. — *L'esigenza di una partecipazione diffusa alla gestione dei processi di emersione. Il ruolo dei soggetti collettivi* — Se si condivide quanto osservato, allora, per rendere fruttifero tale nuovo periodo per l'accesso al-

la procedura di cui ai commi 1192 ss. dell'art. 1 della legge n. 296/2006 bisognerebbe cambiare strategia. In primo luogo, la sanatoria andrebbe pubblicizzata in modo massiccio, sì da rendere tutti i datori di lavoro e i lavoratori in situazione irregolare edotti della sua esistenza e dei suoi vantaggi. Inoltre, le opportune modifiche e integrazioni da introdurre nel testo normativo, anche con un'eventuale dilazione della scadenza (ma che sia veramente l'ultima), andrebbero previamente concertate con gli attori operanti nel mercato del lavoro: i soggetti competenti alla gestione della sanatoria, quelli deputati alla vigilanza e alla repressione, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le associazioni dei datori di lavoro, e, *last but not least*, le rappresentanze dei consulenti del lavoro e fiscali degli imprenditori; questi soggetti assumono una posizione strategica, poiché sono proprio costoro che indirizzano le scelte dei datori e quindi vanno coinvolti nel processo di costruzione di normative che siano da essi condivise, in modo tale da aumentarne il tasso di effettività. È illusorio pensare che il professionista d'impresa suggerisca al proprio cliente di optare per soluzioni, come la sanatoria in esame, non condivise, con forti rischi in ordine all'esposizione ad accertamenti sul piano fiscale, e comunque ritenute troppo farraginose, anche perché lo stesso professionista non percepisce di avere, in qualche modo, partecipato al relativo processo di costruzione e quindi non si sente, per così dire, responsabilizzato. Se si facesse tutto ciò, si contribuirebbe a creare un contesto favorevole all'adesione alla procedura di emersione e comunque a ogni futuro progetto in tale direzione.

Qualche altra parola deve essere spesa sul potenziale ruolo delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori per garantire l'efficacia dei processi di emersione. Posto che la funzione storica del sistema di relazioni industriali è il governo del mercato del lavoro, è logico pensare che ogni strategia di attacco al sommerso, che è parte di esso, debba necessariamente coinvolgere gli attori collettivi che appunto operano in quel sistema. La marginalizzazione degli attori collettivi è stato probabilmente l'errore principale della legge n. 382/2001, la quale ne ha recuperato la partecipazione quasi all'ultimo momento, quando l'*appeal* del provvedimento era inevitabilmente compromesso. Va aggiunto peraltro che la formulazione originaria di tale disciplina era marchiata dalla linea ispiratrice delle politiche del lavoro del governo di centro-destra volta, più o meno surrettiziamente, a separare, più che unire, le organizzazioni sindacali dei lavoratori; a sostenere, più che impedire, il pericolo dell'accordo separato. Accordo separato (guarda

caso!), con l'esclusione del sindacato maggioritario (la Cgil); accordo separato che, in un sistema di relazioni industriali, come quello italiano, dove ancora non esiste un metodo giuridicamente pregnante di accertamento dell'effettiva rappresentatività degli attori negoziali, corre il rischio di legittimare soluzioni non condivise dalla maggioranza dei lavoratori interessati.

D'altra parte, la partecipazione degli attori collettivi ai processi di emersione consente di immettere al loro interno ulteriori risorse rispetto a quelle che operano sul piano schiettamente microeconomico e quindi delle convenienze individuali; come in genere accade con i benefici previsti dalle varie leggi che offrono premi ai datori di lavoro che accettano di regolarizzare la posizione dei lavoratori sommersi. Queste ulteriori risorse, scaturenti dalla partecipazione collettiva, agiscono sul decisivo piano delle esternalità negative che inducono al mantenimento dello stato di sommersione. In altri termini, la gestione concertata dei processi di emersione può contribuire a diffondere nei territori interessati fiducia e capitale sociale positivo, nonché una permanente opera di persuasione morale e di denuncia. Questa consapevolezza è percepibile proprio in tutti i provvedimenti varati al riguardo dal governo di centro-sinistra. In effetti, la concertazione e comunque la partecipazione degli attori collettivi sembrano al momento dominare l'area delle politiche pubbliche per l'emersione. Da questo punto di vista la legge n. 248/2006 e la legge finanziaria per il 2007 (legge n. 296/2006) recepiscono proposte provenienti dai sindacati dei lavoratori, da ultimo contenute nella già citata piattaforma unitaria del luglio 2006. Condizione necessaria perché il singolo datore di lavoro possa presentare l'istanza di emersione di cui ai commi 1192 ss. dell'art. 1 della legge n. 296/2006 è la stipula di un contratto collettivo aziendale o l'adesione a un contratto collettivo territoriale. La concertazione si diffonde poi, alla stregua della lettera *a* del comma 1156 dell'art. 1 della legge n. 296/2006, nel dialogo con il Ministro del lavoro per l'adozione del «cosiddetto programma speciale di interventi»; in ordine alla costituzione della «cabina di regia nazionale di coordinamento», la quale dovrebbe concorrere allo sviluppo dei piani territoriali di cui si dirà tra poco; e all'interno dei già esistenti comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso (Cles) che la disposizione stabilisce che devono essere valorizzati dalla suddetta cabina di regia.

Tuttavia, va rimarcato il ruolo attivo che dovrebbero svolgere le organizzazioni collettive dei datori e, in particolare, dei lavoratori. Invero,

non è sufficiente che questi soggetti si accontentino di partecipare nelle sedi istituzionali, ma v'è la forte necessità di una peculiare azione sul territorio. Insomma, ciascuna di esse dovrebbe agire in modo capillare per intercettare tutti i soggetti potenzialmente interessati dai processi di emersione, per offrire assistenza e sostegno; indicando che l'unica strada percorribile è il recupero della legalità. Il sommerso, per definizione, è un luogo dove non sono presenti i soggetti collettivi e, in particolare, l'organizzazione dei lavoratori: in quanto proprio il suo riconoscimento implica l'istituzionalizzazione delle relazioni di lavoro. Il sommerso quindi è una sorta di *green field*, i cui contorni sono tracciabili con difficoltà. Ma è proprio il soggetto collettivo l'attore che ha le migliori capacità di intraprendere quanto meno un'attività che rende visibile le zone sommerse del mercato del lavoro e pone una preconditione per la loro bonifica. La partita è sempre in corso. È indispensabile, però, una strategia cooperativa tra le parti sociali. Le organizzazioni dei datori dovrebbero a chiare lettere denunciare i comportamenti illegali e rifiutare ogni soluzione accomodante. Quelle dei lavoratori dovrebbero affrontare l'avventura della costruzione di un originale rapporto con la loro base potenziale: rapporto che andrebbe modellato giorno per giorno, grazie al presidio collettivo del territorio; perfezionando strumenti già sperimentati: strutture *ad hoc*, *camper* dei diritti, delegati itineranti e ogni altra forma di presenza sindacale.

L'esperienza insegna che gli interessi dei lavoratori possono essere tutelati effettivamente solo grazie a un'attiva iniziativa sindacale. Per fare ciò, l'organizzazione deve occupare gli spazi vuoti, attirando i lavoratori con l'offerta di soluzioni per i problemi che li riguardano. Insomma, l'organizzazione ufficiale deve provare ad afferrare tutto l'ambito di potenziale influenza. D'altra parte, se «il compito primo del sindacato» è quello di «dar voce alla conflittualità intrinseca del rapporto di lavoro, al perenne rifiuto dell'uomo che lavora di essere considerato come venditore di una merce» (12); allora è proprio il sommerso il terreno in cui svolgere tale missione e stringere un nuovo legame tra sindacato e base. Solo in questo modo si chiederebbe il cerchio e, metaforicamente, i lavoratori sommersi farebbero come i «tipografi di Amsterdam» e direbbero: «il sindacato siamo noi» (13).

(12) G. F. Mancini, *Lo Statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 76.

(13) La metafora è tratta da G. F. Mancini, *Lo Statuto dei lavoratori...*, cit., 75.

In questa prospettiva, potrebbe essere ben utilizzata la notevole concessione di potere normativo alle parti sociali contenuta nel comma 47 dell'art. 1 della legge n. 247/2007, secondo cui «al fine di contrastare il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso per sopperire a esigenze di utilizzo di personale per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo nel settore del turismo e dello spettacolo, i relativi contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative a livello nazionale possono prevedere la stipula di specifici rapporti di lavoro per lo svolgimento delle predette prestazioni durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368».

5. — *Il decreto «milleproroghe»* — Come s'è accennato, la normativa in materia di lavoro non regolare è sottoposta a continue modifiche. Da ultimo, l'art. 7, comma 3, del decreto legge n. 248/2007 afferma che «il Comitato per l'emersione del lavoro non regolare, di cui all'articolo 78 della legge 23 dicembre 1998, n. 448, e successive modificazioni, svolge la sua attività fino al 31 gennaio 2008». E aggiunge che «dopo tale termine le funzioni e le attività del medesimo Comitato, con le relative risorse finanziarie, sono trasferite alla Cabina di regia nazionale di coordinamento di cui all'articolo 1, comma 1156, lettera *a*, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e al decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale in data 11 ottobre 2007, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 286 del 10 dicembre 2007».

Il tutto trae origine dall'appena citata lettera *a* del comma 1156 dell'art. 1 della legge n. 296/2006 laddove si coglie la consapevolezza dell'esigenza della calibratura territoriale delle politiche di contrasto del lavoro sommerso nonché quella del mantenimento della possibilità di un coordinamento nazionale tra le varie pratiche, in modo tale da creare anche la precondizione per una diffusione delle esperienze migliori. Così, il comma 1156, al primo periodo della lettera *a*, stabilisce che «entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, con proprio decreto, sentite la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e le organizzazioni nazionali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro, adotta un programma speciale di interventi e costituisce una cabina di regia nazionale di

coordinamento che concorre allo sviluppo di piani territoriali di emersione e di promozione di occupazione regolare nonché alla valorizzazione dei comitati per l'emersione del sommerso (Cles)».

È così evidente il ruolo fondamentale della concertazione a livello locale, stante che le singole misure vanno costruite a misura delle specificità territoriali. Da un lato, ciò è implicito nell'ampia formula utilizzata dal legislatore che pone l'accento sui «piani territoriali di emersione e di promozione di occupazione regolare». Dall'altro, nel secondo periodo della medesima lettera *a* del comma 1156 dell'art. 1 della legge n. 296/2007, il quale aggiunge che «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, è istituito con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, un apposito Fondo per l'emersione del lavoro irregolare (Feli), destinato al finanziamento, d'intesa con le Regioni e gli enti locali interessati, di servizi di supporto allo sviluppo delle imprese che attivino i processi di emersione di cui ai commi da 1192 a 1201». Le previsioni dei menzionati piani territoriali per l'emersione e del Fondo per l'emersione del lavoro irregolare sono contenute nella piattaforma Cgil-Cisl-Uil del 19 luglio 2006 contro il lavoro nero, e ciò conferma il valore positivo del dialogo tra sindacati e governo.

Non va trascurato di sottolineare come il legislatore della finanziaria per il 2007 abbia costituito il nuovo organo della cabina di regia nazionale e abbia proclamato di valorizzare i già esistenti comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso (Cles), istituiti dal decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito con modificazioni, nella legge 22 novembre 2002, n. 266, che ha novellato la legge n. 383/2001. Tuttavia, lo stesso legislatore aveva dimenticato la presenza di altri organismi con competenza in materia: il già citato Comitato nazionale per l'emersione del lavoro non regolare e le correlative articolazioni delle Commissioni regionali e provinciali, soggetti tutti previsti dall'art. 78 della legge 23 dicembre 1998, n. 448. E, in un'occasione precedente, di fronte al quadro normativo risultante a seguito della legge finanziaria per il 2007, s'è osservato che per segnare una netta discontinuità con la tradizione italica di moltiplicare i soggetti operanti nello stesso ambito e di mantenere in vita enti del tutto spogliati di ogni potere, sarebbe stato auspicabile un intervento chiarificatore volto a eliminare gli organi ritenuti inutili e ad attribuire precise competenze a quelli che dovrebbero giocare un ruolo cardine nella politica di contrasto del lavoro sommerso.

Il decreto del Ministro del lavoro dell'11 ottobre 2007 ha preso atto di tale situazione ibrida e ha immaginato una convivenza tra la nuova Cabina di regia nazionale di coordinamento e il preesistente Comitato nazionale per l'emersione non regolare. Convivenza, a tal punto difficile e insostenibile sul piano funzionale (considerata la confusione di competenze che si sarebbe determinata) che, con l'art. 7, comma 3, del recente decreto legge n. 248/2007, finalmente, si sancisce la soppressione del suddetto Comitato nazionale (il 31 gennaio 2008) e il trasferimento delle relative funzioni e attività alla medesima Cabina di regia. Nulla si dice delle Commissioni regionali e provinciali di cui all'art. 78 della legge n. 448/1998. Probabilmente la loro soppressione è stata esclusa, in quanto si tratta di un aspetto rientrante, in forza dell'attuale riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, nella potestà legislativa concorrente, e pertanto lo Stato non potrebbe interferire con l'autonomia delle Regioni di delineare le proprie strutture di governo del mercato del lavoro. Ciò spiega la ragione per cui il comma 1156, lettera *a*, dell'art. 1 della legge n. 296/2006 quando parla dei comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso (Cles), al momento articolati su base provinciale, non incide sulla loro struttura, ma si limita a sancire che la Cabina di regia li deve «valorizzare».

L'art. 1, comma 2, del decreto dell'11 ottobre 2007 precisa che la Cabina di regia, istituita presso il Ministero del lavoro, «svolge, ai sensi dell'art. 1, comma 1156, lettera *a*, della legge n. 296/2007, funzioni volte allo sviluppo dei piani territoriali di emersione e di promozione di occupazione regolare, alla valorizzazione dei comitati per il lavoro e l'emersione del sommerso (Cles), all'individuazione delle azioni e degli interventi da finanziare attraverso il Fondo per l'emersione del lavoro irregolare e alla realizzazione di campagne nazionali di informazione per la prevenzione del lavoro sommerso e irregolare». L'art. 2 dello stesso decreto definisce la composizione della Cabina di regia; e va apprezzata la presenza di rappresentanti di tutti i soggetti istituzionali e collettivi interessati al fenomeno. In particolare, è significativa la presenza sia delle organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale sia di esponenti «di enti e organismi afferenti al Terzo settore e all'associazionismo di protezione sociale individuati, in ragione della comprovata rilevanza dell'impegno a livello nazionale in attività di lotta e prevenzione dei fenomeni mafiosi e in azioni di solidarietà e di

assistenza nei confronti delle vittime del lavoro forzato e del grave sfruttamento lavorativo». È importante la possibilità, prevista dal comma 2 dell'art. 1 del decreto, che la Cabina di regia abbia la facoltà di invitare a partecipare ai propri lavori tutti i soggetti reputati a essi interessati.

L'art. 3, comma 1, del decreto delinea i compiti del Comitato nazionale per l'emersione del lavoro non regolare di cui all'art. 78 della legge n. 448/1998. Ma, come s'è poc'anzi osservato, dopo il 31 gennaio 2008, alla stregua del comma 2 dell'art. 7 del decreto legge n. 248/2007, tale disposizione va intesa come riferita alla Cabina di regia: la quale pertanto «svolge attività di elaborazione dei piani e delle politiche in materia di emersione del lavoro non regolare tenendo conto della specificità dei settori e dei territori individuati dalla Cabina di regia, ai sensi dell'art. 2, comma 2, nonché dell'attività svolta dalle Commissioni regionali per l'emersione e in coerenza con le politiche regionali in materia». Notevole è anche il dettato dei commi successivi che mira a permettere alla Cabina di regia di «ricostruire un quadro complessivo delle politiche di emersione» attraverso la possibilità di richiedere informazioni e relazioni ai vari enti e di instaurare forme di collaborazione con i più rilevanti apparati preposti al contrasto dei fenomeni criminali.

Al momento, un tassello ancora mancante è quello dell'istituzione del Fondo per l'emersione del lavoro irregolare di cui al comma 1156, lettera *a*, della legge n. 296/2006: il quale appunto dovrebbe finanziare i «servizi di supporto alle imprese che attivino i processi di emersione». Le stesse Regioni hanno molto da fare. Alcune di queste hanno varato leggi in materia, che stanno contribuendo a una maggiore trasparenza del mercato del lavoro locale (14). Ma lo spazio dell'intervento regionale va al di là di quello tradizionale dell'uso di incentivi e sanzioni. Si pensi alle variegate forme di assistenza alle imprese che emergono e alla formazione sia degli imprenditori sia dei lavoratori (15).

(14) Importante è la legge della Regione Puglia, 26 ottobre 2006, n. 28, «disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare», che è stata elaborata con una notevole partecipazione del mondo accademico e sindacale. Cfr. gli scritti in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit.

(15) Cfr. T. Treu, *Conclusioni*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit., pp. 147 ss.; *La legislazione regionale in materia di lavoro*, a cura di L. Zoppoli, Napoli, 2007.

Beninteso, si potrebbe continuare a discutere a lungo su quali debbano essere i migliori modelli di norme e tecniche per l'emersione e il contrasto del lavoro non regolare, ma è giunto il momento di arrestarsi, limitandosi a ribadire la necessità che la politica al riguardo non sia effimera, bensì praticata realmente e tale da effettivamente diffondere la cultura della legalità e della dignità della persona che lavora.

Vito Pinto (*)

**SANZIONI PROMOZIONALI E INDICI DI CONGRUITÀ
NELLE POLITICHE DI CONTRASTO
AL LAVORO IRREGOLARE (**)**

SOMMARIO: 1. Inquadramento del problema e proposta ricostruttiva. 2. Il contrasto al lavoro irregolare nella legge regionale Puglia 26 ottobre 2006, n. 28. 3. *Segue*: gli indici di congruità. 4. *Segue*: i datori di lavoro assoggettati alla verifica di congruità. 5. *Segue*: i procedimenti di verifica della congruità e di giustificazione della non congruità. 6. La disciplina nazionale di cui alla legge 27 dicembre 2006, n. 296, e le successive modificazioni. 7. Implicazioni della ricostruzione proposta. In particolare, le questioni di legittimità costituzionale.

1. — *Inquadramento del problema e proposta ricostruttiva* — Nella relazione al convegno annuale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale del 1978, Edoardo Ghera argomentò l'impossibilità di fronteggiare efficacemente il ricorso al cd. lavoro nero mediante la mera repressione delle violazioni della legislazione del lavoro o della sicurezza sociale ed evidenziò l'opportunità di impiegare allo scopo, oltre alle tradizionali sanzioni, anche dispositivi «sanzionatori appropriati alla natura dei fenomeni che sono all'origine delle irregolarità e, in genere, delle distorsioni della occupazione (emarginazione, sottoccupazione, precariato, dequalificazione, sottosalario) che caratterizzano il mercato del lavoro cd. parallelo» (1). Dispositivi che egli, nella stessa occasione, individuò nelle tecniche di tipo incentivante e promozionale, a suo parere le uniche in grado di garantire il controllo sociale sulle dinamiche occupazionali, di disincentivare la disponibilità dell'offerta irregolare e di incentivare la domanda «istituzionale» di forza-lavoro.

In particolare, Ghera sostenne la sua preferenza adducendo la natura di massa dei comportamenti sui quali il legislatore avrebbe dovuto esercitare la propria influenza (2).

(*) Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Bari.

(**) Il presente contributo, con alcune integrazioni, è destinato agli *Studi in onore di Edoardo Ghera*, di prossima pubblicazione.

(1) Ghera 1979, pp. 371-372.

(2) Per la connessione tra comportamenti di massa e sanzioni premiali, v. Ghera 1979, p. 367; in seguito, Garofalo M. G. 1999, p. 71.

In presenza di comportamenti diffusi e generalizzati, in effetti, le tradizionali sanzioni repressive sono tendenzialmente inefficaci (non riescono, cioè, a garantire l'effettività della regola di condotta che esse assistono al di là del caso concreto) (3) a causa della difficoltà pratica di organizzare controlli adeguati alle dimensioni del fenomeno.

Con più precisione, se il controllo e l'accertamento di eventuali violazioni sono concretamente esercitabili in un numero di casi ristretto rispetto a quelli in cui la regola di condotta deve trovare applicazione, si producono intuitivamente due conseguenze: la prima è che diminuiscono oggettivamente le ipotesi in cui i comportamenti devianti sono repressi; la seconda è che la minore probabilità di incorrere nell'applicazione della sanzione costituisce, per i destinatari della regola di condotta, una convenienza a violarla o a continuare a violarla. Infatti, l'effetto deterrente e disincentivante tipico delle sanzioni negative è determinato, più che dalla loro astratta previsione, dal rischio concreto della loro applicazione.

Tutti questi elementi rendono molto più promettente, dovendo influenzare fenomeni di massa, ricorrere alla tecnica delle cd. sanzioni premiali o positive.

Qui non vi è, come nelle sanzioni repressive, una norma di condotta che prescrive o vieta un determinato comportamento e una sanzione, a essa strumentalmente correlata, diretta a reprimere e punire il comportamento deviante.

Ciò che manca, a ben considerare, è proprio la regola di condotta. Il legislatore, infatti, individua le condotte socialmente desiderabili ma, anziché prescriverle, si limita a incentivarle associandovi una posizione di vantaggio (4). Come è stato notato, ciascun soggetto rimane libero di tenere o non tenere il comportamento incentivato «ma, se esercita la sua libertà nel senso preferito dal legislatore, acquista il diritto alla posizione di vantaggio promessa» (5).

La particolare struttura di queste previsioni, del resto, spiega anche la loro diversa dinamica attuativa: in questo caso, sono coloro che decido-

(3) L'effettività è qui intesa, quindi, come capacità della norma di condotta di conformare a sé i comportamenti reali (della quasi totalità dei destinatari, deve logicamente intendersi; in termini, Garofalo M. G. 1999, p. 72).

(4) In modo speculare, il legislatore può decidere di individuare le condotte nocive ma, anziché vietarle, le può disincentivare attribuendo un premio a chi non le ponga in essere (o ponga in essere comportamenti diversi).

(5) Ancora Garofalo M. G. 1999, p. 72.

no di avvalersi della previsione ad avere interesse a provocare il controllo sulla propria condotta in modo da poter poi beneficiare del relativo premio.

L'intuizione di Ghera, insomma, era estremamente convincente ma, nonostante ciò, occorre prendere atto che la prospettiva di politica del diritto all'epoca delineata non è emersa immediatamente nella nostra legislazione.

A parere di chi scrive, infatti, non costituiscono sanzioni premiali le norme che hanno via via condizionato l'attribuzione di posizioni di vantaggio al possesso da parte del datore di lavoro del documento unico di regolarità contributiva (Durc, d'ora innanzi), ossia del documento che «attesta la regolarità dei versamenti dovuti agli istituti previdenziali e, per i datori di lavoro dell'edilizia, la regolarità dei versamenti dovuti alle casse edili» (6).

La circostanza che, allo stato attuale della legislazione nazionale, il possesso di tale documento condizioni la concessione di tutti i «benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale», la concessione di «benefici e sovvenzioni previsti dalla disciplina comunitaria», la partecipazione alle gare degli appalti pubblici di opere, servizi o forniture e, infine, l'esecuzione di lavori privati di natura edile (7), non deve trarre in inganno.

Come è già emerso, infatti, condizione necessaria e sufficiente affinché una determinata previsione possa essere qualificata come premiale è che il soggetto sia libero di decidere se tenere o meno il comportamento incentivato (o disincentivato).

Nel caso di specie, però, questa condizione non ricorre. Escluso che il legislatore abbia voluto incentivare *sic et simpliciter* il possesso del Durc e preso atto della sua valenza ricognitiva del regolare adempimento de-

(6) Così l'art. 4, comma 1, del d.m. 24 ottobre 2007 che ha dato attuazione all'art. 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Le considerazioni espresse in testo, peraltro, sono riproponibili anche in riferimento all'art. 1, comma 2, lett. s, n. 1, della legge 3 agosto 2007, n. 123, il quale, però, riguarda altro problema. Ai sensi di quest'ultima previsione, infatti, il governo è delegato a novellare la disciplina degli appalti pubblici in modo da garantire anche il «rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica».

(7) Cfr. l'art. 1, comma 1, del d.m. 24 ottobre 2007, il quale così riepiloga quanto disposto dalle leggi che si sono succedute nel tempo in materia. Una ricostruzione puntuale della normativa in discorso, tuttavia, eccede i limiti del presente discorso.

gli obblighi contributivi, infatti, è evidente come le norme in discorso abbiano il fine di aggravare le conseguenze sanzionatorie derivanti dall'inadempimento di obblighi legali già autonomamente sanzionati (8).

In termini teoricamente più corretti, si può affermare che la violazione degli obblighi contributivi è oggi punita con nuove e ulteriori sanzioni afflittive, consistenti nell'impossibilità di beneficiare di incentivi e di sovvenzioni, nell'esclusione dalle gare di appalto e così via. Inoltre, poiché queste «sanzioni» sono comminate non dalle pubbliche amministrazioni dotate di specifici poteri in materia, bensì da soggetti diversi (e perfino privati), è stato necessario individuare un mezzo – il Durc, appunto – mediante il quale pubblicizzare l'esistenza delle irregolarità contributive in discorso (9).

Considerazioni diverse, invece, devono essere svolte in ordine alle discipline nazionali e regionali dirette a incentivare il riallineamento retributivo o la regolarizzazione dei rapporti di lavoro le quali, pure, sono qualificabili come sanzioni premiali (10).

Il fine specifico perseguito da queste misure, infatti, non è mai stato il contrasto al lavoro irregolare *tout court* – di per sé già attuato, in via diretta, con le norme che colpiscono con sanzioni amministrative e talora penali il mancato rispetto delle discipline di tutela del lavoro ovvero, in via indiretta, con quelle norme promozionali dirette a stimolare il ricorso ad assunzioni regolari (si pensi, ad esempio, agli incentivi per le assunzioni a tempo indeterminato nel sud Italia) – quanto, piuttosto, quello più limitato di incentivare i datori di lavoro a sanare situazioni irregolari pregresse. Più precisamente, se si considera che qualsiasi attore opera all'interno di un sistema di convenienze, si può affermare che le misure in discorso non erano dirette

(8) Questa ricostruzione è confermata da un dato positivo. In attuazione dell'art. 1, comma 1176, legge n. 296/2006, infatti, il d.m. 24 ottobre 2007 prevede che la concessione del Durc sia temporaneamente inibita in caso di accertata violazione di una serie di tutele in materia di condizioni di lavoro (v. art. 9 ed elenco allegato al medesimo decreto).

(9) Vedi, comunque, quanto si dirà *infra*, al par. 6, circa il nesso che pare essere stato istituito dalla legge n. 296/2006 tra regolarità contributiva e congruità del datore di lavoro.

(10) A livello nazionale v., nel tempo, l'art. 5, decreto legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito nella legge 28 novembre 1996, n. 608; le procedure di cui alla legge 18 ottobre 2001, n. 383, e, infine, quelle regolate dall'art. 1, commi 1192 ss. della legge n. 296/2006. La letteratura sul tema, peraltro, è ampia. Per un quadro complessivo, oltre che per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. almeno Bellavista 2002 e 2007, 15 ss.

ad alterare il calcolo delle convenienze in modo tale da far emergere un interesse a impiegare regolarmente lavoratori subordinati; esse, al contrario, presupponevano un siffatto interesse e sono state strutturate in modo tale da «evitare che la pregressa irregolarità [costituisse] un incentivo a permanere nella irregolarità» (11). La logica sottesa alle discipline in discorso, insomma, per quanto di tipo incentivante o promozionale, era piuttosto quella tipica delle cd. *sanatorie* e ciò è inequivocabilmente dimostrato dal fatto che, tra le posizioni di vantaggio promesse ai datori di lavoro che avessero agito nel senso auspicato dal legislatore, vi era anche la disapplicazione delle sanzioni afflittive comminate per la violazione delle norme lavoristiche e/o previdenziali (oltre che fiscali) (12).

Il modello regolativo promozionale indicato da Ghera, invece, pare conformare alcune disposizioni di carattere generale contenute nella legge regionale pugliese 26 ottobre 2006, n. 28 e nella legge finanziaria 27 dicembre 2006, n. 296 (13).

Seguendo un'indicazione contenuta nella piattaforma sindacale unitaria *Contro il lavoro nero* del 18 luglio 2006 e al preciso fine di contrastare l'impiego irregolare di lavoratori subordinati, queste due discipline hanno condizionato la concessione di alcune posizioni di vantaggio – diverse, ovviamente, nei due assetti normativi – alla cd. congruità del datore di lavoro, intendendosi per tale la conformità a determinati *standard* di normalità tecnico-produttiva (i cd. indici di congruità).

L'analisi di queste discipline e delle loro implicazioni sarà affrontata a breve. Per il momento, è sufficiente evidenziare la struttura e la

(11) Garofalo M. G. 2007, p. 65.

(12) Incidentalmente, si osservi come – proprio partendo dalla considerazione che le misure in discorso fossero orientate al contrasto al lavoro irregolare *tout court* – sia stata spesso evidenziata la scarsa efficacia delle stesse (v., per tutti, Treu 2001, p. 53 e il saggio di Bellavista in q. *Riv.*). Giudizio che, tuttavia, dovrà essere modificato se si condivide la ricostruzione proposta in testo e si ammette che il fine specifico di queste agevolazioni era più limitato.

(13) L'affermazione, però, merita un approfondimento. In primo luogo, infatti, occorre considerare l'antecedente legislativo – per quanto settoriale – rappresentato dalle discipline regionali umbre di cui si dirà *infra*, par. 6. In secondo luogo, è opportuno ricordare come il modello di intervento pubblico in discorso – senza sostanziali variazioni – è stato ripreso anche dalla legge Regione Lazio 18 settembre 2007, n. 16 (cfr. in particolare, gli artt. 4, 7 e 9); e in alcune proposte di legge regionale ancora in discussione (v. il p.d.l. Regione Lombardia n. 204 del 29 novembre 2006 a firma dei consiglieri Muhlbauer, Squassina O. e altri; e il p.d.l. Regione Calabria n. 219 del 12 settembre 2007 presentato dalla Giunta Regionale).

funzione di queste previsioni la quale, come si è detto, è quella tipica delle sanzioni premiali.

Premesso che, almeno a una prima approssimazione, si può affermare che gli indici di congruità esprimano «il rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie» per produrla (14), è evidente come i datori di lavoro siano certamente liberi di adattare la propria organizzazione produttiva a questi parametri quantitativi e come l'unica conseguenza derivante da questa loro scelta sia la possibilità o meno di accedere ai benefici e incentivi finanziati con risorse pubbliche (e anche, nel caso della legge regionale pugliese, di partecipare o meno alle gare di appalto bandite dall'amministrazione regionale e dagli enti controllati). In concreto, una volta calcolato l'indice, il datore di lavoro che si discosti in modo significativo da questo *standard* induce il legislatore a «sospettare» che abbia occupato lavoratori in nero e tale valutazione è sufficiente affinché la sanzione premiale non operi.

Rispetto alle sanzioni premiali finora note, quindi, queste sono contraddistinte da una particolarità. Dovendo individuare un incentivo idoneo a modificare in misura percettibile il sistema di convenienze degli operatori economici, il legislatore regionale e quello nazionale hanno preferito promuovere la congruità utilizzando benefici e incentivi già previsti dalla legge ad altro scopo, anziché attribuendo – come accadeva di solito – un nuovo e specifico vantaggio.

Per effetto delle discipline in commento, insomma, ciascuna delle misure premiali rientranti nel campo di applicazione delle stesse diventa «multiscopo» incentivando, contemporaneamente, non solo il comportamento in vista del quale era stata originariamente prevista ma anche, appunto, la congruità della manodopera occupata rispetto agli *standard* del settore produttivo.

Inoltre, considerata la struttura delle previsioni in discorso, le quali nelle ipotesi di congruità eliminano lo svantaggio di non poter godere di alcuni benefici o di non poter concorrere all'aggiudicazione dell'appalto, è possibile qualificarle ulteriormente come sanzioni premiali di tipo *privativo*.

Già questa prima ricostruzione della materia consente di evitare il condizionamento concettuale derivante dall'accostamento intuitivo

(14) Così, testualmente, l'art. 1, comma 1174, della legge n. 296/2006 (al quale espressamente rinvia l'art. 9 della legge Regione Lazio n. 16/2007); ma cfr. anche l'art. 2, comma 3, della legge Regione Puglia n. 28/2006.

degli indici di congruità agli studi di settore di cui all'articolo 62-*bis* del d.l. 30 agosto 1993, n. 331 (convertito, con modificazioni, in legge 29 ottobre 1993, n. 427) (15); condizionamento che, tra l'altro, rischia di viziare l'inquadramento giuridico di alcune importanti questioni.

Orbene, l'accostamento in discorso può essere accolto se, con esso, si vuole segnalare il (poco frequente) ricorso del legislatore alla matematica e alla statistica (16).

I due strumenti, però, hanno natura giuridica distinta. Gli studi di settore, infatti, sono strumenti per l'accertamento induttivo dei presupposti di applicazione delle norme tributarie (17), mentre gli indici di congruità assolvono all'unica funzione di introdurre elementi quantitativi di natura statistica nell'ambito di previsioni legislative variamente orientate. Così, a titolo esemplificativo e per restare alla legge regionale pugliese in materia di contrasto al lavoro nero, gli indicatori di congruità integrano i precetti normativi sia della sanzione positiva privativa, sia della particolare sanzione premiale diretta a incentivare la regolarizzazione dei rapporti di lavoro (18).

Se si considera che gli indicatori di congruità non possiedono alcuna valenza di controllo e di accertamento di tipo induttivo della manodo-

(15) In termini, Bellavista 2007, p. 40.

(16) Il tema meriterebbe un approfondimento specifico. L'enorme massa di informazioni contenute nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni, infatti, rende possibili elaborazioni statistiche inedite e feconde che proprio le Regioni – specie meridionali – stanno provando a utilizzare per orientare le proprie politiche (economiche, industriali, del lavoro). Si pensi, ad esempio, al sistema di indicatori dell'Alta Qualità del Lavoro di cui alla proposta di legge regionale Campania n. 208 del 16 ottobre 2006 (sulla quale v., almeno, Zoppoli 2007, pp. 16 ss.; Esposito 2007, p. 124, e Realfonzo 2007, pp. 59 ss.).

(17) In campo previdenziale, un modello di accertamento induttivo e presuntivo della mano d'opera impiegata funzionalmente analogo agli studi di settore era già stato introdotto, per le aziende agricole, dal Regio decreto 24 settembre 1940, n. 1949. Il sistema era basato, in particolare, sulla misura dei valori medi di impiego di mano d'opera per singola coltura e per ciascun capo di bestiame (cd. tabelle ettaro-coltura) e fu dichiarato incostituzionale, per eccesso di delega, da Corte Cost. 25 giugno 1962, n. 65 (v. Lagala 1987, p. 123).

(18) Cfr. rispettivamente, gli artt. 2 e 5 della legge Regione Puglia n. 28/2006. In particolare, ai sensi di quest'ultima norma (comma 2), le incentivazioni all'emersione «possono essere riconosciute alle imprese che [...], dimostrino che il rapporto tra la quantità e qualità dei beni o servizi offerti e la quantità delle ore lavorate sia divenuto congruo ai sensi dell'indice di cui all'articolo 2, comma 3, e abbiano migliorato di almeno il 25 per cento il rapporto registrato nell'anno precedente».

pera impiegata nei processi produttivi, è altresì possibile spiegare perché rispetto a essi non si ponga la questione, molto dibattuta invece con riferimento agli studi di settore, dell'efficacia probatoria (19). Allo stato attuale ciò significa, per un verso, che nel silenzio del legislatore nazionale la non congruità del datore di lavoro non può costituire – ai sensi dell'articolo 2727 cod. civ. – una presunzione legale circa l'evasione contributiva; e, per altro, che essa non può costituire (né in alcun modo integrare) una presunzione semplice ai sensi dell'articolo 2729, comma 1, cod. civ.

Sgombrato il campo da possibili equivoci, quindi, diventa possibile analizzare le discipline legislative innanzi richiamate ed evidenziare alcune loro implicazioni, pur con l'avvertenza che – al momento – esse non sono ancora concretamente applicate essendo ancora *in itinere* i percorsi di definizione concreta degli indicatori.

2. — *Il contrasto al lavoro irregolare nella legge regionale Puglia 26 ottobre 2006, n. 28* — Con la legge regionale 26 ottobre 2006, n. 28, la Regione Puglia ha posto in essere un'articolata manovra di contrasto al lavoro irregolare strutturata intorno a tre assi di intervento – o, se si preferisce, a tre tipi di misure – tra loro combinate. Accanto al potenziamento e al miglioramento qualitativo dell'attività ispettiva e di controllo, infatti, il legislatore regionale ha previsto un'azione di sostegno all'emersione del lavoro irregolare nonché, appunto, un intervento di politica – e di *polizia* – economica diretto a penalizzare e a rendere sempre più marginali «sul mercato» quelle imprese che è ragionevole presumere fondino la propria competitività sulla riduzione illecita dei costi diretti e indiretti connessi all'impiego di lavoratori subordinati (intervento del quale è parte integrante la sanzione premiale di cui si dirà) (20).

È appena il caso di evidenziare la novità di questo intervento rispetto al catalogo di azioni precedentemente messe in campo dalle Regioni nel contrasto al lavoro irregolare (ristretto, per lo più, a in-

Se si condivide quanto affermato in testo, si può certamente sostenere – come è stato fatto (Scarpelli 2006, p. 777) – che gli indici costituiscono una nuova tecnica regolativa funzionale a garantire l'effettività delle tutele lavoristiche e previdenziali; ma, appunto, ciò andrà inteso in senso lato.

(19) Per gli studi di settore, vedi, da ultimo, Versiglioni 2007, spec. pp. 149 ss.

(20) Il verbo «presumere» usato in testo, per quanto anticipato nel paragrafo precedente, non deve essere inteso nel significato tecnico-giuridico di cui agli artt. 2727 ss. del codice civile.

terventi di valenza culturale, di sostegno diretto e indiretto all'emersione, di collaborazione interistituzionale) (21).

L'azione di penalizzazione e marginalizzazione degli operatori economici si articola, in concreto, in due distinti dispositivi, il primo dei quali riprende e sviluppa una scelta di politica del diritto – e la connessa tecnica di intervento – ben nota ai giuslavoristi in quanto già compiuta dallo Statuto dei lavoratori e che qui conviene riprendere sinteticamente (22).

La legge regionale, infatti, impone l'inserimento di una clausola cd. sociale:

(a) nei capitolati di appalto di opere o di servizi della Regione Puglia, delle Aziende sanitarie e degli Enti partecipati dalla Regione stessa (d'ora innanzi, più semplicemente, «appalti di interesse regionale»);

(b) nei bandi regionali finalizzati all'erogazione da parte della Regione Puglia di risorse finanziarie rinvenienti da fondi comunitari, nazionali e regionali in favore di datori di lavoro (siano essi imprenditori o meno);

(c) e, infine, nei provvedimenti di concessione di benefici accordati a qualsiasi titolo, e anche in via indiretta, dalla Regione Puglia a favore di datori di lavoro (ancora una volta a prescindere dalla loro qualificazione imprenditoriale) (23).

Oggetto della clausola, poi, è l'obbligo di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti – o, nel caso di cooperative, dei soci lavoratori (a prescindere dalla qualificazione giuridica del loro rapporto di lavoro) – i contratti collettivi nazionali e territoriali del settore di appartenenza del datore di lavoro che siano stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Incidentalmente, si osservi come in ragione di siffatte clausole sociali il datore di lavoro dovrà applicare direttamente e integralmente il contratto collettivo nazionale di categoria e, se del caso, anche quello territoriale, non potendosi limitare, come previsto da altre normative, a ri-

(21) Per un'analisi delle politiche regionali in materia di contrasto al lavoro sommerso, v. Esposito e Gargiulo 2007, pp. 82 ss.; nonché Di Carluccio 2007, pp. 25 ss. Un'approfondita analisi delle iniziative dirette a fronteggiare i fenomeni di lavoro irregolare in Campania, invece, è in Rusciano ed Esposito (a cura di), 2006.

(22) Il riferimento è all'art. 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300. Più in generale, sulle clausole cd. sociali, v. Ghera 2001, spec. pp. 135 ss.

(23) Così l'art. 1, comma 2, legge Regione Puglia.

conoscere ai propri dipendenti un trattamento economico minimo non inferiore a quello previsto dai medesimi contratti. Inoltre, è interessante notare come la legge regionale compia una scelta precisa anche in ordine ai contratti collettivi applicabili, selezionando quelli che siano stati sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (24).

Il secondo dispositivo nel quale si articola l'azione in discorso è costituito dall'individuazione della «congruità» del datore di lavoro quale requisito – ulteriore rispetto a quelle già previste dalle norme speciali – «per l'accesso a qualunque beneficio economico e normativo, per la partecipazione a bandi e/o gare d'appalto, per il godimento di erogazioni da parte della Regione Puglia, a qualunque titolo, anche in forma indiretta, di fondi comunitari, nazionali e regionali» (25).

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

Indirizzando i flussi di denaro pubblico verso i datori di lavoro «congrui», appunto, la Regione tende a penalizzare e marginalizzare i datori di lavoro che – presumibilmente – si sono assicurati margini di competitività mediante la violazione delle norme lavoristiche o previdenziali; e la portata economica dell'intervento dovrebbe essere tale da stimolare un'evoluzione degli attuali modelli di specializzazione

(24) Per un'analisi testuale della legge regionale pugliese sia consentito il rinvio a Pinto 2008.

(25) Vedi l'art. 1, comma 8, primo periodo, legge Regione Puglia n. 28/2006; cfr. anche l'art. 4, legge Regione Lazio n. 16/2007. Per quanto attiene agli appalti di interesse regionale, tuttavia, quest'ultima legge regionale – a differenza di quella pugliese, che nega la partecipazione alle gare di appalto ai datori di lavoro non congrui – obbliga le stazioni appaltanti a inserire «nel contratto [...] clausole che vincolano il datore di lavoro» appaltatore o subappaltatore, tra l'altro, al «rispetto degli indici di congruità di cui all'articolo 1, commi 1173 e 1174, della legge n. 296/2006, ove individuati dallo Stato» (art. 11, comma 1, lett. *e* e *g*).

produttiva (attualmente basati per lo più sul contenimento dei costi di produzione) (26).

In questo assetto, gli indicatori di congruità sono lo strumento che permette di istituire una connessione inedita tra le politiche di contrasto al lavoro irregolare e le politiche industriali (27).

3. — Segue: *gli indici di congruità* — A questo punto del discorso, tuttavia, è opportuno riprendere la definizione legislativa degli indici e chiarire ulteriormente la nozione di congruità.

Come anticipato, infatti, gli indici di congruità esprimono 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 necessarie per produrli. Interpretando questa definizione in combinato disposto con la norma che stabilisce la documentazione che i datori di lavoro devono consegnare al fine di dimostrare la propria congruità (28), è possibile concludere che l'indice di congruità definisce, per ciascun settore produttivo e all'interno di esso per ciascuna classe dimensionale, il rapporto esistente tra il volume d'affari dichiarato dal datore di lavoro ai fini dell'Iva e le ore lavorate (indice di congruità cd. *di riferimento*). Tale rapporto/valore, in concreto, è poi derivato statisticamente dall'analisi dei valori medi del fatturato e delle ore lavorate registrati in un determinato settore produttivo per gruppi omogenei di operatori economici definiti in base alle loro dimensioni (29).

(26) Cfr. anche Barbieri 2007, rispettivamente pp. 159 e 161, lì dove afferma che l'intervento legislativo regionale persegue l'obiettivo politico di «ripristinare la funzione selettiva del mercato come elemento di allocazione efficiente dei fattori di produzione» e quando evidenzia «la resistenza di un assetto economico che si è assestato e che fonda la sua precaria competitività – cioè la redditività di un numero non ristretto di imprese – sulla compressione dei diritti delle persone che lavorano».

(27) In termini, Realfonzo 2007, p. 61.

(28) L'art. 2, comma 4, legge Regione Puglia, infatti, obbliga i datori di lavoro che intendano accedere a qualunque beneficio (anche solo di natura normativa), che intendano partecipare a bandi e/o gare di appalto oppure che intendano beneficiare di erogazioni da parte della Regione Puglia a fornire «copia della dichiarazione annuale Iva e dei libri paga contenenti le indicazioni di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 (cd. Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali)».

(29) Sulle diverse questioni teoriche emerse nella fase di studio ed elaborazione degli indici di congruità e sulle scelte che sono state compiute v. Amenta 2007, 107 pp. ss.; Angiola 2007, pp. 97 ss.; Forges Davanzati 2007, pp. 90 ss.

Nel sistema che si sta delineando in Puglia, pertanto, il datore di lavoro è «congruo» se l'indice cd. *puntuale* della propria organizzazione produttiva, vale a dire il rapporto su base annuale tra il fatturato che ha realizzato e le ore di lavoro che ha impiegato nel processo produttivo, è uguale all'indice di riferimento o, comunque, compreso tra questo e il minimo ammissibile (30).

Quanto a quest'ultimo intervallo (o meglio, come si esprime la legge regionale, quanto agli scostamenti dall'indice di riferimento da considerare «normali»), la proposta formulata dalla Regione Puglia alle parti sociali è stata nel senso che essi debbano essere determinati all'esito di una specifica negoziazione tra la stessa Regione e le medesime parti sociali da sviluppare tenendo conto anche del dato statistico (31).

Già da queste prime annotazioni, comunque, dovrebbe emergere chiaramente come ai fini della costruzione di indici affidabili – e, indirettamente, della buona riuscita dell'intervento regionale – assumano rilievo essenziale le soluzioni offerte in ordine sia all'individuazione dei settori produttivi, sia alla classificazione dei datori di lavoro in ragione del dato dimensionale.

Quanto alla prima questione, la legge regionale offre soltanto un'indicazione indiretta e, peraltro, non esaustiva.

Nel fissare il termine entro il quale Regione e parti sociali avrebbero dovuto procedere all'individuazione concertata degli indici di congruità, infatti, la legge stabilisce non solo che le organizzazioni datoriali e sindacali coinvolte debbano essere quelle «maggiormente rappresentative sul piano regionale», ma anche che la rappresentatività delle stesse debba essere verificata rispetto ai settori – questo è il punto che più interessa – «di cui all'articolo 2, commi 2 e 4, lettere *a*, *b*, *c* e *d*, della legge 30 dicembre 1986, n. 936» (ossia della legge che ha disciplinato la composizione del Cnel).

Il primo dei due commi citati, in particolare, impone che la rappresentanza dei lavoratori dipendenti all'interno del Consiglio sia articola-

(30) In tal senso è da interpretare l'art. 2, comma 3, legge Regione Puglia.

(31) La proposta alle parti sociali è contenuta nel *Documento tecnico per la costruzione degli indici di congruità*, presentato alle parti sociali in data 18 giugno 2007 (pubblicato in appendice a Pinto V. (a cura di) 2007, pp. 195 ss.). Orbene, come chiarito in questo Documento, «la negoziazione politica sugli scostamenti ammissibili dovrebbe tener conto del fatto che quanto più ci si allontana dallo scostamento statisticamente determinato sulla base degli intervalli di confidenza, tanto meno rappresentativa e affidabile è l'attribuzione dello status di congruità/incongruità» (p. 239).

ta in modo da essere rappresentativa dei lavoratori occupati nell'agricoltura e nella pesca, nell'industria, nel commercio, nell'artigianato nonché nei servizi (e, nell'ambito di questi, nei settori del trasporto, del credito e delle assicurazioni); il secondo, invece, detta una disciplina sostanzialmente analoga sebbene con riferimento, questa volta, alla rappresentanza delle imprese. L'unica differenza tra le due previsioni, infatti, riguarda il settore artigiano la cui rappresentanza in seno al Cnel fa parte della rappresentanza dei lavoratori autonomi e non, appunto, di quella delle imprese.

Orbene, prevedere una concertazione in materia di indici di congruità con le parti sociali che siano rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori di alcuni specifici settori di attività può avere senso solo se si ammette un'articolazione degli indici di riferimento che sia *come minimo* simmetrica rispetto a quella della rappresentanza. Insomma, il rinvio alle norme sulla composizione delle rappresentanze interne al Cnel permette di concludere ragionevolmente che gli indici di riferimento debbano riguardare – quanto meno e salva la possibilità di un'articolazione più analitica – i settori dell'agricoltura, della pesca, dell'industria, del commercio (da intendersi come comprensivo del turismo), dell'artigianato, del trasporto, del credito, delle assicurazioni e degli altri servizi.

Tuttavia, come anticipato, questa indicazione è solo apparentemente risolutiva del problema.

Infatti, l'affidabilità e la credibilità degli indicatori in questione dipende anche dai criteri impiegati per individuare e definire ciascuno dei settori da considerare (e, conseguentemente, dei criteri da impiegare per classificare ogni datore di lavoro nell'uno o nell'altro di essi).

La legge regionale, su questo punto specifico, non fornisce alcuna direttiva interpretativa ed è appena il caso di rilevare come l'appartenenza di un datore di lavoro all'uno o all'altro settore economico-produttivo non possa essere stabilita – limitatamente alla materia in discorso, beninteso – in base al criterio del contratto collettivo nazionale dallo stesso applicato. Se così fosse, infatti, ciascun datore di lavoro avrebbe a disposizione un facile *escamotage* elusivo potendo scegliere in quale settore rientrare e, indirettamente, a quale indice di congruità settoriale fare riferimento.

La struttura e la funzione dell'intervento regionale, insomma, impone di adottare criteri oggettivi di classificazione dei datori di lavoro.

La soluzione proposta dal gruppo tecnico-scientifico incaricato dalla Regione Puglia di costruire gli indici di congruità è stata quella

di ricorrere alla classificazione delle attività economiche cd. Ateco 2002, vale a dire la versione nazionale della nomenclatura definita a fini statistici in ambito europeo (32). Si tratta di una classificazione con struttura «ad albero» in cui le attività economiche sono suddivise in sezioni, divisioni, gruppi, classi, categorie (e dal 2008 anche in sotto-categorie) e che, nel massimo dettaglio, supera gli ottocento raggruppamenti.

Una soluzione ragionevole e conveniente, soprattutto perché la classificazione Ateco è alla base degli elaborati statistici da utilizzare per il calcolo degli indici di riferimento, e che, tuttavia, non vincola Regione e parti sociali in sede di concertazione.

Questioni di minore complessità, invece, sorgono in relazione ai criteri da impiegare per suddividere gli indici di riferimento in relazione alle dimensioni dell'impresa e ciò perché esistono in proposito specifiche indicazioni normative.

È direttamente la legge regionale, infatti, che si è fatta carico di individuare le classi dimensionali degli operatori economici rinviando espressamente all'articolo 2 del decreto del Ministro delle attività produttive del 18 aprile 2005, n. 19470, in materia di «adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese» (33). Più precisamente, il decreto ministeriale classifica le imprese in:

1) micro-imprese, intendendosi per tali quelle che (a) occupano meno di 10 lavoratori e (b) hanno un fatturato annuo oppure, alternativamente, un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro;

2) piccole imprese, intendendosi per tali le organizzazioni produttive che (a) hanno almeno dieci addetti e comunque meno di 50 occupati; e che, inoltre, (b) hanno un fatturato annuo oppure, alternativamente, un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro;

3) medie imprese, intendendosi per tali quelle che (a) occupano da un minimo di 50 dipendenti a un massimo di 250 dipendenti; e che, inoltre, (b) hanno un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro oppure, alternativamente, un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro.

(32) Classificazione approvata con Regolamento della Commissione n. 29/2002. Il sistema di classificazione in discorso, peraltro, dal 1° gennaio 2008 è stato sostituito da quello denominato Ateco 2007 (versione nazionale della nomenclatura europea approvata con Regolamento Ce n. 1893 del 20 dicembre 2006 del PE e del Consiglio).

(33) Vedi l'art. 2, comma 3, legge Regione Puglia n. 28/2006.

È appena il caso di notare, peraltro, come in tutti i tre casi appena ricordati l'uso della congiunzione «e» comporta che il requisito occupazionale e quelli aziendalistici (fatturato o, in alternativa, totale di bilancio) siano tra loro cumulativi, nel senso che devono sussistere entrambi affinché l'impresa sia qualificabile come micro-impresa. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui uno dei due non sussista, il datore di lavoro dovrà essere classificato nella categoria dimensionale superiore.

Fin qui il decreto ministeriale. Va da sé, però, che se si considera l'ambito di applicazione della disciplina regionale occorre fare due precisazioni.

La prima è che il rinvio operato dalla legge regionale al decreto ministeriale deve essere interpretato – dato il diverso campo di applicazione delle due discipline – in modo da ricavare, *a contrariis*, una quarta classe nella quale includere le grandi imprese, ossia quelle che (a), pur occupando fino a 250 dipendenti, hanno un fatturato annuo superiore a 50 milioni di euro e un totale di bilancio annuo superiore a 43 milioni di euro; nonché (b) le imprese che occupano più di 250 addetti.

La seconda precisazione è che il suddetto rinvio non costituisce un dato sufficiente per ridurre il campo di applicazione della legge regionale e, in particolare, per sostenere l'esclusione dallo stesso dei datori di lavoro non imprenditori. È vero, infatti, che il decreto ministeriale classifica soltanto le imprese, ma la legge regionale offre diversi elementi testuali per sostenere l'applicazione generalizzata delle norme in questione (34). In definitiva, non si può dubitare che tutti i datori di lavoro, e anche quelli privi di qualificazione imprenditoriale (si pensi ai titolari di studi professionali), dovranno essere classificati con i criteri dimensionali stabiliti per le imprese.

Restano da affrontare due ultime questioni relative, rispettivamente, all'interpretazione del termine «occupati» impiegato dal decreto ministeriale e alle modalità di calcolo degli stessi al fine di stabilire la classe dimensionale di appartenenza di ciascun singolo datore di lavoro.

Quanto alla prima questione, si può sostenere innanzi tutto che, considerato il fine specifico perseguito dalla legge regionale, per «numero di occupati» debba intendersi non tanto il numero di contratti di lavoro subordinato validi ed efficaci, quanto piuttosto il «numero delle unità lavorative a tempo pieno» occupate in un determinato periodo.

(34) Cfr. l'art. 2, commi 3 e 4; ma anche l'art. 1, comma 8, legge Regione Puglia n. 28/2006.

Inoltre, l'impiego del termine «occupati» lascia chiaramente intendere che nel calcolo delle unità lavorative si debba tenere conto soltanto dell'attività prestata dai dipendenti del datore di lavoro e non anche, eventualmente, da lavoratori somministrati (perché assunti da altro datore di lavoro) o da collaboratori coordinati e continuativi (perché lavoratori autonomi).

Sulla base di questa acquisizione, è possibile risolvere anche la seconda questione. Infatti, nel calcolo delle unità lavorative occorrerà calcolare *pro-quota* i rapporti di lavoro a orario ridotto (siano essi *part-time* o con prestazione intermittente); i rapporti – a termine o a tempo indeterminato – instaurati o cessati in corso d'anno ovvero sospesi per qualsiasi causa.

In occasione della verifica di congruità, insomma, sarà sempre necessario calcolare il monte ore di lavoro subordinato impiegato nello specifico processo produttivo. Tale monte ore, poi, dovrà essere rapportato all'orario di lavoro normale al fine di calcolare le unità lavorative occupate (e a quello, indiretto, di individuare l'indice di congruità di riferimento per il caso concreto); e al fatturato realizzato al fine di calcolare l'indice puntuale di congruità.

Ovviamente, tutti i calcoli suddetti dovranno essere riferiti all'anno di calendario al quale si riferisce la dichiarazione annuale Iva. In caso contrario, infatti, la verifica di congruità risulterebbe irrimediabilmente viziata.

4. — Segue: *I datori di lavoro assoggettati alla verifica di congruità* — Stando alla legge regionale, sono tenuti a dimostrare la propria congruità tutti i «datori di lavoro a partire dal terzo anno di attività, a condizione che non vi sia una sostanziale coincidenza degli assetti proprietari, o dei legali rappresentanti, con un'impresa già esistente, o una situazione di controllo da parte di un'impresa già esistente» (35).

La verifica di congruità, invece, non è necessaria nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia iniziato l'attività economica da un biennio e ciò per la ragione pratica che il calcolo dell'indice puntuale di attività è o impossibile (nel primo anno di attività) o poco affidabile in ragione del precario e insufficiente consolidamento e assestamento dell'iniziativa.

Se anche in questo caso la concessione di benefici economici o la partecipazione a gare di appalto fossero state condizionate alla congruità del datore di lavoro, in altri termini, si sarebbe corso il rischio di un'ingiui-

(35) Cfr. l'art. 1, comma 8, secondo periodo, legge Regione Puglia.

stificata e pericolosa marginalizzazione delle nuove imprese e, per di più, proprio nel momento del loro avvio (36).

Quella in discorso, peraltro, è l'unica eccezione alla regola generale della previa verifica di congruità considerato che, in riferimento alla partecipazione alle gare di appalto, è escluso che il datore di lavoro – singolo, consorziato o raggruppato – possa soddisfare l'onere di congruità avvalendosi della congruità di un altro soggetto (possibilità di avvalimento che, invece, è riconosciuta dall'articolo 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in relazione agli altri requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo) (37).

L'eccezione, però, ha a sua volta un'eccezione posto che devono essere assoggettati alla verifica di congruità anche gli agenti economici nel primo biennio di attività se presentino «assetti proprietari» o «legali rappresentanti» sostanzialmente coincidenti con una società già operante; ovvero siano assoggettati al controllo di una società già attiva: ossia, tutti gli operatori che siano parte di un gruppo societario.

Per il legislatore regionale, in altri termini, l'esistenza delle relazioni intersocietarie tassativamente elencate costituisce una sorta di presunzione assoluta di «non genuinità» della nuova iniziativa imprenditoriale e l'appartenenza a un gruppo societario, in sé e per sé considerata, il sintomo di un intento elusivo (38).

Sennonché, se si parte dal presupposto, ormai incontestabile allo stato attuale della nostra legislazione nazionale, che l'assoggettamento di una società al potere di direzione e coordinamento di un'altra è fenomeno perfettamente legittimo (sebbene fonte di specifiche responsabilità), si potrà anche convenire che una soluzione equa ed equilibrata al problema in discorso avrebbe richiesto una più precisa identificazione delle fattispecie che il legislatore considera potenzialmente fraudolente e, quindi, valuta negativamente.

In particolare, se il problema reale è quello di impedire che chi esercita un'attività economica possa imputarla a società sempre diverse e di

(36) In questo senso è condivisibile l'osservazione di Garofalo M. G. 2007, p. 68, il quale spiega l'eccezione con la scelta legislativa di «favorire la nascita di nuove imprese [...] che sarebbe penalizzata dall'onere di dover rispettare immediatamente l'onere di congruità».

(37) Art. 1, comma 8, ultimo periodo, legge Regione Puglia.

(38) Il legislatore regionale, peraltro, mentre dimostra un'eccessiva diffidenza verso i gruppi societari, trascura pericolosamente che il medesimo scopo fraudolento può essere realizzato anche tramite operazioni societarie diverse quali la fusione, la scissione o la trasformazione di società.

nuova costituzione al fine di evitare il controllo di congruità, sarebbe stato preferibile che il legislatore regionale avesse assoggettato alla verifica di congruità quelle società che, oltre ad appartenere a un gruppo, svolgano altresì la stessa attività economica della capogruppo o un'attività economica analoga (39). Così com'è strutturato, invece, il mezzo sembra eccedere lo scopo, considerato che devono essere assoggettate alla verifica di congruità anche le società di nuova costituzione che abbiano un oggetto sociale completamente diverso da quello della società capogruppo o, perfino, da quello perseguito da tutte le altre società raggruppate.

Sul piano della tecnica normativa, infine, lascia perplessi la scelta di attribuire rilievo giuridico alle tre situazioni strumentali mediante le quali è possibile realizzare la direzione e/o il coordinamento strategico e operativo tra più società anziché direttamente a questi ultimi (secondo il modello introdotto nel 2003 dalla riforma del diritto societario). Come tutte le elencazioni casistiche, infatti, anche quella in discorso sconta il rischio dell'incompletezza e non esclude la possibilità che gli agenti economici conseguano quel medesimo risultato finale mediante mezzi diversi, così frustrando le opzioni legislative.

Tutto ciò, beninteso, a prescindere dalle questioni strettamente esegetiche poste dalle descrizioni legislative delle relazioni intersocietarie in discorso, delle quali sia consentito in questa sede non dare conto.

5. — Segue: *i procedimenti di verifica della congruità e di giustificazione della non congruità* — La verifica della congruità del datore di lavoro, stando alle disposizioni regionali, ha luogo all'atto della domanda di attribuzione di benefici o della partecipazione a gare di appalto o della richiesta di erogazione di fondi e il datore di lavoro deve restare congruo sino all'avvenuta conclusione del rapporto o all'avvenuta rendicontazione delle somme erogate (40).

Il procedimento di verifica ha inizio, in concreto, quando il datore di lavoro consegna all'amministrazione regionale copia della dichiarazione annuale Iva e copia del libro paga sul quale sono annotati, com'è noto, le generalità e il numero di matricola dei lavoratori nonché «il numero

(39) Come previsto, non a caso, dal decreto del Ministro dello sviluppo economico del 18 aprile 2005 in materia di incentivi alle imprese attribuibili ai sensi della legge n. 488 del 1992, il quale considera analoghe le attività economiche comprese nella stessa divisione della classificazione delle attività economiche compiuta dall'Istat.

(40) Art. 2, comma 4, legge Regione Puglia.

delle ore in cui ha lavorato in ciascun giorno, con indicazione distinta delle ore di lavoro straordinario» (41).

L'Assessorato al lavoro della Regione Puglia, poi, procede al calcolo dell'indice puntuale del datore di lavoro e al confronto di questo con l'indice settoriale di riferimento. Qualora il datore di lavoro risulti incongruo (perché l'indice puntuale è diverso da quello di riferimento e perché, inoltre, la differenza tra i due è superiore allo scostamento «normale»), lo stesso Assessorato segnala all'interessato l'esito della verifica (42) e questi, nel termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricevimento della segnalazione stessa, può «fornire documentazione idonea, illustrando le ragioni di fatto e di diritto per le quali la difformità dagli indici di congruità sia da ritenere inesistente o giustificabile» (43).

Si instaura, in questo modo, una nuova valutazione da parte dell'amministrazione regionale che deve essere conclusa con un provvedimento motivato nei successivi sessanta giorni (44).

Nel caso di mancato accoglimento delle giustificazioni, l'amministrazione regionale – secondo i casi – esclude il datore di lavoro dalla gara di appalto, gli nega la concessione dei benefici economici oppure provvede, secondo il principio di proporzionalità, alla riduzione o alla revoca nonché al conseguente recupero, parziale o totale, delle agevolazioni e delle erogazioni già concesse (45).

La previsione di un procedimento di «giustificazione» è quanto mai opportuno considerato che l'indice puntuale di congruità, imputando la produzione al solo fattore lavoro, è piuttosto sintetico.

In altri termini, il procedimento di giustificazione costituisce l'ambito all'interno del quale il datore di lavoro può far valere l'incidenza sul rapporto di congruità di una serie di fattori, tutti peraltro direttamente o indirettamente riconducibili agli andamenti di mercato oppure al rendimento dell'organizzazione produttiva.

(41) Così l'art. 20, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 (Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali) al quale l'art. 2, comma 4, legge Regione Puglia rinvia espressamente.

(42) Così l'art. 2, comma 5, legge Regione Puglia.

(43) V. l'art. 2, comma 6, legge Regione Puglia.

(44) Così, ancora, l'art. 2, comma 6, legge Regione Puglia, il quale stabilisce altresì che – qualora il termine di cui al testo scada senza che l'amministrazione regionale abbia deciso – le giustificazioni del datore di lavoro s'intendono accolte.

(45) Art. 2, comma 6, penultimo periodo, legge Regione Puglia.

Così, ad esempio, poiché il volume d'affari esplicita quanto realizzato mediante vendita dei beni prodotti, il rapporto tra questo e le ore lavorate può risentire della vendita, in un determinato anno e in presenza di una fase favorevole di mercato, di rimanenze prodotte l'anno precedente e stoccate in magazzino. Ancora, l'indice puntuale di congruità potrebbe essere influenzato da altri fenomeni, questa volta incidenti sulla variabile delle ore lavorate: i casi più semplici da ipotizzare riguardano l'esistenza di un più o meno consistente apporto dei familiari nell'impresa familiare e, specie nelle imprese di maggiori dimensioni, l'impiego di lavoratori somministrati (le cui ore lavorate, è appena il caso di avvertire, non sono indicate nei libri paga dell'utilizzatore). Infine, e sempre a titolo esemplificativo, l'indice puntuale può essere influenzato dalla circostanza che i dipendenti di un datore di lavoro siano per lo più retribuiti a cottimo o con forme di *profit sharing*.

Piuttosto, considerato che l'indice di riferimento costituisce un parametro di normalità tecnica, la possibilità per il datore di lavoro di giustificare il particolare valore assunto dal proprio indice puntuale introduce un problema pratico relevantissimo che attiene all'esercizio della discrezionalità amministrativa in una valutazione tecnicamente complessa com'è quella di congruità.

Il rischio è che i datori di lavoro facciano valere in sede di giustificazione elementi e variabili la cui incidenza sull'indice puntuale di congruità non sia valutabile in modo razionale dall'amministrazione regionale per un *deficit* di competenze tecniche.

Pertanto, pur nel silenzio della legge, con il Documento per la costruzione degli indici di congruità sono state proposte l'elaborazione e l'adozione di un sistema di supporto alle decisioni dell'amministrazione regionale (46). In particolare, si tratterebbe di individuare e di tipizzare – settore produttivo per settore produttivo – i diversi fattori che influenzano il rapporto volume d'affari/ore lavorate e di calcolare l'efficienza causale di ciascuno di essi in modo da costruire un *modello di produzione statisticamente normale*.

Un sistema siffatto, proprio perché di supporto alle decisioni, non può sortire né l'effetto di privare l'amministrazione regionale della discrezionalità che le compete nell'apprezzamento delle situazioni concrete, né a maggior ragione quello di vincolare il giudice nel sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo di diniego del beneficio o

(46) Per un approfondimento, v. Ciavolino 2007, p. 129.

di esclusione dalla gara di appalto. Tuttavia, esso costituirebbe un importante fattore di razionalizzazione dell'attività valutativa e di miglioramento dei processi decisionali, anche sotto il profilo della celerità e della prevedibilità: circostanza da non trascurare se si considerano gli effetti che la valutazione può produrre sulle dinamiche di mercato e sulla concorrenza tra imprenditori.

6. — *La disciplina nazionale di cui alla legge 27 dicembre 2006, n. 296, e le successive modificazioni* — Rispetto alla normativa regionale pugliese, la disciplina della sanzione premiale e degli indici di congruità contenuta nei commi 1173 e 1174 dell'articolo unico della legge 27 dicembre 2006, n. 296, è più sintetica.

Al fine dichiarato di «promuovere la regolarità contributiva quale requisito per la concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento» (47), infatti, è stabilito che un apposito decreto ministeriale individui gli «indici di congruità del rapporto tra la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti e la quantità delle ore di lavoro necessarie» per produrli «nonché lo scostamento percentuale dall'indice da considerarsi normale», «tenuto conto delle specifiche caratteristiche produttive e tecniche nonché dei volumi di affari e dei redditi presunti» (48).

Da questa scarna disciplina l'interprete deve ricavare tutti gli elementi necessari a ricostruire sia la funzione, sia la struttura degli indici di congruità: il legislatore nazionale, infatti, si limita a stabilire espressamente soltanto l'articolazione degli indicatori («per settore, per categorie di imprese e per territorio»); nonché la natura «sperimentale» e settoriale delle misure che li inglobano (49).

Per quanto riguarda l'aspetto funzionale, innanzi tutto, la questione si pone perché il legislatore nazionale non subordina esplicitamente la «concessione dei benefici e degli incentivi previsti dall'ordinamento» al-

(47) Cfr. l'art. 1, comma 1173, legge n. 296/2006.

(48) Art. 1, comma 1173, legge n. 296/2006. Ma v. quanto si dirà *infra*, a proposito del settore edile.

(49) Più precisamente, l'indicazione legislativa è nel senso che gli indici di congruità debbano essere definiti con riferimento ai «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» (settori da individuare con i medesimi decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale ai quali la legge affida sia la fissazione degli indici, sia «le relative procedure applicative»). Tali decreti, che avrebbero dovuto essere approvati entro sei mesi dalla entrata in vigore della legge n. 296/2006, sono tuttora in fase di definizione.

la congruità del datore di lavoro, bensì sancisce che è la «regolarità contributiva» a costituire requisito necessario per quella concessione e accosta, senza ulteriori precisazioni, regolarità e congruità contributive.

Orbene, una prima opzione esegetica consiste nello stabilire un'equivalenza tra queste ultime e nell'elevare, di conseguenza, la verifica della congruità a tecnica di accertamento induttivo della manodopera impiegata nei processi produttivi. In altri termini, in una logica non dissimile da quella propria degli studi di settore, gli indicatori di congruità opererebbero come mezzi di controllo della regolarità contributiva: il datore di lavoro che risultasse congruo sarebbe – induttivamente e presuntivamente – adempiente agli obblighi contributivi; il datore di lavoro incongruo, invece, sarebbe per ciò stesso inadempiente e obbligato a integrare i pagamenti contributivi effettuati.

Sennonché, questa interpretazione pare accentuare oltre misura l'influenza che il modello degli studi di settore ha indubbiamente esercitato sul legislatore e che è testimoniata, tra l'altro, dall'indicazione che gli indici di congruità debbano tenere conto altresì «dei volumi di affari e dei redditi presunti» (50).

In alternativa, si può ritenere che il legislatore abbia inteso la verifica di congruità quale elemento che, *di fatto*, è in grado di «promuovere la regolarità contributiva» e, conseguentemente ma implicitamente, avrebbe parificato congruità e regolarità quali «condizioni» concorrenti per la concessione dei medesimi benefici e delle medesime agevolazioni.

Opinione, quest'ultima, preferibile perché confermata anche da una successiva previsione legislativa. Nel corso del 2007, infatti, intervenendo nuovamente sul cd. codice degli appalti pubblici (e, in particolare, sul testo dell'articolo 118), il d.lgs. n. 113/2007 ha eccezionalmente attribuito alle casse edili – previa stipulazione di un accordo regionale con Inps e Inail – la possibilità di rilasciare «il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità» (51).

(50) La legge n. 296/2006, del resto, ha stabilito una connessione tra misure di contrasto all'evasione fiscale e misure di contrasto al lavoro irregolare anche sul versante tributario. La prima parte del comma 19 dell'articolo unico della legge, infatti, dispone che «nei confronti dei contribuenti titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo, per i quali non si rendono applicabili gli studi di settore, [siano] individuati specifici indicatori di normalità economica, idonei a rilevare la presenza di ricavi o compensi non dichiarati ovvero di rapporti di lavoro irregolare».

(51) Così il comma 6-bis dell'art. 118, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. h, n. 3, del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113.

Orbene, la circostanza che tanto la regolarità quanto la congruità contributive siano attestate da un unico documento dimostra come i due requisiti siano tra loro giuridicamente distinti sebbene entrambi preordinati al medesimo fine.

Se così è, sul piano teorico risulta confermata la natura giuridica di sanzione premiale *privativa* della disciplina in discorso e la valenza di *standard* di normalità tecnico-economica propria degli indici di congruità. Secondo questa ricostruzione, conviene ribadire, il datore di lavoro resta libero di adeguarsi o meno all'indice di congruità, ma è fortemente incentivato a farlo perché soltanto in questo modo può accedere a una serie di benefici e incentivi (ciascuno dei quali, peraltro, non è diretto esclusivamente a promuovere la congruità) (52).

L'altra questione riguarda, come anticipato, la struttura degli indici di congruità la quale, a sua volta, si rifrange in una serie di interrogativi: su cosa debba intendersi per «qualità» dei beni e dei servizi; su quali siano le «caratteristiche produttive e tecniche» dell'organizzazione da ritenere rilevanti e sul modo in cui integrarle all'interno degli indici; sulle modalità attraverso le quali tenere conto «dei volumi di affari e dei redditi presunti» o definire gli «scostamenti» ammissibili.

In proposito, ci si deve limitare a constatare l'assenza di qualsiasi indicazione legislativa, anche indiretta, e la corrispondente ampia discrezionalità politica implicitamente riconosciuta al Ministro.

Piuttosto, è rilevante notare come il d.lgs. n. 113/2007, nel novellare l'articolo 118 del codice degli appalti pubblici nel senso precedentemente indicato, abbia surrettiziamente introdotto una decisiva variazione dell'assetto regolativo proprio in relazione agli indici di congruità da applicare al settore edile.

Infatti, nell'attribuire alle casse edili il compito di rilasciare il Durc, la norma stabilisce che esso sia «comprensivo della verifica di *congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori*» (corsivo di chi scrive).

Orbene, questa previsione non può meravigliare se si tiene conto che essa interviene a valle di un importante percorso settoriale di sperimentazione, per di più promosso e fortemente sostenuto dalle organizzazioni sindacali (53).

(52) Cfr. *supra*, par. 1.

(53) Per una ricostruzione delle vicende che hanno portato alla proposta per l'istituzione del Durc elaborata dalla Filca-Cisl nel novembre 1997 (nella quale la verifica

In sintesi, si può ricordare come la verifica della regolarità contributiva sia sempre stata accompagnata dall'accertamento della congruità della mano d'opera impiegata nel cantiere (in funzione di controllo della prima) fin da quando – nella legislazione della Regione Umbria relativa ai lavori pubblici e privati finanziati con i fondi pubblici per la ricostruzione post-terremoto – il modello ha trovato una prima concretizzazione a livello normativo (54). In questo caso, in particolare, è stata la prassi applicativa – pur nel silenzio del legislatore sul punto – a integrare le due verifiche al fine del rilascio del cd. «Durc sisma» (55). In seguito, peraltro, il nesso tra regolarità contributiva e congruità della manodopera impiegata è stato anche testualmente stabilito dal legislatore umbro allorché ha disciplinato l'attività edilizia in generale e la materia urbanistica (56).

di congruità svolgeva una funzione essenziale), alla legislazione umbra di cui si dirà a breve e agli impegni negoziali assunti dalle parti sociali a livello provinciale e nazionale, v. De Sanctis 2003, spec. pp. 32 ss.

(54) Legge regionale Umbria 12 agosto 1998, n. 30, così come successivamente integrata e modificata.

(55) Cfr. il *punto n. 8* del Protocollo d'intesa «per l'attestazione della regolarità contributiva, previdenziale e assicurativa mediante il Documento unico di cui all'art. 19 della legge regionale 12 agosto 1998, n. 30» sottoscritto dalla Regione Umbria, dalle direzioni regionali di Inps e Inail e dalle Casse edili delle Province di Perugia e di Terni in data 20 aprile 1999 (allegato alla deliberazione della Giunta regionale Regione Umbria 21 aprile 1999, n. 560 e pubblicato anche in appendice a De Sanctis 2003, p. 98).

In concreto, il Protocollo individua il criterio per valutare l'incidenza del costo della manodopera sul valore dell'appalto mediante rinvio all'art. 2, comma 2, lett. c, legge Regione Umbria 12 agosto 1994, n. 27 (inserito dall'art. 1 della legge regionale 20 novembre 1998, n. 40); quest'ultima previsione, a sua volta, stabilisce che «l'entità uomini/giorni [sia] valutata moltiplicando l'importo a base d'asta per la percentuale della manodopera riferita alla categoria prevalente di cui al decreto del Ministero dei lavori pubblici 11 dicembre 1978, pubblicato in *Gazz. Uff.* n. 357 del 23 dicembre 1978, suddiviso per il costo della squadra tipo e per le otto ore di lavoro quotidiano e infine moltiplicato per il numero degli operatori della squadra tipo». I costi della manodopera, invece, sono calcolati in base alle «tabelle di cui all'art. 23, comma 8, della legge regionale 20 maggio 1986, n. 19, periodicamente pubblicate nel Bollettino Ufficiale della Regione dell'Umbria, incrementati del 26,50 per cento per spese generali e utile dell'impresa».

(56) V. l'art. 11, comma 4, legge regionale Umbria 18 febbraio 2004, n. 1 e il successivo Protocollo d'intesa «per l'attuazione della verifica della regolarità contributiva e della congruità dell'incidenza della manodopera impiegata nei cantieri edili nel territorio della Regione Umbria» sottoscritto dalla Regione Umbria, dalle direzioni regionali di Inps e Inail e dalle Casse edili delle Province di Perugia e di Terni in data 15 febbraio 2007.

La fortuna dell'esperienza umbra ha ulteriormente rafforzato gli intenti delle parti sociali le quali, nel corso di alcuni rinnovi contrattuali di categoria del 2002, hanno formalmente assunto l'impegno di definire, per quanto in via sperimentale, «una procedura di verifica della congruità contributiva dei versamenti alla Cassa edile, basata su parametri di incidenza del costo del lavoro [...] rapportati al complesso dei lavori eseguiti dall'impresa principale e dalle imprese subappaltatrici con l'impiego di lavoratori subordinati e autonomi» (57).

Alla medesima esperienza, del resto, hanno inteso fare riferimento le maggiori confederazioni sindacali allorché – nel documento *Contro il lavoro nero* – hanno proposto di «generalizzare» gli indici di congruità quale «nuovo strumento di lettura e di verifica delle reali prestazioni in essere all'interno delle imprese» (58).

Questa articolata vicenda spiega perché, dopo l'entrata in vigore della legge n. 296/2007 e dei commi 1173 e 1174 dell'articolo unico, le parti sociali abbiano immediatamente manifestato l'intenzione di decidere autonomamente la struttura degli indici settoriali di congruità e, qualche mese più tardi, abbiano sottoscritto un apposito avviso comune nel quale questi sono stati definiti come indicatori «di incidenza del costo del lavoro della manodopera sul valore dell'ope-

Il modello umbro, inoltre, è stato ripreso dall'art. 17, comma 4, legge regionale Toscana 13 luglio 2007, n. 38. Una regolamentazione parzialmente diversa, invece, pare sia all'esame della Giunta regionale del Veneto. Infatti, in attuazione dell'art. 41, comma 2, legge regionale Veneto 7 novembre 2003, n. 27, l'art. 3, comma 6, dello «Schema di documento tecnico sul documento unico di regolarità contributiva» prevede che «la Cassa edile [fornisca] alla Stazione appaltante valutazioni in ordine alla congruità dell'incidenza della manodopera denunciata con riferimento al cantiere e della corrispondente massa salari, ferma restando la competenza finale della Stazione appaltante riguardo al giudizio conclusivo nel merito».

(57) Sempre secondo la disciplina negoziale, «qualora i versamenti per il singolo lavoro risultino inferiori al parametro di congruità predefinito, le imprese esecutrici [sarebbero] *obbligate a integrare il versamento contributivo fino al raggiungimento di detto parametro*» (corsivo di chi scrive). Peraltro, le parti sociali hanno espressamente dichiarato che – una volta concordati e definiti gli indici – la verifica di congruità condiziona il rilascio dell'attestato di regolarità contributiva da parte della Cassa edile (v., in termini identici, gli Accordi di rinnovo dei Ccnl per le aziende industriali edili del 29 gennaio 2002 e per le aziende cooperative edili del 4 febbraio successivo, par. VII, Politiche del lavoro nel settore delle costruzioni, lett. e e f).

Nel modello contrattuale, quindi, la verifica di congruità rappresenta davvero una forma di accertamento induttivo e presuntivo della manodopera impiegata.

(58) Così il par. 4.

ra» da realizzare e concretamente individuati proprio in quelli costruiti dalle casse edili umbre (59).

Ovviamente, l'indicazione proveniente dalle parti sociali era giuridicamente incompatibile con le norme nazionali per le quali, appunto, la congruità deve riguardare il rapporto tra *input* lavorativo e *output* produttivo di ciascuna impresa; ma la modificazione dell'assetto legale nazionale operato dal d.lgs. n. 113/2007 e innanzi richiamato rende certamente possibile l'estensione del modello umbro all'intero territorio nazionale.

7. — *Implicazioni della ricostruzione proposta. In particolare, le questioni di legittimità costituzionale* — All'esito dell'analisi dovrebbe essere evidente come, sul piano sistematico, l'unico tratto comune tra le discipline legali esaminate sia dato dalla possibilità di inquadrare le misure dalle stesse previste tra le sanzioni premiali, secondo l'opinione espressa in apertura del presente scritto.

Questa conclusione, di per sé, dovrebbe essere sufficiente a escludere in radice che la disciplina regionale pugliese e quella statale possano trovarsi tra loro in rapporto di concorso/conflitto e, a maggior ragione, che possano interferire tra loro – nonostante l'identità del *nomen iuris* e una sostanziale analogia funzionale – gli indicatori di congruità (60).

Resta aperta, invece, la questione politica circa l'opportunità che Stato e Regioni indirizzino sinergicamente i propri flussi finanziari, con la conseguente moltiplicazione degli effetti incentivanti/penalizzanti propri di ciascuna misura. Sinergia che, per quanto detto innanzi, potrà realizzarsi soltanto se lo Stato e le Regioni interessate impiegheranno gli stessi indicatori di congruità.

Una seconda implicazione giuridica della ricostruzione innanzi proposta riguarda l'esistenza o meno di una reciproca influenza tra e-

(59) V., rispettivamente, l'*Agenda relativa ai temi di interesse del settore delle costruzioni* concordata tra le parti sociali il 31 gennaio 2007 (punto n. 6); e l'Avviso comune del 17 maggio 2007 sottoscritto da Ance, Cna Costruzioni, Fiae Casartigiani, Clai, Ancpl Lega, Federlavoro Confcooperative, Agci Produzione e Lavoro, Aniem Confapi, nonché Feneal Uil, Filca Cisl e Fillea Cgil.

(60) In dissenso, Garofalo M. G. 2007, p. 70, il quale ammette invece la possibile esistenza di un'area di sovrapposizione. Per la disciplina della Regione Lazio, invece, la questione non si pone neppure teoricamente perché l'art. 9 stabilisce espressamente che «la Regione applica gli indici di congruità come definiti, ai sensi dell'articolo 1, commi 1173 e 1174, della legge n. 296/2006, ove individuati dallo Stato».

siti degli accertamenti ispettivi eventualmente compiuti nei confronti di un datore di lavoro e la verifica di congruità del medesimo.

Orbene, fino a quando gli indicatori di congruità non costituiranno una tecnica di accertamento induttivo e presuntivo della forza lavoro occupata nei processi produttivi, si può certamente sostenere che tra esito dell'accertamento diretto e verifica di congruità esista una sostanziale indifferenza. In linea di principio, ciò significa che un datore di lavoro potrebbe risultare congruo – e beneficiare delle posizioni di vantaggio promesse – pur essendo stato accertato che egli abbia occupato in nero uno o più lavoratori subordinati. In concreto, però, ciò non potrà avvenire con riferimento ai casi in cui l'agevolazione, il beneficio o la partecipazione alla gara di appalto siano subordinati non solo alla congruità, bensì anche alla regolarità contributiva (per l'ovvio viene meno di quest'ultimo requisito).

Sotto altro profilo, comunque, nulla vieta che gli indici di congruità siano utilizzati proprio dalle amministrazioni che hanno la vigilanza in materia di lavoro e previdenza al fine di orientare i rispettivi controlli ispettivi in modo mirato e, pertanto, tendenzialmente più efficiente (61).

Infine, e per ciò che più conta, la sistemazione della materia proposta con il presente lavoro permette un corretto inquadramento della questione giuridica principale che emerge in relazioni agli assetti legislativi, regionali e statale, esaminati in precedenza: vale a dire se essi (o meglio, gli effetti di condizionamento delle dinamiche di mercato che essi realizzano) implichino o meno una restrizione della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'articolo 41 della Costituzione.

Il punto è estremamente delicato. Come è noto, infatti, nel dibattito politico e sindacale è già emersa l'opinione secondo la quale il ricorso agli indici di congruità violerebbe la regola della libertà di gestione dell'attività economica garantita dalla Costituzione (62).

L'argomento, del resto, richiama alla memoria l'ormai risalente disciplina dell'imponibile di manodopera in agricoltura e le considerazioni –

(61) In questo senso, anzi, era l'auspicio delle organizzazioni sindacali sottoscrittrici della piattaforma *Contro il lavoro nero* le quali, al par. 4, suggerivano appunto che «il rispetto di tali Indici [dovesse] essere la principale condizione per: orientare gli interventi ispettivi delle diverse istituzioni; accedere a gare di appalto, concessioni ecc.; definire la genuinità dell'appalto stesso (e relativa revoca); godere di qualsivoglia beneficio economico e normativo».

(62) Di ciò danno conto Treu 2007, p. 148; e Di Carluccio 2007, p. 47, nota 59 (la quale, peraltro, sembra condividere almeno parzialmente tale preoccupazione).

tuttora valide, per quanto inapplicabili alla materia qui trattata – sviluppate dalla Corte Costituzionale in riferimento all'articolo 41 (63).

La legge, in quel caso, abilitava i prefetti a stabilire «l'obbligo per i conduttori a qualsiasi titolo di aziende agrarie o boschive di assumere la mano d'opera da adibirsi nell'annata agricola o durante le singole stagioni di essa alla coltivazione, alla manutenzione ordinaria o straordinaria dei fondi, delle vie di accesso e delle piantagioni nonché all'allevamento di bestiame» (64). Ai prefetti, in particolare, spettava determinare il «massimo carico obbligatorio di giornate lavorative per ettaro coltura» per ciascun tipo di attività agricola elencata nonché i «criteri per la determinazione del numero delle unità lavorative disoccupate» da assegnare *autoritativamente* a ciascun datore di lavoro agricolo (65).

La misura aveva il fine «di favorire il massimo impiego possibile di lavoratori agricoli nelle Province o zone in cui particolarmente grave si [fosse manifestata] la disoccupazione» e faceva seguito all'esperienza maturata in alcune Regioni ove, invece, era la contrattazione collettiva ad aver previsto l'obbligo di assumere un certo contingente di mano d'opera.

Orbene, la Corte Costituzionale valutò la disciplina legale in contrasto con l'articolo 41 Cost. perché l'obbligo di assumere prestatori d'opera nel numero e con le specializzazioni imposte dal decreto del prefetto interferiva e incideva negativamente sulla libertà di iniziativa economica dei datori di lavoro agricoli. In particolare, la disciplina legale, proprio perché impediva ai datori di lavoro agricoli di valutare «con i sussidi della scienza, della tecnica e dell'esperienza, la natura del terreno e le possibilità di rendimento» e di decidere, conseguentemente, le dimensioni dell'azienda (anche e soprattutto sotto il profilo della quantità di forza lavoro occupata) e l'organizzazione interna necessaria al raggiungimento dei fini economici prefissati, negava loro la libertà di iniziativa economica sotto il profilo della conduzione della stessa (66).

(63) La disciplina dell'imponibile di manodopera era dettata dal d.lgs. Cps 16 settembre 1947, n. 929 (decreto ratificato dall'articolo unico della legge 17 maggio 1952, n. 621) e fu dichiarata incostituzionale in riferimento agli articoli 38, 41, 42 e 44 Cost. da Corte Cost. 30 dicembre 1958, n. 78.

(64) Art. 1, comma 1, d.lgs. Cps n. 929/1947.

(65) Art. 1, comma 2, d.lgs. Cps n. 929/1947. I criteri per determinare il carico massimo obbligatorio di giornate lavorative per ettaro coltura erano indicati dalla Commissione provinciale per la massima occupazione in agricoltura (art. 4, d.lgs. Cps n. 929/1947).

(66) Corte Cost. 30 dicembre 1958, n. 78, par. 6.

Nulla di tutto ciò, invece, accade nel caso delle discipline che condizionano alla congruità del datore di lavoro la concessione di benefici o, nel caso della legge regionale pugliese, anche la partecipazione alle gare per gli appalti di interesse regionale.

In proposito, è certamente sufficiente richiamare la natura giuridica di sanzioni premiali propria delle previsioni legali integrate dagli indici di congruità per poter affermare la piena legittimità costituzionale delle stesse. Gli indici di congruità (e, in particolare, gli indici di riferimento) costituiscono, infatti, meri parametri di normalità tecnica che, almeno fino a quando siano inseriti soltanto in norme legislative analoghe a quelle analizzate in precedenza, non si può dire assolvano alla funzione di predeterminare la quantità di mano d'opera che deve essere necessariamente occupata nell'organizzazione produttiva; tanto è vero che dall'eventuale incongruità del datore di lavoro non scaturiscono «effetti sui rapporti di lavoro o con gli enti previdenziali», né sorgono obblighi di fare o di non fare (67). Il datore di lavoro che risulti «incongruo», insomma, non è affatto obbligato ad assumere personale e, così facendo, ad adeguare l'organico aziendale allo *standard* espresso dall'indice di riferimento; né tanto meno può essere per ciò solo obbligato a pagare automaticamente contributi obbligatori su aliquote di occupati presunti. Egli, invece, potrà liberamente valutare la situazione e trovare più conveniente continuare a operare come in precedenza; scelta che, però, gli impedirà di beneficiare di alcune posizioni attive (quali, appunto, la concessione di aiuti e incentivi).

Né è possibile affermare che la decisione del medesimo datore di lavoro di diventare congruo comporterà necessariamente per lo stesso l'assunzione di nuovo personale dipendente. Se, infatti, si tiene conto della possibilità che l'indice puntuale possa essere influenzato da una molteplicità di fattori (68), sarà chiaro che egli potrà raggiungere il medesimo obiettivo anche agendo su altri elementi organizzativi che, migliorando la produttività aziendale, giustifichino lo specifico scostamento dell'indice puntuale da quello di riferimento.

Piuttosto, occorre considerare che, proprio perché le norme in questione compensano gli effetti negativi che la compressione illecita dei costi del personale dipendente produce sulle dinamiche concorrenziali, si

(67) Così, espressamente ma in modo superfluo dal punto di vista strettamente normativo, l'art. 2, comma 6, ultimo periodo, legge Regione Puglia n. 28/2006.

(68) *Supra*, par. 5.

può ragionevolmente sostenere che esse tendano a ripristinare le condizioni minime affinché la libertà dell'iniziativa economica costituzionalmente garantita sia effettiva e non meramente formale.

Prima di concludere, infine, è necessario sviluppare qualche considerazione ulteriore rispetto a quel particolare effetto della non congruità che la legge regionale pugliese individua nell'esclusione dalle gare per l'assegnazione degli appalti pubblici. In questa ipotesi, infatti, il mero «sospetto» – per quanto qualificato – di impiego irregolare dei lavoratori produce una significativa compressione dell'iniziativa economica privata.

In proposito, è utile riprendere e adattare al caso alcune considerazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale allorché ha dovuto scrutinare la legittimità costituzionale dell'articolo 36 della legge n. 300 del 1970.

Per effetto di quest'ultima previsione, come è noto, «nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati d'appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona».

Orbene, la Corte Costituzionale ha messo in evidenza come le cd. clausole sociali – pur espressamente dirette a fissare uno *standard* minimo di tutela ai lavoratori dipendenti – siano intrinsecamente plurifunzionali rispondendo altresì all'interesse pubblico alla selezione dell'operatore economico più idoneo a realizzare l'opera o il servizio. Per la Corte, insomma, la parificazione del costo del lavoro derivante dall'obbligo di «equo trattamento» contribuisce a una migliore scelta del contraente «secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative)» (69).

(69) Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226, par. 4. In base a questi argomenti, come si ricorderà, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui non prevede che la clausola di protezione sociale sia inserita anche nelle concessioni di pubblico servizio.

Certamente, quest'ordine di considerazioni non può essere immediatamente riferito al problema in discussione: basti considerare che mentre l'art. 36 legge n. 300/1970 e il vincolo derivante dalle clausole sociali inserite nei capitolati d'appalto operano per il futuro (ossia, per il tempo in cui ha esecuzione l'appalto), l'esclusione dalla gara di appalto stabilita dalla legge regionale pugliese opera in base a una valutazione che attiene a un periodo pregresso rispetto al procedimento di assegnazione dello stesso (70).

Tuttavia, proprio la funzione di riqualificazione del tessuto produttivo delle sanzioni premiali analizzate in questa sede consente di dare una soluzione alla questione. È sostenibile, infatti, che – nei limiti in cui la valutazione di congruità permetta di selezionare gli operatori economici seri e affidabili escludendo dal concorso per l'aggiudicazione dell'appalto tutti gli altri – essa ponga una pre-condizione necessaria per assicurare il rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione. Quella funzione selettiva, più precisamente, assumerebbe rilievo costituzionale sotto il profilo sia dell'eliminazione di qualsiasi alterazione o turbativa della gara, sia della possibilità per l'appaltante di ottenere le condizioni contrattuali più favorevoli e la garanzia di una corretta esecuzione dell'appalto (anche per quanto riguarda i rapporti con i dipendenti).

(70) L'art. 2, comma 4, legge Regione Puglia n. 28/2006, comunque, prevede implicitamente che il datore di lavoro debba restare congruo per tutta la durata dell'appalto e «sino all'avvenuta conclusione del rapporto».

Bibliografia

- Amenta P. (2007), *Linee metodologiche-statistiche per l'attuazione della legge regionale pugliese in materia di lavoro nero*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 107.
- Angiola N. (2007), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare. Rilievi economico-aziendali*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 97.
- Barbieri M. (2007), intervento alla tavola rotonda *Premialità, controllo, repressione, la definizione di una strategia di intervento in materia di lavoro illegale*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 159.
- Bellavista A. (2002), *Il lavoro sommerso*, Giappichelli, Torino, seconda edizione.
- Bellavista A. (2007), *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 15.
- Ciavolino E. (2007), *Strumenti per il supporto alle decisioni nell'emersione del lavoro irregolare: tecniche statistiche per la creazione del valore*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 129.
- De Sanctis D. (2003), *L'edilizia trasparente. Il Durec contro il sommerso: da un'idea Filca alla riforma Biagi*, Roma, Edizioni Lavoro.
- Di Carluccio C. (2007), *Contrasto al lavoro sommerso tra politiche regionali ed esperienze territoriali*, in *Dir. lav. mer.*, n. 1, I, p. 25.
- Esposito M. (2007), *Le iniziative legislative per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nella Regione Campania*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 123.
- Esposito M., Gargiulo U. (2007), *Il contrasto al lavoro sommerso: potestà legislativa regionale e strumenti di intervento*, in Zoppoli L. (a cura di), *La legislazione regionale...*, cit., p. 75.
- Forges Davanzati G. (2007), *Le politiche di contrasto al lavoro non regolare: orientamenti teorici alternativi*, Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 83.
- Garofalo M. G. (1999), *Tecnica degli incentivi e promozione dell'occupazione*, in *Diritto al lavoro e politiche dell'occupazione*, in *q. Riv.*, suppl. al n. 3, p. 71.
- Garofalo M. G. (2007), *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso. Gli indici di congruità*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 63.

- Ghera E. (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, pp. 305 ss.
- Ghera E. (2001), *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, p. 133.
- Lagala C. (1987), *Contrattazione, lavoro e previdenza in agricoltura*, Milano, Franco Angeli.
- Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, Cacucci.
- Pinto V. (2008), *Considerazioni sulla legge regionale pugliese in materia di contrasto al lavoro irregolare e sugli indici di congruità*, intervento al convegno *Questioni sul lavoro sommerso* (Catanzaro, 29 novembre 2007), in corso di stampa nei *Quaderni della Fondazione Field*.
- Realfonzo R. (2007), *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 49.
- Rusciano M., Esposito M. (a cura di) (2006), *Lavoro sommerso in Campania. Linee di intervento*, Massa editore, Napoli.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *q. Riv.*, I, p. 753.
- Treu T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna.
- Treu T. (2007), *Conclusioni*, in Pinto V. (a cura di) (2007), *Le politiche pubbliche...*, cit., p. 145.
- Versiglion M. (2007), *Prova e studi di settore*, Giuffrè, Milano.
- Zoppoli L. (2007), *La filosofia giuridico-istituzionale della riforma legislativa campana*, in Zoppoli L. (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Arlav – Agenzia della Campania per il lavoro, p. 11.

Franco Scarpelli ()*

IL CONTRASTO AL LAVORO IRREGOLARE, TRA SANZIONI E REGOLE DI RESPONSABILITÀ (**)

SOMMARIO: 1. La crescente attenzione al fenomeno del lavoro irregolare. 2. Strumenti e primi risultati dell'attività di contrasto ed emersione, nella XV legislatura. A) Vigilanza e sanzioni. 3. *Segue*: B) Il provvedimento di sospensione dell'attività. 4. *Segue*: C) Le procedure di emersione. 5. Spezzare i legami di connivenza; aumentare la percezione del rapporto danni/vantaggi sociali. 6. Lavoro nero e comportamenti degli operatori del contenzioso del lavoro. 7. La regolarità come presupposto di accesso alle attività economiche: il Durc. 8. Lavoro irregolare: responsabilità e modelli di impresa.

1. — *La crescente attenzione al fenomeno del lavoro irregolare* — Una recente sintesi proposta dall'Istituto nazionale di statistica (1), relativa agli anni 2001-2005, offre interessanti elementi di riflessione sulle caratteristiche e gli andamenti del lavoro irregolare (2): per quanto le stime statistiche vadano utilizzate sempre con grande prudenza, a maggior ra-

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

(**) Si ringraziano la Direzione Regionale del Lavoro della Lombardia e la Direzione Provinciale del Lavoro di Milano (e in particolare il Direttore dott. Paolo Weber) per i dati e gli elementi di valutazione forniti sugli andamenti dell'attività di vigilanza e contrasto al lavoro nero. Il lavoro qui pubblicato riprende in parte e sviluppa, con ampie integrazioni e aggiornamenti, alcuni contenuti già esposti in un precedente saggio su *Lotta al lavoro nero e insicuro, «buona impresa», precarietà: una nuova via per le politiche del lavoro*, pubblicato nel volume a cura di A. Perulli, *Le riforme del lavoro. Dalla Legge Finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare*, Halley Editrice, Matelica, 2007, p. 161.

(1) Istat, *La misura dell'occupazione non regolare nelle stime di contabilità nazionale*, Statistiche in breve, 6 febbraio 2008, in www.istat.it.

(2) L'Istat considera regolari le posizioni lavorative registrate e osservabili sia dalle istituzioni fiscali-contributive sia da quelle statistiche e amministrative, e non regolari le posizioni lavorative svolte senza il rispetto della normativa vigente in materia fiscale-contributiva, quindi non osservabili direttamente presso le imprese, le istituzioni e le fonti amministrative. Sul problema aperto della definizione del lavoro irregolare v. P. Tullini, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in P. Pascucci (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, Roma, 2007, p. 95.

gione su un fenomeno per definizione sfuggente alla rilevazione formale (3), esse offrono l'immagine di un fenomeno strutturale che mantiene una presenza significativa nel complesso dell'economia italiana, pur se con significative differenze territoriali e per settori produttivi.

Il tasso di irregolarità stimato sul piano nazionale (per unità di lavoro: *ula*) presenta una curva discendente nel periodo 2001-2003 (dal 13,8 al 11,6) per poi tornare a salire fino al 12,1 del 2005: la curva è più accentuata per il lavoro dipendente (dal 16,1 del 2001 al 12,8 del 2003, al 13,4 del 2005), mentre il lavoro indipendente presenterebbe un tasso di irregolarità sostanzialmente costante o in leggera crescita (dall'8,5 del 2001 all'8,9 del 2005). Le variazioni più significative del tasso di irregolarità sembrano attribuibili, sempre con la dovuta cautela, a due fattori: da un lato, la crescita in assoluto delle unità di lavoro dipendente regolari (quasi un milione di unità in più tra il 2001 e il 2005, mentre la discesa dei valori assoluti relativi alle *ula* irregolare si attesterebbe su poche centinaia); dall'altro, la regolarizzazione dei lavoratori stranieri avvenuta tra il 2002 e il 2003 in forza dell'unica procedura di «emersione» del lavoro irregolare che a oggi sembra aver avuto una qualche efficacia (v. *infra*). Lo scorporo delle stime per settore produttivo e per aree territoriali presenta ovviamente un quadro più complicato, che non è possibile approfondire in questa sede: basti osservare che, se è scontata e drammatica la dimensione assunta dall'irregolarità nelle Regioni del Mezzogiorno (per un tasso del 19,6 nel 2005, con punte più elevate in agricoltura, nell'edilizia e nei servizi), i tassi al di sotto della media nazionale che presentano il Nord-ovest (8,8) e il Nord-est (8,6) (in entrambi i casi con punte più elevate in agricoltura e nei servizi), rappresentano comunque nel loro insieme un dato assoluto in *ula* irregolari che supera il milione di unità (e sarebbe utile, per valutare le rispettive soglie di dannosità sociale, avere anche dati relativi agli imponibili retributivi sottratti a imposizione fiscale e contributiva, che con ogni probabilità assegnerebbero al Nord un ruolo ancor più significativo nel generale fenomeno del sommerso).

Sarà certamente interessante disporre dei dati aggiornati al biennio successivo, coincidente con i due anni della XV legislatura appena interrotta e nei quali l'azione di contrasto al lavoro irregolare sembra aver trovato nuova spinta. Ciò è avvenuto e sta avvenendo sotto più profili,

(3) V. sul punto C. Lucifora, *Economia sommersa e lavoro nero*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 23 ss.

alcuni non privi di elementi di criticità: ciò che tuttavia appare più significativo è proprio la complessiva crescita di attenzione al fenomeno, e al suo contrasto, derivante da successivi provvedimenti normativi nazionali e regionali (4), da importanti campagne di comunicazione promosse dalle organizzazioni sindacali prima e dalle istituzioni poi, dalla crescente percezione del diretto collegamento tra i fenomeni dell'irregolarità e le drammatiche condizioni di insicurezza fisica del lavoro, da iniziative scientifiche di rilievo (5), dal rinnovato impegno di molte delle amministrazioni competenti. Sembra essersi finalmente diffusa la coscienza – presupposto culturale di qualsiasi efficace politica di contrasto al lavoro nero – che il sommerso è un dato strutturale e significativo dell'intero sistema economico, favorito peraltro dalle politiche di accentuata riorganizzazione dei processi produttivi degli ultimi due decenni, la cui esistenza non può essere considerata un elemento inevitabile (se non salvifico) del modello di sviluppo italiano.

Di conseguenza, la lotta al sommerso non può essere argomento o terreno a sé, né può risolversi in un problema di strumenti di repressione di una patologia (6); il tema deve invece collocarsi in una più ampia riflessione sulle politiche regolative del lavoro e, se vogliamo, sul ruolo stesso del diritto del lavoro, andando oltre la tradizionale funzione di tutela dei valori della persona nella relazione di lavoro, per aspirare alla diretta regolazione dei modelli di impresa. Le politiche che mirano a rea-

(4) Facciamo riferimento al cd. decreto «Bersani» (d.l. n. 223/2006, convertito nella legge n. 248/2006); alla legge finanziaria per il 2007 (legge n. 296/2006), alla legge n. 123/2007. In ambito regionale, si segnalano la legge Regione Puglia n. 28/2006, la legge Regione Liguria n. 30/2007 e la legge Regione Toscana n. 38/2007 (sui contenuti di queste ultime v. C. Tajani, *Lavoro nero: misure utili per il contrasto e per l'emersione progressiva delle irregolarità contrattuali*, in *Note inf.*, 2006, n. 37, p. 21, e D. Vitale, *Le competenze regionali tra contrasto al lavoro irregolare e promozione del lavoro di qualità*, in *Note inf.*, 2007, n. 40, p. 37).

(5) Vedi in particolare il recente convegno tenuto a Taranto nel maggio 2007, i cui contributi sono raccolti in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, Bari, 2007.

(6) Un accostamento riduttivo al fenomeno rischierebbe di trascurare le più rilevanti cause strutturali che colpiscono il nostro sistema, come quello di altri Stati dell'Europa meridionale caratterizzati da maggiori ritardi di sviluppo: analisi che conduce a ritenere che le varie politiche di contrasto del sommerso non riusciranno a ottenere risultati significativi e stabili nel tempo «fintantoché esse si fonderanno su una valutazione del sommerso come fenomeno a sé stante, trascurando le strette correlazioni con il modello di specializzazione produttiva e, più in generale, con l'assetto economico-istituzionale» [R. Realfonzo, *Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?*, in V. Pinto (a cura di), cit., p. 49].

lizzare un lavoro regolare e più sicuro non possono non preoccuparsi anche di regolare l'impresa, i comportamenti degli attori economici, i modelli di competitività, aggredendone alcuni snodi cruciali: non è possibile parlare di lavoro legale e sicuro senza parlare anche di «buona impresa»; le regole del lavoro devono candidarsi a costituire parte, senza inhibizioni o complessi di inferiorità, di un moderno diritto dell'economia, che faccia del buon lavoro, legale e di qualità, un elemento di sviluppo (7).

2. — *Strumenti e primi risultati dell'attività di contrasto ed emersione, nella XV legislatura. A) Vigilanza e sanzioni* — Le azioni di contrasto al lavoro nero e insicuro si sono sviluppate, nel corso di varie legislature, con una pluralità di provvedimenti su diversi terreni: quello dell'azione repressiva e sanzionatoria, quello degli incentivi indiretti riservati alle imprese che operano nella legalità, quello dei percorsi diretti a favorire l'emersione dal «nero» delle imprese e dei singoli rapporti di lavoro.

Nella sua breve durata, la XV legislatura ha mostrato un rinnovato impegno su tutti i terreni richiamati, mostrando di attribuire al tema qui analizzato una (giusta) priorità rispetto ad altri temi delle politiche del lavoro: così, l'azione regolativa piuttosto che muoversi su terreni e istituti ad alta tensione simbolica si è indirizzata prima di tutto ad aggredire i nodi sia del lavoro irregolare e insicuro, sia dei rapporti produttivi che spingono tale fenomeno. Così, accanto a nuovi provvedimenti miranti alla repressione delle irregolarità, così come alla loro emersione diretta o indiretta, un'attenzione crescente pare indirizzarsi ai legami di responsabilità tra i vari livelli delle «filiere» e organizzazioni produttive.

Si fa riferimento al complesso di interventi sviluppatisi in tre successivi provvedimenti già richiamati (il cd. decreto «Bersani», la legge finanziaria per il 2007 e la legge n. 123/2007). All'effetto pratico, i contenuti di più immediato impatto dell'attività legislativa sono quelli che riguardano le attività di vigilanza, sanzione e contrasto.

Il terreno della sanzione e repressione è, ovviamente, il primo sul quale è fondamentale potenziare e affinare gli strumenti, per assicurarne l'effettività. Ciò tanto più se si tien conto di come sia gli indicatori statistici richiamati sia l'esperienza concreta rivelino la massiccia diffusione di

(7) Per alcune riflessioni generali in questo senso sia consentito rinviare alle considerazioni iniziali svolte in F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *q. Riv.*, 2006, n. 4, p. 753.

lavoro nero o «grigio», così come la diffusa inosservanza delle regole di sicurezza, anche in aree territoriali e in settori produttivi per i quali può difficilmente proporsi il vecchio argomento del sommerso o della parziale irregolarità come requisito di sopravvivenza per l'impresa. È più probabile che una simile condizione sia l'effetto di distorsioni nei meccanismi di frammentazione e articolazione dei processi produttivi, che scaricano su piccole imprese marginali le tensioni della ricerca di competitività e profitto delle imprese regolari. L'irregolarità, in casi simili, va a danno peraltro non solo della condizione sociale dei prestatori di lavoro, ma comporta anche gravi distorsioni della concorrenza per le imprese più serie e innovative.

Il rafforzamento dell'azione repressiva avviene, nei provvedimenti citati, su più piani. In primo luogo si ha un significativo investimento sulle risorse umane dei servizi ispettivi, potenziando con centinaia di nuove unità sia gli organici dei servizi ispettivi ministeriali sia il Comando dei carabinieri per la tutela del lavoro (legge n. 296/06, art. 1, commi 544-545, 571-573; art. 12, legge n. 123/2007). Vengono poi adottati strumenti diretti a facilitare l'accertamento delle situazioni di irregolarità: l'obbligo di esposizione da parte dei lavoratori impiegati in appalti di cartellini riportanti l'identità personale e del datore di lavoro (prima introdotto per i soli cantieri edili – art. 36-*bis*, legge n. 248/06 – poi esteso a tutte le imprese appaltatrici o subappaltatrici, di ogni genere – art. 6, legge n. 123/07); l'obbligo di preventiva comunicazione delle assunzioni (art. 36-*bis*, legge n. 248/06), diretto a perseguire note prassi elusive rese evidenti dai dati statistici sugli infortuni «del primo giorno». Infine, sul piano delle sanzioni, si è agito sia riformulando la cd. maxi-sanzione per il lavoro nero (già introdotta dall'art. 3, comma 3, del d.l. n. 12/02, convertito nella legge n. 73/02 – uno degli ultimi provvedimenti modificativi della legge Tremonti – ora modificata dall'art. 36-*bis*, legge n. 248/06) (8) sia introducendo un nuovo strumento quale la so-

(8) La precedente versione della maxi-sanzione prevedeva una sanzione commisurata a un multiplo (dal 200 al 400%) del costo del lavoro del dipendente in nero, per il periodo tra l'inizio dell'anno e la data di constatazione dell'irregolarità. La norma è stata giudicata illegittima dalla Corte Costituzionale (sentenza 12 aprile 2005, n. 144), per violazione dell'art. 24 Cost., in quanto basata su un meccanismo presuntivo che non dava la possibilità al datore di lavoro di provare una minore durata della situazione di irregolarità. Il decreto Bersani (che tra l'altro ha trasferito la competenza ad applicare tale sanzione dall'Agenzia per le entrate alla Direzione provinciale del lavoro) ha modificato il meccanismo introducendo una sanzione fissa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, più una maggiorazione di euro 150 per ciascuna gior-

sospensione dei lavori nei cantieri edili (v. ancora l'art. 36-*bis* più volte citato) che, dopo un primo positivo bilancio (v. *infra*), è stato generalizzato consentendo al personale ispettivo del Ministero del lavoro di adottare provvedimenti di sospensione di qualsiasi attività imprenditoriale qualora si riscontri l'impiego di personale irregolare in misura pari o superiore al 20% dei lavoratori regolarmente occupati (così come in caso di reiterate violazioni della disciplina sull'orario di lavoro e di quella in materia di tutela della salute e sicurezza sul lavoro) (art. 5, legge n. 123/07). Con d.m. dell'11 ottobre 2007, infine, è stata istituita la Cabina nazionale di regia che ha il compito «di concorrere allo sviluppo, alla promozione, implementazione e monitoraggio delle politiche di contrasto al lavoro sommerso e irregolare» (9).

I dati diffusi di recente, relativi al 2007, mostrano un significativo incremento dell'attività di vigilanza, in termini sia di imprese ispezionate sia di situazioni irregolari constatate (10), mentre meno significativo è il dato relativo al recupero di contributi e premi evasi, ciò che testimonia una difficoltà di traduzione dell'azione di accertamento ispettivo in recupero effettivo di somme evase (11). La valutazione di alcuni dati analitici, pur territorialmente definiti (12), mostra, com'era da attendersi, u-

nata di lavoro effettivo: importi che appaiono di maggiore severità, ma che per la parte variabile sembrano presupporre un onere di provare la durata del periodo irregolare a carico dell'amministrazione.

(9) La Cabina di regia, i cui compiti prioritari sembrano orientati allo sviluppo di politiche di emersione, è composta da rappresentanti di tutte le amministrazioni centrali interessate, degli enti esponenziali delle autonomie territoriali, degli enti previdenziali e delle parti sociali. Il d.m. cerca altresì di definire rapporti e distinzione di competenze con il Comitato nazionale per l'emersione del lavoro non regolare istituito dalla legge n. 448/1988, organo il cui ruolo effettivo è da tempo oggetto di interrogativi: di quest'ultimo, peraltro, è stata poi disposta la cessazione dell'attività, con trasferimento delle sue funzioni alla Cabina di regia, dall'art. 7 del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (non ancora convertito in legge, al momento in cui si scrive).

(10) Vedi i dati in www.lavoro.gov.it: i dati relativi all'attività del Ministero evidenziano un +30,75% di imprese ispezionate, +46,31% di imprese irregolari, +89,21% di lavoratori irregolari e +40,40% di lavoratori in nero. Gli incrementi, anche se meno significativi, emergono anche dai dati aggregati dell'attività ministeriale con quella ispettiva degli enti previdenziali.

(11) L'incremento del recupero contributi per l'attività ministeriale del 2007, rispetto al 2006, è del 3,78%; quello risultante dai dati aggregati Ministero/Enti previdenziali è del 22,90%.

(12) Queste ultime valutazioni sono fondate, infatti, su dati forniti dalla Direzione regionale del lavoro della Lombardia, relativi all'attività ispettiva autonoma e congiunta nella Regione lombarda.

na progressiva crescita delle situazioni di irregolarità inversamente proporzionale alla dimensione dell'azienda, che raggiunge le punte più elevate nei settori del terziario e delle imprese artigiane edili: ciò che, a mio parere, non consente affatto di affermare che la patologia dell'irregolarità sia un problema sostanzialmente confinato nelle imprese di media o piccola dimensione, così sollevando da responsabilità il sistema delle grandi imprese, poiché soprattutto nei settori richiamati (edilizia e servizi) le imprese di minore dimensione sono frequentemente coinvolte in filiere produttive controllate proprio da soggetti imprenditoriali (o pubbliche amministrazioni) di maggiore dimensione: e infatti il legislatore ha inviato a tali soggetti un preciso segnale di responsabilizzazione (giuridica, ma anche sociale) con l'art. art. 35, legge n. 248/06 (v. *infra*).

3. — Segue: *B) Il provvedimento di sospensione dell'attività* — Assai significativo, poi, appare il bilancio dei risultati derivanti dall'applicazione dello strumento della sospensione dell'attività. L'applicazione dell'art. 36-*bis*, legge n. 248/06, con riferimento al settore edile, frutto di una vera e propria campagna di controllo dei cantieri, spinta anche dai drammatici dati relativi agli infortuni sul lavoro, ha dato luogo nel giro di 17 mesi (agosto 2006-dicembre 2007) a ben 37.000 ispezioni di cantieri, per un totale di 58.000 imprese di cui ben 33.400 irregolari; i provvedimenti di sospensione dell'attività emessi sono stati più di 3.000, con accertamento di circa 5.700 posizioni di lavoro nero; infine, ciò che forse evidenzia più di tutto l'efficacia dello strumento, in oltre 1.250 casi i lavoratori sono stati in breve tempo regolarizzati e il provvedimento revocato (13). Ancora più significativo, forse, il dato relativo a soli 4 mesi di applicazione dello medesimo strumento alle attività non edili, dopo l'estensione operata dall'art. 5 della legge n. 123/2007: oltre 1.100 provvedimenti di sospensione, per quasi 3.000 posizioni di lavoro nero, di cui quasi il 70% risultano già revocati a seguito di regolarizzazione, con la già avvenuta riscossione di quasi 2.500.000 euro di sanzioni.

Tali incoraggianti dati mostrano come sia importante lavorare sul profilo dell'efficacia degli strumenti di contrasto, certamente elevata quando gli stessi possano incidere sulla prosecuzione dell'attività im-

(13) Dati forniti dal Ministero del lavoro, in www.lavoro.gov.it. Si aggiungano le impressionanti cifre in termini di sanzioni amministrative irrogate (oltre 54 milioni di euro) e di sanzioni penali (oltre 22 milioni). In soli 39 casi, invece, il provvedimento di sospensione è stato emanato a causa di reiterate violazioni della disciplina in materia di orario di lavoro.

prenditoriale (14). All'ordine di sospensione dell'attività, peraltro, si affianca la sospensione dell'impresa da qualsiasi contrattazione con le pubbliche amministrazioni e dalla possibilità di partecipare a gare pubbliche (per un periodo equivalente alla sospensione dell'attività, più un ulteriore periodo equivalente al doppio della stessa, ma non superiore a due anni). La sospensione dell'attività può essere revocata, a condizione che i lavoratori siano regolarizzati (o sia ripristinato il rispetto della disciplina su orari, risposi, tutela della salute e sicurezza), e che intervenga il pagamento di una sanzione amministrativa aggiuntiva pari a un quinto delle sanzioni dovute e irrogate per gli illeciti accertati (l'importo di tale sanzione aggiuntiva, significativamente, viene destinato a finanziare interventi di contrasto al lavoro sommerso e irregolare).

L'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività pone il delicato problema di quali ne siano gli effetti sui rapporti di lavoro dei dipendenti impiegati, regolarmente e irregolarmente, dalla stessa impresa: problema del quale la disciplina in parola non si occupa. Esso va risolto dunque sulla base dei principi generali. In sede di prima veloce analisi può dirsi che la sospensione dell'attività, derivante dall'obbligo di conformarsi al provvedimento del personale ispettivo, determini una situazione di impossibilità oggettiva temporanea di svolgimento delle prestazioni di lavoro, la cui causa tuttavia è certamente imputabile allo stesso datore di lavoro (in quanto il provvedimento trova ragione nei suoi comportamenti illeciti). Ciò dovrebbe far escludere, da un lato, la possibilità per l'impresa di fare ricorso alla cassa integrazione guadagni ordinaria e, dall'altro, la possibilità di ritenersi liberati dagli obblighi nei confronti dei lavoratori: se è vero che il datore di lavoro non ha la possibilità concreta di ricevere la prestazione, ciò deve ritenersi imputabile a sua responsabilità. Si potrà semmai discutere se, in tale situazione, permanga integra l'obbligazione di retribuire i lavoratori (come pare preferibile) o se la stessa sia sostituita da un'obbligazione di carattere risarcitorio equivalente alla retribuzione persa (in questa seconda ipotesi, il risarcimento potrebbe essere diminuito nel caso il lavoratore abbia potuto, nel periodo di sospensione del lavoro, maturare altri guadagni).

Nell'ipotesi in cui il provvedimento di sospensione dell'attività concorra a determinare l'insolvenza dell'impresa, con successivo fallimento

(14) Si tratta ovviamente, per tale ragione, di uno strumento delicato da utilizzare con senso di responsabilità: per la natura discrezionale del provvedimento, da sottoporre a valutazione di opportunità, entro certi limiti, vedi le Circolari del Ministero del lavoro n. 29 del 28 settembre 2006 e n. 24 del 14 novembre 2007.

(o altra procedura concorsuale), le conseguenze potranno essere pesanti anche per i lavoratori, con l'eventuale licenziamento per cessazione di attività. Si tratta tuttavia di ipotesi eventuale, come si è detto, poiché in tal caso potrebbe intervenire la cassa integrazione *ex art.* 3, legge n. 223/1991, e l'attività potrebbe essere successivamente ripresa nel corso della procedura. In ogni caso, i lavoratori avrebbero titolo a richiedere il pagamento, a carico della massa fallimentare e con i privilegi di legge, delle retribuzioni non percepite in relazione al periodo di sospensione precedente al fallimento.

In caso di insolvenza o mancato pagamento del dovuto, peraltro, e nel caso in cui l'attività sospesa si inquadri nell'ambito dell'esecuzione di un appalto (e finché questo perduri), si deve ritenere che anche dei crediti maturati nel periodo di sospensione dell'attività, per ordine degli ispettori del lavoro, possa essere chiamato a rispondere (anche) il committente, in forza degli artt. 29, d.lgs. n. 276/2003, e 1676 cod. civ. (in quanto si tratta comunque di trattamenti dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto; resta ferma la possibilità del committente di agire in via risarcitoria nei confronti dell'appaltatore).

Infine, sempre nell'ipotesi di mancata soddisfazione dei crediti dei lavoratori per il periodo di sospensione dell'attività, non deve scartarsi la possibilità di agire in via personale nei confronti degli amministratori o dirigenti che abbiano dato luogo (certamente con dolo o colpa grave, data la violazione di norme imperative di legge) alla situazione di irregolarità che ha provocato la sospensione dell'attività. Si può ritenere che si tratti, in questo caso, di un'azione di carattere risarcitorio per responsabilità extracontrattuale, che nel caso degli amministratori dovrà essere probabilmente valutata alla luce della disciplina generale, anche di carattere processuale, della responsabilità degli organi amministrativi di società e altre imprese.

4. — Segue: *C) Le procedure di emersione* — La comparazione con i dati prima esposti rende subito evidente, invece, lo scarso rilievo dell'ultima disciplina dell'emersione varata dal legislatore con la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, commi 1192-1201): secondo i dati di fonte Inps (15), le domande non raggiungono le 2.300 sul piano nazionale,

(15) Aggiornati al 18 ottobre 2007, dopo la scadenza del termine originario per la presentazione delle domande di emersione, sulla base degli accordi sindacali previsti dalla legge. Con d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 (non ancora convertito in legge, al mo-

per un numero di lavoratori regolarizzati inferiore ai 10.000: la distribuzione territoriale mostra dati differenziati per Regione, ma sempre contenuti (se non talvolta insignificanti) rispetto alla dimensione stimata del fenomeno, e ai paralleli risultati dell'attività di vigilanza (16).

È peraltro constatazione non nuova che i vari strumenti di emersione, sperimentati nel tempo, abbiano prodotto risultati scarsi, se non addirittura fallimentari. Inferiore alle aspettative, e a macchia di leopardo, è stato il bilancio dei contratti di riallineamento (17), mentre del tutto fallimentare è stata, nonostante le caratteristiche di grande vantaggio offerte alle imprese, l'esperienza dei provvedimenti «Tremonti» (legge n. 383/2001 e successive numerose modifiche) (18). E deve ormai ritenersi che ciò valga anche per la procedura di emersione disciplinata dalla Finanziaria 2007.

Le ragioni di tali fallimenti, parziali o totali, possono ovviamente rinvenirsi in una pluralità di fattori, sia di sistema (19) sia di carattere tecnico, attinenti questi ultimi al contenuto stesso e alla fattura tecnica dei singoli provvedimenti. In proposito, non si può non segnalare la necessità di un diverso rapporto, rispetto alle ultime esperienze, tra fonte legale e fonti (in senso lato) amministrative. La praticabilità di tali procedure è strettamente correlata alla certezza degli orientamenti applicativi dei vari soggetti interessati (amministrazione del lavoro, enti previdenziali, Agenzia delle entrate ecc.); per tale motivo la legge istitutiva delle

mento in cui si scrive), il termine per la presentazione delle istanze di emersione è stato prorogato al 30 settembre 2008.

(16) In Lombardia, per la quale disponiamo di dati relativi alla vigilanza, le richieste di emersione sono state 202, per soli 403 lavoratori; il solo strumento della sospensione dell'attività, applicabile nei soli casi di imprese che occupino più del 20% di lavoratori in nero, ha prodotto 225 provvedimenti e rivelato quasi 600 posizioni di lavoratori in nero. Nella città di Milano sono state presentate 3 richieste di emersione, mentre nel medesimo periodo veniva disposta la sospensione di 76 imprese. Si segnala il dato positivamente anomalo dell'Emilia Romagna (in buona parte concentrato nella Provincia di Modena) che vede 258 domande di emersione e ben 4.754 lavoratori regolarizzati.

(17) Per un bilancio delle politiche in materia v. T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 52; A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Torino, Giappichelli, 2000.

(18) Per un'analisi tecnica vedi, se vuoi, F. Scarpelli, *L'emersione del lavoro nero nella legge Tremonti (dopo le modifiche della legge n. 73/2002 e del d.l. n. 210/2002)*, in q. Riv., 2003, n. 1, p. 29. Per un bilancio C. Lucifora, *op. cit.*, pp. 119 ss.

(19) Sui motivi del fallimento delle politiche legislative nazionali per l'emersione v. le riflessioni di Esposito, *Le iniziative legislative per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nella Regione Campania*, in Pinto (a cura di), cit., p. 123.

procedure di emersione dovrebbe evitare di imporre fin dall'inizio dei termini (poi inevitabilmente oggetto di proroghe) ma semmai promuovere (eventualmente nell'ambito della Cabina di regia sopra ricordata) il coordinamento tra i vari enti per giungere in tempi rapidi a diffondere regole applicative chiare, che consentano agli operatori di risolvere ogni dubbio connesso alla procedura che stanno avviando.

In ogni caso, e nonostante il suo attuale (e forse temporaneo) insuccesso, la legge finanziaria per il 2007 costituisce – dopo la fallimentare esperienza della precedente legislatura (con la sola eccezione, nel caso dei provvedimenti varati dai governi di centro-destra, della emersione e regolarizzazione dei lavoratori stranieri non comunitari) – un modello avanzato e socialmente progressivo di emersione, grazie al ruolo affidato alle parti sociali, da un lato, e alla tutela delle condizioni di corretta concorrenza, dall'altro. La disciplina dell'emersione nella legge Tremonti, infatti, aveva due caratteristiche molto evidenti, e oggetto di diffuse critiche: la prima era il forte squilibrio di potere a favore dell'imprenditore, in una procedura tutta individuale e sostanzialmente affidata alle determinazioni del datore di lavoro e in assenza di concertazione sindacale (caratteristica corretta soltanto parzialmente con l'introduzione di una seconda procedura di «emersione progressiva», rimasta largamente sulla carta), condizione che inevitabilmente riservava un ruolo passivo e debole al lavoratore oggetto di regolarizzazione. La seconda era lo squilibrio di effetti della regolarizzazione a favore dell'imprenditore, che poteva godere di forti sconti e convenienze – anche a danno della regolare concorrenza con gli imprenditori onesti – sia per il periodo irregolare sia per il periodo successivo all'emersione (mentre per il lavoratore si combinavano alcuni benefici e alcuni effetti pregiudizievoli, soprattutto sul piano previdenziale) (20). Nella più recente disciplina, pur non mancando interrogativi e dubbi interpretativi, il segno è diverso: la procedura di emersione è sempre subordinata alla stipulazione di un accordo sindacale, che dovrà anche disciplinare i contenuti delle conciliazioni raggiungibili con i singoli lavoratori interessati; i vantaggi per il datore di lavoro riguardano solo il passato (mentre la legge Tremonti poneva il datore di lavoro emerso in una situazione di forte vantaggio, rispetto alle altre imprese, anche per un periodo successivo alla rego-

(20) Si rinvia all'analisi contenuta in F. Scarpelli, *L'emersione del lavoro nero nella legge Tremonti...*, cit., 2003, n. 1, p. 29.

larizzazione), e la misura degli oneri contributivi e assicurativi dovuti (e rateizzabili) è molto più significativa (due terzi).

Pur nelle rilevate differenze, il comune destino di insuccesso delle richiamate discipline deve far riflettere su possibili altre vie: un'alternativa potrebbe essere quella di orientarsi verso provvedimenti non di carattere generalizzato, ma misurati sulle caratteristiche specifiche di lavori, settori produttivi o servizi nei quali l'irregolarità è fenomeno così diffuso da non potere essere affrontato solo in una logica repressiva, e caratterizzati da contenuti di convenienza (che non siano, però, socialmente dannosi o eticamente inaccettabili) tali da favorire significative quote di adesione.

In questo senso depone l'esperienza – unica di significativo successo in anni recenti – della emersione/regolarizzazione dei lavoratori stranieri non comunitari avvenuta nel 2002, la cui riuscita era dovuta proprio alla forte spinta degli stessi lavoratori, interessati a regolarizzare il soggiorno sul territorio dello Stato.

Un'ipotesi di intervento settoriale potrebbe essere valutata per il settore delle collaborazioni domestiche e rapporti similari (persone che svolgono funzioni di assistenza degli anziani, ai bambini ecc.), che come è noto vede una forte diffusione di lavoro non formalizzato. Qui, la regolarizzazione dovrebbe essere perseguita con un insieme di strumenti che tengano conto dell'importanza sociale di tali servizi (spesso sostitutivi o integrativi di quelli pubblici) e del ruolo fondamentale che gli stessi assumono per consentire soprattutto alle donne (datrici di lavoro e nel contempo lavoratrici) la difficile conciliazione tra vita professionale e familiare. Tali strumenti, assieme all'emersione dall'eventuale irregolarità, dovrebbero prevedere, da un lato, misure di estrema semplificazione degli adempimenti fiscali, contributivi e assicurativi, nonché misure forfettarie di imposizione sufficientemente moderata da non elevare significativamente costi già pesanti per la gran parte delle famiglie; dall'altro, la possibilità di una (almeno parziale) deducibilità a fini fiscali dei costi di tali collaborazioni da parte dei datori di lavoro. In tal modo verrebbe fortemente incentivata l'emersione del lavoro domestico e nel contempo se ne riconoscerebbero pienamente il valore sociale e la finalità conciliativa sopra accennata (21).

(21) Quanto esposto dovrebbe indurre a riconoscere tale deducibilità – nello stesso modo in cui un'impresa può dedurre a bilancio i costi del personale – a prescindere dal reddito familiare dei datori di lavoro, così attribuendo a tale meccanismo fiscale una funzione non tanto di sostegno economico e redistributivo, quanto di sostegno del

5. — *Spezzare i legami di connivenza; aumentare la percezione del rapporto danni/vantaggi sociali* — L'importanza dei meccanismi di convenienza delle alternative tra regolarità e irregolarità impone di rivolgersi a un altro profilo delle politiche di contrasto al sommerso, sul quale peraltro il legislatore sinora non ha ritenuto di puntare. È un fatto che il ricorso al lavoro irregolare sia deciso sempre dal datore di lavoro (unico soggetto a detenere la leva decisiva in materia) ma sia, in molti casi, favorito da un atteggiamento (più o meno volontario) di connivenza del lavoratore, il quale realizza in tal modo l'obiettivo di un maggiore guadagno immediato, sacrificando (a volte con scarsa consapevolezza) non solo gli interessi generali e sociali ma anche quelli individuali di più lungo periodo, connessi in particolare agli accantonamenti a suo favore in vista di future prestazioni previdenziali e assistenziali.

Su questo terreno, sinora scarsamente considerato dalle politiche di contrasto al sommerso, sarebbe opportuno varare regole idonee a rendere inefficace e inaffidabile, per la parte più forte, l'accordo illecito col lavoratore. Non si fa riferimento, con ciò, a misure miranti a creare il cd. conflitto di interessi al momento della scelta sull'osservanza delle regole, la cui efficacia è molto discussa tra coloro che studiano le politiche di contrasto all'evasione fiscale (22), quanto a interventi sul regime fiscale e previdenziale che inducano il datore di lavoro a non potersi «fidare» della tenuta nel tempo dell'accordo elusivo con il lavoratore (non importa se accordo imposto, o che veda un'attiva partecipazione collusiva del dipendente).

In tale direzione muoveva una riflessione avviata anni fa da un gruppo di lavoro costituito in ambito sindacale, nella realtà milanese, la quale muoveva dalla constatazione di alcune iniziative dell'amministrazione finanziaria rivolte a effettuare accertamenti dell'evasione fiscale a carico dei lavoratori che percepiscono trattamenti in nero; iniziative le quali, a prescindere dalle valutazioni sul loro fondamento, rischiavano di produrre un doppio effetto negativo: da un lato, aggravando l'ingiustizia subita dal lavoratore in nero (nei casi più frequenti di lavoro irregolare che realizzi un meccanismo di sfruttamento a esclusivo vantag-

diritto al lavoro dei suoi componenti (e segnatamente delle donne lavoratrici), ciò che deve avvenire a prescindere dalla loro capacità di reddito.

(22) Vedi A. Santoro, *Il conflitto di interessi come soluzione dell'evasione?*, in www.e-conpubblica.unibocconi.it, Short Notes Series, n. 7, novembre 2006; M. C. Guerra e A. Zanardi, *Il contrasto di interessi non è la soluzione all'evasione fiscale*, in www.lavoce.info.it.

gio dell'impresa), ma soprattutto disincentivando nel lavoratore le iniziative di denuncia e tutela dei propri diritti. Sarebbe certamente più efficace, a fini dissuasivi, l'introduzione di regole fiscali e previdenziali che rendano fortemente conveniente per il lavoratore (e viceversa penalizzante per il datore di lavoro), anche a distanza di tempo, la denuncia della situazione di irregolarità (misure da accompagnare eventualmente, al momento della loro introduzione, da disposizioni che consentano ai datori di lavoro una spontanea auto-denuncia con possibilità di sanatoria a condizioni non troppo gravose). È evidente come, su una simile strada, dovrebbero fissarsi i limiti oltre i quali il meccanismo di favore per il lavoratore rischierebbe di essere avvertito come eticamente e politicamente inaccettabile (23): non senza dimenticare tuttavia che una simile misura, garantendo al lavoratore un profitto (forse non sempre) giustificato, realizzerebbe nel contempo un sicuro vantaggio di natura sociale (il valore delle sanzioni e dei contributi agli enti previdenziali) e una pesante sanzione dei comportamenti di alterazione della leale concorrenza tra imprese, con indubbia forza dissuasiva di tali comportamenti nel futuro.

In secondo luogo, pare importante individuare strumenti idonei a rafforzare un clima di consenso sociale all'attività repressiva e sanzionatoria, quali potrebbero essere percorsi più efficaci e più evidenti di ricaduta positiva sul «sistema» delle imprese sane dei risultati, in termini economici, di una rafforzata attività sanzionatoria (secondo la stessa logica che ispirava il fondo previsto dall'art. 5 della legge n. 388/2000, che era previsto utilizzasse le somme ricavate dalle emersioni per la finalità della riduzione generale delle imposte gravanti sul reddito d'impresa, e dunque con finalità perequativa nei confronti degli imprenditori regolari), accompagnati da adeguate campagne di comunicazione. Sullo stesso piano (ma questo è un problema comune alle politiche in materia fiscale) sarebbe utile introdurre regole e meccanismi idonei a dare più immediata evidenza, in ogni specifica realtà territoriale e con carattere di estrema «vicinanza» tra la misura adottata e il territorio, agli svantaggi (o viceversa vantaggi) di un tasso elevato (o contenuto) di irregolarità, così

(23) Nel gruppo di lavoro che si è ricordato, i cui risultati sono rimasti inediti, si era immaginato di fissare una soglia massima di retribuzione percepita in nero (rapportata a un moltiplicatore delle retribuzioni previste dal contratto collettivo di categoria) oltre la quale il lavoratore non potesse godere del percorso di emersione a suo esclusivo vantaggio. È evidente come simili soluzioni porrebbero il problema di prevedere regole sugli assetti probatori e atte a evitare abusi.

da creare progressivamente un clima di sanzione e scarsa tolleranza sociale nei confronti dei comportamenti opportunistici individuali (24).

6. — *Lavoro nero e comportamenti degli operatori del contenzioso del lavoro* — L'azione di contrasto al lavoro irregolare non può essere delegata alle sole amministrazioni competenti alla vigilanza, ma deve assumere caratteri di sistema e condizionare i comportamenti e le prassi di tutti gli operatori direttamente o indirettamente coinvolti. Tale considerazione implica un ruolo anche per gli operatori del contenzioso del lavoro (tecnici delle organizzazioni sindacali, avvocati del lavoro, magistrati), con ricadute sia sulle prassi sia sugli orientamenti interpretativi.

Dal primo punto di vista va sottolineato come, nei tanti casi di contenzioso avente a oggetto prestazioni di lavoro in nero, la denuncia alle autorità competenti della situazione di irregolarità divenga spesso non un fine, per la successiva tutela di interessi generali e degli enti previdenziali, ma un mezzo che opera a favore di una soluzione transattiva della controversia. Ciò avviene, è giusto sottolineare, non solo per un fattore di «comodità» comune a tutti gli attori del contenzioso e del processo del lavoro (e quindi sostanzialmente in funzione deflazionistica), ma anche in considerazione delle rilevanti difficoltà di prova dello svolgimento del rapporto di lavoro in capo al lavoratore, e quindi in funzione di una tutela (almeno) parziale dei suoi diritti di carattere patrimoniale. È indubbio, tuttavia, che la monetizzazione in sede transattiva avviene, più o meno consapevolmente, proprio in quanto l'imprenditore spera con ciò di evitare i costi sanzionatori e previdenziali, e dunque disponendo (non tecnicamente, vista l'inopponibilità dell'accordo transattivo ai terzi, ma di fatto) degli interessi generali sottesi alla fattispecie (25), ai cui enti esponenziali è difficile che pervenga notizia dell'accordo

(24) Non è certo facile immaginare come tale idea, in sé banale (l'idea che la singola comunità debba avvertire direttamente, entro certi limiti, i danni di un tasso elevato di illegalità, evitando che il danno sociale della stessa sia avvertito così lontano da soccombere rispetto ai vantaggi delle scelte opportuniste), possa tradursi in strumenti nello stesso tempo efficaci e non troppo onerosi finanziariamente: si potrebbe immaginare, ad esempio, a fondi di sostengo dei soggetti in condizione di disoccupazione, ma con vantaggi anche per le imprese, il cui finanziamento sia legato alla concreta e specifica situazione territoriale, e inversamente proporzionale al tasso di irregolarità locale.

(25) E col concorso, si ripete, di tutti gli attori in campo: chi scrive, che assume spesso il ruolo di professionista chiamato ad agire a tutela di lavoratori impiegati in nero, non ha difficoltà a riconoscere prima di tutto la responsabilità culturale della pro-

(ovvero nei cui confronti l'accordo, per i suoi contenuti dichiarativi, rende più difficile l'azione di accertamento delle irregolarità consumate).

Peraltro, anche nel caso in cui prosegua il contenzioso, si ha l'impressione di una certa difficoltà che allo stesso facciano seguito accertamenti sanzionatori in sede amministrativa. Ciò, a prescindere dalla rilevanza quantitativa del fenomeno, non contribuisce evidentemente alla percezione di una atmosfera di severità nei confronti dell'irregolarità (in funzione dissuasiva di simili scelte), come invece avverrebbe ove la segnalazione ai servizi ispettivi fosse considerata conseguenza certa e normale del sorgere di un contenzioso sul lavoro nero.

Un simile esito sarebbe quindi certamente favorito da una scelta di carattere generale, da parte delle organizzazioni sindacali (opportuna) (26) e da parte dei magistrati (doverosa), di procedere sempre alla segnalazione delle situazioni di irregolarità portate alla loro attenzione; perché una simile prassi si consolidi e prosegua nel tempo, peraltro, sarebbe opportuno adottare strumenti che producano un flusso di «ritorno», verso gli stessi operatori, in merito agli esiti degli accertamenti disposti a seguito della segnalazione (così da restituire il senso della funzione sociale svolta, evitando la sensazione di una procedura burocratica senza esiti, che ne segnerebbe presto o tardi la desuetudine, e compensando in tal modo il sacrificio – in termini di una inevitabile riduzione delle situazioni conciliabili – sopportato dai medesimi operatori).

Ciò premesso, anche sul piano della gestione del contenzioso sarebbe opportuno adottare e rafforzare ogni prassi interpretativa che, nei limiti di quanto consentito dalla legge, o con opportune modifiche di legge, rendano sempre più rischiosa per il datore di lavoro la scelta dell'irregolarità. Pur non essendo questa la sede per approfondimenti tecnica-

pria categoria nell'accedere a soluzioni transattive normalmente più semplici di un faticoso percorso giudiziario di accertamento, a rischio non solo di esito negativo ma anche di più difficile realizzabilità dei crediti che ne risultino accertati.

(26) A quanto risulta, i comportamenti da questo punto di vista sono diversi da territorio a territorio e tra le diverse organizzazioni sindacali. Non si può tuttavia ignorare la difficoltà cui è di fronte l'organizzazione sindacale nell'attivare la segnalazione agli organi di vigilanza, finché la stessa possa considerarsi (anche) quale denuncia dello stesso lavoratore cui è formalmente comune la condizione di evasore fiscale. Anche sotto questo profilo, sarebbe opportuna una riforma delle regole fiscali che chiarisca, entro certi limiti, l'esclusiva responsabilità a fini fiscali e contributivi del datore di lavoro (l'ultima già sostenibile sulla base dell'art. 23, legge n. 218/1952: v. Cass. sentenza n. 4399 del 02 luglio 1988; quella a fini fiscali oggettivamente più incerta nell'attuale quadro normativo).

mente non semplici, si vogliono segnalare alcuni profili in materia di distribuzione degli oneri probatori.

Il primo riguarda la valorizzazione della recente disciplina del contratto a progetto, *ex artt.* 61 ss., d.lgs. n. 276/2003, la quale, se pure ne è discussa l'efficacia con riguardo a prassi elusive della qualificazione del rapporto come subordinato o autonomo, incide con sicura efficacia sugli assetti probatori in materia di lavoro in nero: infatti, stante la formulazione degli artt. 62 e 69 *decr. cit.*, al lavoratore impiegato irregolarmente sarà oggi sufficiente, a differenza del passato, allegare e dimostrare la sussistenza di una prestazione connotata dai caratteri della continuità e della collaborazione coordinata alle esigenze del datore di lavoro, non essendo più indispensabile dare specifica prova della sussistenza degli indici di subordinazione. Infatti, attesa la sicura assenza nei rapporti in nero di un progetto, e della formalizzazione dello stesso, opereranno a quel punto la presunzione di subordinazione cui all'art. 69 o comunque gli stringenti limiti di prova in capo al datore derivanti dall'art. 62.

Sul piano dei diritti connessi allo svolgimento del rapporto, poi, andrebbe valorizzato nella prassi giudiziaria l'orientamento più rigoroso relativo alla distribuzione degli oneri probatori tra le parti del rapporto di lavoro, con l'effetto di invertire la condizione tradizionale per cui, paradossalmente, la scelta di ricorrere al lavoro nero può tradursi in una posizione di convenienza sul piano processuale. Così, a ben guardare, non dovrebbe essere: data da parte del lavoratore la prova dell'avvenuto svolgimento della prestazione con carattere di continuità, per un certo periodo, si presume che lo stesso (come si è appena detto) sia subordinato, che si sia svolto a tempo pieno (come effetto naturale del negozio), che perciò sia dovuto il normale trattamento economico e che sia onere del datore di lavoro provare l'eventuale minore prestazione o il parziale adempimento, eventuali assenze ecc. (così come è invece onere del lavoratore provare lo svolgimento di prestazioni straordinarie, o il mancato godimento delle ferie) (27). Sul piano dei trattamenti, da parametrare a quelli previsti dal contratto collettivo di settore stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, *ex art.* 36 *Cost.* e 2070 *cod. civ.* (28), sarà onere del datore di lavoro dare prova degli avvenuti pa-

(27) Cfr. Cass. 18 aprile 1994, n. 3651; Cass. 5 maggio 2001, n. 6332.

(28) Cfr. Cass., Ss.Uu., 26 marzo 1997, n. 2665.

gamenti, limitandosi l'onere del lavoratore alla prova della prestazione (29): tale osservazione esime il lavoratore, che sia in grado di provare altrimenti lo svolgimento della prestazione, dal dovere di allegare le somme percepite irregolarmente, trasformandosi così, di conseguenza, in un potente strumento di riduzione della convenienza del lavoro nero per il datore di lavoro, esposto al rischio (parziale) di doppi pagamenti (30).

Nella stessa direzione, peraltro, dovrebbero andare auspicabili modifiche legislative, con l'introduzione (soprattutto a favore degli enti previdenziali e di vigilanza) di meccanismi presuntivi idonei a rovesciare in capo al datore di lavoro che abbia scelto di ricorrere al nero, senza alcuna formalizzazione dei rapporti relativi alle prestazioni di fatto utilizzate, l'onere di dimostrare – una volta che siano riscontrati elementi indiziari minimi – l'assenza di continuità dei rapporti, la durata degli stessi ecc. Inoltre, data la particolare diffusione delle irregolarità presso imprese di piccole dimensioni, spesso poi risultanti insolventi, sarebbe opportuno accentuare e rendere più chiare le possibilità di chiamare a respon-

(29) Cfr. ancora Cass. n. 6332/2001, cit.: quando il lavoratore si limiti a chiedere la retribuzione contrattuale, «... è tenuto a provare soltanto l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato, e cioè la sua durata e il livello contrattuale, mentre grava sul datore di lavoro l'onere di provare di avere adempiuto alle proprie obbligazioni [...] oppure che la prestazione fornita dal lavoratore è stata inferiore rispetto ai parametri cui la retribuzione contrattuale è commisurata».

(30) Quando i pagamenti siano avvenuti in contanti la prova dei medesimi non sarà di norma possibile, con l'effetto di uno svantaggio processuale compensatorio dei vantaggi goduti con la precedente scelta di irregolarità; peraltro, quando l'imprenditore disponga di documenti probatori dei pagamenti, la situazione qui descritta lo pone di fronte alla scelta se produrli, rendendo più agevole l'accertamento della sussistenza del rapporto in nero, o rischiare gli effetti economici di una condanna piena. Tale meccanismo è stato talvolta adottato in azioni «pilota» promosse a cura della Sezione Politiche giudiziarie della Camera del lavoro di Milano, su idea e suggerimento dell'avv. Cosimo Francioso (che si ringrazia per la segnalazione dei provvedimenti in materia). Esso, che peraltro è stato pienamente condiviso in almeno un caso dall'organo giudicante (Trib. Milano 2 agosto 2002, n. 2481, Est. Negri della Torre, inedita a quanto consta), ha in realtà incontrato reazioni di scarsa disponibilità da parte di diversi giudici: comprensibili, se rapportate al rischio di un eccesso di protezione del lavoratore nel caso singolo, ma errate (non solo tecnicamente, per quanto si è detto, ma anche) socialmente, poiché è evidente che il diffondersi di una simile prassi costituirebbe un potente strumento preventivo, riducendo radicalmente la convenienza economica (o meglio: incidendo sul fattore rischio connesso alla scelta del risparmio immediato) del ricorso al lavoro nero, traducendosi nel lungo periodo, tra l'altro, in una possibile riduzione del relativo conenzioso.

dere personalmente, sia dei crediti del lavoratore sia degli obblighi previdenziali, fiscali e sanzionatori, gli amministratori e coloro che hanno consapevolmente agito nella scelta dell'irregolarità.

L'obiettivo, evidentemente, è quello di creare intorno alla scelta del «nero» un insieme di fattori di rischio, di scarsa convenienza nel lungo periodo, di riprovazione sociale ecc., atti a ridurre prassi non solo dannose per il lavoratore, ma fortemente distorsive della concorrenza con le imprese corrette.

7. — *La regolarità come presupposto di accesso alle attività economiche: il Durc* — Le tecniche di regolazione degli obblighi che le imprese e i cittadini hanno verso lo Stato vanno evolvendosi verso strumenti innovativi, che spesso superano la logica rigida obbligo/sanzione. È il caso delle regole miranti a definire modelli virtuosi di comportamento, il cui rispetto fa presumere la condizione di regolarità. In campo fiscale è stata introdotta da anni la tecnica degli studi di settore, elaborati in collaborazione con gli enti rappresentativi delle diverse categorie di professionisti e imprese. Uno strumento analogo è stato ora proposto, in via sperimentale, per incentivare e promuovere la regolarità contributiva dei datori di lavoro: si tratta degli «indici di congruità» (art. 1, commi 1173 e 1174, legge n. 296/06), la cui proposta risale peraltro a iniziative delle organizzazioni sindacali confederali e la cui elaborazione si sta sviluppando anche nell'ambito di significativi provvedimenti di legislazione regionale. Di tale strumento si occupa altro contributo pubblicato in questa *Rivista*, cui pertanto si rinvia.

Sul medesimo piano si pone la generalizzazione del Durc (documento unico di regolarità contributiva) quale strumento certificativo già da tempo sperimentato nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura e ora (art. 1, commi 1175-1176, legge n. 296/2006) esteso a qualsiasi attività quale condizione per ottenere ogni beneficio di carattere normativo e contributivo previsto dalla normativa in materia di lavoro e dalla legislazione sociale.

La logica adottata, dunque, non è di carattere repressivo ma premiale, incentivando la permanenza nella regolarità quale condizione per l'accesso al mercato (o a specifici mercati). Si tratta di tecnica analoga a quella della «qualificazione» dei soggetti ammessi a operare in un determinato mercato, già sviluppata (ma con attenzione rivol-

ta, per il nostro argomento, più alla sicurezza che alla regolarità del lavoro) nella disciplina degli appalti pubblici (31).

Con decreto ministeriale del 24 ottobre 2007 (32) si è provveduto a specificare soggetti obbligati a chiedere e soggetti tenuti a rilasciare il documento unico, e altri aspetti procedurali e di contenuto. L'art. 5 e l'allegato A provvedono a specificare i requisiti di regolarità contributiva, con riferimento sia alla correttezza dei versamenti previdenziali sia all'osservanza di discipline a tutela della sicurezza del lavoro sia, infine, all'assenza di contestazioni in ordine all'utilizzo di manodopera irregolare (33): è evidente come l'efficace applicazione di tale disciplina comporti un ulteriore significativo deterrente al ricorso al lavoro irregolare, per il timore di rimanere esclusi da importanti settori di attività economica.

8. — *Lavoro irregolare: responsabilità e modelli di impresa* — Il contrasto al lavoro irregolare non può andare separato da un'azione diretta a migliorare ed elevare gli *standard* qualitativi delle organizzazioni di impresa (nonché, indirettamente, la stessa cultura d'impresa del paese, inducendola a introiettare in modo più convinto e più diffuso valori di legalità e sicurezza del lavoro).

In questa direzione si muovono certamente le misure dirette a favorire una maggiore responsabilizzazione dei soggetti imprenditoriali che governano i processi produttivi, ovvero a far risalire le responsabilità ai gradini più elevati delle filiere produttive caratterizzate da appalti e subappalti. Su questo terreno, ancora una volta, i segnali lanciati agli operatori sembrano invertire una tendenza alla parziale de-responsabilizzazione che poteva trarsi da alcuni provvedimenti della precedente legislatura (penso in particolare alla parziale attenuazione delle responsabilità del committente, rispetto al passato, prevista dall'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, in sostituzione del regime dell'abrogato art. 3, legge n. 1369/1960).

Le misure in materia di appalti si sviluppano, nei provvedimenti della XV legislatura, con una serrata successione che dà la misura del-

(31) V. ancora, se vuoi, Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza...*, cit.

(32) In *Gazz. Uff.* n. 279 del 30 novembre 2007; v. anche la Circolare Ministero del lavoro n. 5 del 30 gennaio 2008.

(33) L'accertamento della violazione dell'art. 3, commi da 3 a 5, del già citato d.l. n. 12/2002 (impiego lavoratori non risultanti da scritture e documenti obbligatori) comporta il mancato rilascio del Durc per un periodo minimo di sei mesi.

l'importanza attribuita dal governo al tema. Nel decreto Bersani vengono stabilite regole di responsabilità dell'appaltatore per il versamento delle ritenute fiscali e dei contributi previdenziali e assicurativi relativi ai rapporti di lavoro dei dipendenti del subappaltatore, salvo che verifichi il corretto adempimento di tali obblighi, e un analogo dovere di verifica da parte del committente (art. 35, legge n. 248/06: l'operatività della disciplina è tuttavia subordinata provvedimenti attuativi che, a legislatura conclusa, non sono ancora stati emanati). Nella finanziaria 2007 viene rafforzata la garanzia prevista dal già citato art. 29, d.lgs. n. 276/03, estendendone l'efficacia temporale ai due anni dalla cessazione dell'appalto e, soprattutto, estendendo l'obbligazione solidale del committente, per i trattamenti dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto, non solo a favore dei dipendenti dell'appaltatore ma anche di quelli degli eventuali subappaltatori (art. 1, comma 911, legge n. 296/06): è evidente la finalità di impedire che il committente, che normalmente è il soggetto che muove le leve economiche della filiera produttiva, si disinteressi di ciò che avviene «a valle» del suo appaltatore, con la giustificazione dell'autonomia imprenditoriale di quest'ultimo. Ancora la Finanziaria (art. 1, comma 910) e poi l'art. 3 della legge n. 123/07 prevedono novità di notevole rilievo, intervenendo sull'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994: in particolare, oltre a introdurre l'obbligo di evidenziare in ogni contratto di appalto (anche privato) i costi relativi alla sicurezza del lavoro, e a prevedere disposizioni rafforzative del ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, si introduce una regola di responsabilità solidale del committente con l'appaltatore, ma anche con ciascuno degli eventuali subappaltatori, «per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato a opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro»: una regola di responsabilità assai forte, e operante tanto per il lavoro regolare quanto per quello irregolare, che dovrebbe indurre i soggetti che ricorrono ad appalti a selezionare imprenditori seri, che adottino effettive misure preventive e di tutela della sicurezza del lavoro (e dunque, con ogni probabilità, imprese nelle quali si farà minore ricorso a lavoro irregolare) (34).

(34) Per un primo commento del nuovo art. 7 sia consentito rinviare a F. Scarpelli, *Le responsabilità del committente negli appalti e il contrasto al lavoro nero: nuovi interventi del legislatore*, in *Note inf.*, 2007, n. 40, p. 26.

Si tratta di ulteriori tasselli di un insieme di regole (35) che invitano ad avviare una riflessione sistematica sui compiti e l'oggetto delle politiche del lavoro. Politiche che non possono limitarsi alla tradizionale regolazione del rapporto di lavoro, alla tutela dei diritti della persona che lavora, nell'impresa e sul mercato, ma devono aspirare a divenire un tassello di una più ampia regolazione dell'economia e delle attività produttive, diretta a innalzare la qualità dello sviluppo e, proporzionalmente, a ridurre la tendenza a giocare la competizione economica su modelli di «bassa competitività» (36). Ciò significa interessarsi, come fanno le norme qui citate, anche dei rapporti contrattuali tra imprese di un medesimo progetto produttivo, e delle loro ricadute sulle condizioni di lavoro dei dipendenti collocati in ogni punto dell'organizzazione.

Le politiche regolative del lavoro non possono fare a meno – se vogliono acquisire maggiore effettività e incidere sui modelli di sviluppo, e quindi anche sul loro tasso di legalità – di dialogare e interagire con le regole dell'impresa: ad esempio, aggredendo la frontiera della responsabilità giuridica, sia nel senso del parziale superamento dei limiti soggettivi della persona giuridica (si pensi a proposte come quelle della cd. codatorialità in situazioni nelle quali i classici strumenti di qualificazione del rapporto lavorativo e dei legami di dipendenza e subordinazione faticano a operare) sia con l'introduzione di più chiare regole di responsabilità personale di amministratori e soci (contro i ricorrenti abusi della personalità giuridica) nei casi di palesi violazioni di discipline imperative di tutela del lavoro; o ancora incentivando in vario modo, nel gioco tra regolazione legale e contrattazione collettiva, la crescita dimensionale delle imprese o il loro collegamento in reti d'impresa con forte connotazione di responsabilità sociale.

(35) V. anche quelle previste dal codice degli appalti pubblici: d.lgs. n. 163/2006, in via di ulteriore rafforzamento con la delega per il Testo Unico sulla sicurezza, legge n. 123/07.

(36) M. Paci, *Nuovi lavori, nuovo welfare. Sicurezza e libertà nella società attiva*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 83.

Lorenzo Zoppoli ()*

UNIONE EUROPEA E LAVORO SOMMERSO:
NUOVE ATTENZIONI E VECCHIE CONTRADDIZIONI (**)

SOMMARIO: 1. L'Europa sociale rinnova l'allarme per l'*undeclared work*: la comunicazione della Commissione del 24 ottobre 2007 – «Rafforzare la lotta al lavoro sommerso». — 2. Il lavoro sommerso tra i principi della *flexicurity* e gli sviluppi della Strategia europea per l'occupazione (Seo): si fa strada una nuova linea di politica del diritto europea? — 3. Prendendo sul serio il Metodo aperto di coordinamento (Mac): *soft law* e asimmetria degli strumenti regolativi. — 4. *Segue*: più interventismo sulla libertà di circolazione e sull'impiego di immigrati clandestini (o stranieri «irregolari»). — 5. Disarmonicità delle definizioni e arbitrarietà delle procedure. — 6. Aiuti alla creazione di nuova occupazione e lavoro di qualità. — 7. Cooperazione amministrativa europea e riorganizzazione dell'intervento pubblico nazionale (italiano) sui mercati (locali) del lavoro.

1. — *L'Europa sociale rinnova l'allarme per l'undeclared work: la comunicazione della Commissione del 24 ottobre 2007 – «Rafforzare la lotta al lavoro sommerso»* — Se c'è un'area dell'azione pubblica interessata in maniera crescente da politiche, norme e strumenti di derivazione europea, questa è l'area del mercato e della regolazione del lavoro. Com'è noto da circa un anno si è sviluppato nell'Unione un ampio e approfondito dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro, nel quale uno spazio notevole ha avuto la questione del lavoro sommerso (1). Uno dei primi risultati di questo dibattito è stata proprio una comunicazione della Commissione europea su questa problematica (2),

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli «Federico II».

(**) Il saggio riprende, ampliandola e aggiungendo le note necessarie, la relazione tenuta il 29 novembre 2007 al Seminario Field «Questioni sul lavoro sommerso», organizzato a Catanzaro/Germaneto da Regione Calabria, Fondazione Field e Università Magna Graecia di Catanzaro.

(1) Vedi L. Zoppoli, M. Delfino (a cura di), *Flexicurity e tutele*, Roma, 2008; il numero monografico 3/07 della Rivista *Dir. lav. mer.*, dedicato alla *Flexicurity in Europa*; il numero 4/07 di *Dir. rel. ind.*, parzialmente sullo stesso tema.

(2) Vedi la comunicazione della Commissione del 24 ottobre 2007 - Com (2007) 628 definitivo.

comunicazione che assume dunque una notevole importanza: generale, per i temi del mercato e della disciplina del lavoro; specifica, per la lotta al lavoro sommerso.

A distanza di meno di dieci anni dalla precedente comunicazione (3), la Commissione europea torna a segnalare «la persistente rilevanza dell'economia informale, di cui si avverte anche una certa espansione in alcuni settori [...] e in relazione ad alcune tipologie di lavoro». Perciò, con la nuova comunicazione, la Commissione, ritenendo che «appaiono legittimi i dubbi in merito al livello di attenzione che la politica riserva al lavoro sommerso [...] intende evidenziare la rilevanza politica del fenomeno».

Se il buon giorno si vede dal mattino, l'*incipit* della nuova Comunicazione in tema di *undeclared work* è molto promettente, soprattutto in una fase come quella italiana nella quale stiamo vivendo una rinnovata attenzione della politica alla questione del sommerso, com'è attestato dalle molte novità che emergono sul piano legislativo e amministrativo. Non c'è dubbio, infatti, che la migliore ascrizione delle tematiche del lavoro sommerso è alla sfera «politica», cioè ai temi della conservazione/costruzione della *polis* come comunità di cittadini che si danno delle regole di civile convivenza e le rispettano. L'espandersi del sommerso – qualunque definizione riteniamo di accoglierne (4) – equivale all'affermazione di una *second community*, dove vigono regole diverse da quelle conosciute e applicate nel resto dell'Unione europea. È un po' come se a fianco dei 27 Stati membri – una molteplicità già così difficile da regolare e governare – avessimo a che fare con altrettante realtà economico-lavorative, ma meno conoscibili e molto più restie ad accettare autorità, regole e oneri comuni agli altri consociati. Siamo chiaramente in un territorio dove il confine tra diritto e politica è più labile che mai.

Non bisogna però enfatizzare più di tanto la lettura politica che la Commissione propone del fenomeno. Infatti, già nella Comunicazione del 1998 era presente una lettura «politica», riguardante sia i rapporti tra

(3) Vedi Com 98 (219) del 7 aprile 1998.

(4) Su questo aspetto vedi, almeno, A. Viscomi, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, pp. 379 ss.; A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2002; e, per i profili socio-economici, A. Lombardi, P. De Vivo, *L'economia sommersa: caratteristiche strutturali ed elementi congiunturali (politiche, modelli, approcci) nel contesto nazionale e nella Regione Campania*, in M. Rusciano, M. Esposito (a cura di), *Lavoro sommerso in Campania. Linee di intervento*, Napoli, 2006, pp. 15 ss.

gli Stati membri (ma con la precisazione che «a livello internazionale [...] la capacità del lavoro sommerso di distorcere le pratiche di correttezza commerciale sia [sarebbe, *n.d.a.*] – minima») sia i rapporti tra imprese e tra cittadini e Stato. A quest'ultimo riguardo nel 1998 si concludeva in modo assai netto, ritenendo che «l'impatto principale è quello che concerne le entrate delle finanze pubbliche». Molto ci sarebbe da dire su queste analisi; quel che qui interessa è però che il riferimento alla sfera politica così si allarga, assumendo una latitudine e una poli-significatività notevole (o, se si preferisce, si restringe enormemente alla sola questione fiscale).

La verità è che la lettura politica del sommerso va coniugata almeno con quella economica. Questa, ancor più di quella politica, sfugge alle competenze del giurista. Ma non si può non segnalare come appaia suggestiva e densa di implicazioni sul piano delle politiche del diritto la contrapposizione tra due diversi orientamenti di lettura economica del fenomeno: quello liberista e quello keynesiano.

Secondo il primo orientamento la causa del sommerso sta essenzialmente nella *necessità* di sottrarsi a vincoli ordinamentali troppo rigidi, pena l'aborto o il fallimento di molte iniziative imprenditoriali. Da questa analisi derivano sia stigmatizzazioni sull'alterazione della concorrenza leale sia terapie declinate in termini di allentamenti delle tutele del lavoro, detassazioni varie, semplificazioni burocratiche. Queste ultime possono rispondere a sacrosante esigenze di ammodernamento delle regole giuridiche, ma risolversi anche in un terribile truismo: per eliminare il sommerso è sufficiente eliminare regole e diritti. E così la lotta al sommerso diviene, per un verso, il vagone di testa di quel treno senza meta denominato efficacemente *race to the bottom* e, per l'altro, il *de profundis* della civiltà delle regole.

L'orientamento keynesiano parte invece dall'assunto secondo cui il sommerso si spiega anche in chiave di «funzionalità» a determinati equilibri del sistema economico, in quanto realizza «l'integrazione verticale tra attività regolari e attività irregolari» (5). Questa integrazione ha due effetti, uno positivo e l'altro negativo: consente un risparmio sui costi di produzione, segnatamente in ordine al costo del lavoro; ma determina una minore efficienza del sistema, perché le imprese irregolari ra-

(5) G. Forges Davanzati, *Le politiche di contrasto al lavoro non regolare: orientamenti teorici alternativi*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Bari, 2007, p. 89.

ramente hanno elevati livelli tecnologici. Perciò, «letto in tal senso, il sommerso appare funzionale a un modello di sviluppo fondato sulla competizione di costo e [...] non funzionale a un modello di sviluppo basato sulla qualità del lavoro, dei processi produttivi, dei prodotti. E letto in tal senso il sommerso non costituisce causa di “concorrenza sleale” nei confronti dell’emerso» (6).

Fatta la tara a quest’ultima affermazione (perché mi pare difficile ipotizzare che tutte le imprese regolari riescano o vogliano realizzare la medesima integrazione verticale con quelle irregolari), mi sembra che l’interpretazione keynesiana, oltre a spiegare la notevole diffusione del sommerso in determinati territori e settori, che però restano saldamente collegati al resto della nazione e dell’economia (7), costituisca in definitiva il paradigma in cui si inserisce, seppure con qualche titubanza, il ragionamento più recente della Commissione europea. Almeno se lo si colloca nella parabola evolutiva disegnata a partire dal 1998.

Nella prima comunicazione, sin dall’inizio, era posta in risalto una lettura alternativa: il sommerso come effetto «di una scelta individuale di persone che approfittano del sistema e indeboliscono nel contempo i meccanismi di solidarietà» o come effetto «di una maggiore flessibilità del mercato del lavoro cui la legislazione vigente si adatta troppo lentamente». La Commissione per la verità nemmeno nel 1998 prende una posizione netta (vedi le conclusioni, par. 5.), consapevole della impossibilità di ricondurre il fenomeno a un’unica spiegazione. Sembra, però, decisamente orientata a ritenere il lavoro sommerso «parte della problematica concernente il funzionamento del mercato del lavoro europeo» (vedi paragrafo 4.1.). Abbastanza chiaro, sul piano dell’analisi, è anche che il fenomeno dell’integrazione verticale regolare/irregolare non è quasi per nulla percepito, salvo segnalare «la riorganizzazione delle industrie e delle imprese in direzione di lunghe catene di disintegrazione verticale e di subappalto, al fine di rendere la produzione più flessibile e di accrescere le capacità di innovazione e di adattamento a situazioni specifiche e alle fluttuazioni di mercato». Con la considerazione che «questo tipo di flessibilizzazione porta a un aumento del lavoro autonomo e dei lavoratori-imprenditori, un certo numero dei quali può lavorare nel sommerso» (par. 2.2., lett. b).

(6) G. Forges Davanzati, *Le politiche...*, cit., p. 90.

(7) Vedi sempre G. Forges Davanzati, *Le politiche...*, cit., p. 90, con specifico riferimento al Mezzogiorno e all’agricoltura.

Comunque, nella prospettiva di intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro, la Commissione nel 1998 indica una decina di «opzioni politiche», di cui solo tre sono orientate a sanzionare o incentivare «persone o aziende che approfittano del sistema e danneggiano nel contempo il benessere della collettività» (8). Le altre sette si collocano quasi tutte sul versante delle terapie liberiste, con un particolare riferimento a: «adattamento della legislazione sul lavoro che si sia rivelata inadeguata in linea con l'evoluzione dei nuovi tipi di lavoro»; «riduzione della tassazione sulla manodopera sia per quanto concerne i costi che gravano sugli imprenditori (contributi della sicurezza sociale) che il reddito disponibile dei lavoratori»; «riduzione delle aliquote Iva applicate ai servizi ad alta densità di manodopera».

Mi pare evidente che, pur con una certa prudenza, l'indirizzo prevalente è nel senso di intervenire sulla riduzione dei costi del lavoro, collegando strettamente la lotta al sommerso alla Strategia europea per l'occupazione (in seguito Seo) (9).

Com'è noto passerà qualche anno prima che nell'ambito della Seo emerga uno specifico orientamento sul lavoro sommerso (10). Probabilmente questo ha a che vedere con i tempi di maturazione della cd. Strategia di Lisbona (11). A parte il punto 3 dell'orientamento 9 del 2001 (diretto a incoraggiare l'avvio di attività imprenditoriali), solo nel 2003 si adotta alla fine uno specifico orientamento – il n. 9 – secondo cui «gli Stati membri dovrebbero sviluppare e mettere in atto azioni e misure di ampia portata per eliminare il lavoro nero che prevedano la semplificazione del contesto in cui operano le imprese, rimuovendo i disincentivi e fornendo incentivi adatti nel quadro dei sistemi fiscale e previdenziale, dotandosi di una maggiore capacità di far rispettare le norme

(8) E consistono in «assicurare che si facciano rispettare con maggior rigore le regole»; «favorire sistemi in cui i diritti alle prestazioni della sicurezza sociale sono legati al versamento effettivo di contributi»; «fare opera di sensibilizzazione per stigmatizzare questo comportamento asociale e ribadire il fatto che truffare il sistema danneggia tutti».

(9) Vedi F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *Dir. lav. mer.*, 2006, pp. 67 ss.

(10) Vedi M. Avola (a cura di), *L'emersione del lavoro irregolare*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.

(11) Vedi A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, cit.; A. Pizzoferrato, *Il contrasto al lavoro sommerso tra diritto comunitario e diritto interno: linee di tendenza e possibili sviluppi*, in E. Gualmini, A. Pizzoferrato, S. Vergari, *Vigilanza sul lavoro. La riforma del sistema tra difesa della legalità e tutela dell'impresa*, Padova, 2005, pp. 36 ss.

e applicare sanzioni. Essi dovrebbero intraprendere gli sforzi necessari a livello nazionale ed europeo per misurare le dimensioni del problema e i progressi conseguiti a livello nazionale». Segue una risoluzione del Consiglio del 29 ottobre 2003 (in *Gazz. Uff. Ce*, C 260 del 2003) specifica quanto all'oggetto, ma, per la verità, alquanto generica in ordine ai contenuti. In essa colpisce soprattutto una nitida fotografia di un gravissimo fenomeno: «il lavoro non dichiarato e l'immigrazione clandestina si nutrono a vicenda».

Negli ultimi anni non si segnalano particolari e specifiche novità, se non un approfondimento degli studi comunitari in materia (12) e l'adozione di alcune decisioni in linea con le precedenti politiche (proroga fino al 2010 della Direttiva Iva del 1999 sulle attività *labour intensive*).

Si arriva così al dibattito sulla *flexicurity* (e, un po' prima, sull'allargamento ai nuovi Stati membri). La lotta al lavoro sommerso è presente sia nella relazione della Commissione dell'8 febbraio 2006 [Com (2006) 48] sulle limitazioni all'accesso come causa di lavoro nero sia nel *Libro verde* sulla *flexicurity* del novembre 2006. La prima avrà uno sbocco nella proposta di Direttiva del 16 maggio 2007 riguardante le sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Stati terzi senza regolari permessi di soggiorno (Com (2007) 249). Il secondo sfocia nella Comunicazione di cui si è detto all'inizio.

Qui l'analisi delle cause del sommerso è assai più approfondita e segnala da subito come il sommerso presenti risvolti negativi per tutti e tre i pilastri della Strategia di Lisbona (piena occupazione, qualità e produttività del lavoro, coesione sociale). Inoltre il sommerso viene considerato come «il principale fattore alla base del *dumping* sociale e di conseguenza uno dei temi chiave per la modernizzazione del diritto del lavoro europeo».

Il sommerso viene quindi messo in relazione al funzionamento dei sistemi di sicurezza sociale, alla segmentazione del mercato del lavoro, all'immigrazione clandestina. Anche l'analisi di cause e settori viene aggiornata e resa più mirata, ponendo al centro i risultati di un'indagine *Eurobarometro* del 2007 dalla quale risulta:

a) la crescente rilevanza del sommerso nel settore dei servizi alle famiglie e alle persone;

(12) È la stessa Commissione a citare un'indagine del 2004, appositamente realizzata. Vedi anche S. Mateman, P. H. Renooy, *Il lavoro sommerso in Europa. Verso un approccio integrato per la lotta al lavoro sommerso. Rapporto finale*, Amsterdam, 2001, Regioplanpublicatien, n. 424.

b) come i principali fattori del sommerso non siano da ricercarsi nella «necessità», ma nell'elusione fiscale e degli oneri amministrativi;

c) la sempre maggiore importanza dei fuori busta;

d) il radicamento del lavoro sommerso tra studenti, disoccupati e lavoratori autonomi;

e) la scarsa conoscenza delle sanzioni.

Più ancora che per un affinamento delle analisi, la comunicazione dello scorso ottobre sembra però di notevole interesse per l'individuazione delle politiche ritenute preferibili e più efficaci nella lotta al sommerso. Particolare enfasi viene data:

a) alla riduzione del cuneo fiscale, specie sui bassi redditi da lavoro (13);

b) alle distorsioni connesse alle diverse discipline fiscali cui sono assoggettati il lavoro subordinato e quello autonomo;

c) all'elevazione dei salari minimi e al controllo del rispetto di leggi e contratti collettivi;

d) alla riforma e alla semplificazione degli oneri amministrativi per l'utilizzo di lavoro nelle imprese, ma esprimendo una netta preferenza per un sistema di registrazione del ricorso a particolari tipi di «lavori minimi» (coadiuvanti familiari, pulizie domestiche, lavoratori stagionali, *mini jobs* ecc.), per il controllo sul ricorso a contratti a tempo determinato, per la limitazione «alle deroghe alla prassi di contratti di lavoro scritti» (*sic!*) (14);

e) alla centralità di sorveglianza e sanzioni.

Mettendo in sequenza i suggerimenti della Commissione, ne deriva che gran parte degli interventi riguardano azioni pubbliche o di soggetti che comunque agiscono sugli scenari istituzionali. Infatti, secondo la Commissione occorrerebbe:

a) migliorare ulteriormente il diritto del lavoro e i sistemi amministrativi, così che si possa rispondere meglio alle carenze di manodopera e ai bisogni a breve termine sul mercato del lavoro;

b) avere strategie e soluzioni settoriali per contrastare e regolarizzare il lavoro sommerso con il coinvolgimento delle parti sociali e con parti-

(13) Vedi però, sin da ora, P. Coppola, *Le attuali agevolazioni fiscali a favore del Mezzogiorno alla luce dei vincoli del Trattato Ce poste a tutela del principio della libera concorrenza tra Stati*, in *Rass. trib.*, 2007. Da segnalare è anche l'invito «di trasferire l'onere fiscale su altre fonti di reddito» al fine di «ridurre i costi non salariali del lavoro».

(14) Per inciso: interessante a quest'ultimo riguardo è la recente legge italiana 17 ottobre 2007, n. 188, sulla forma delle dimissioni volontarie in tutti i contratti di lavoro.

colare riferimento ai settori: alberghiero e della ristorazione, agricoltura, servizi domestici (stupisce che non venga indicata l'edilizia, ma forse è una mera dimenticanza);

c) sfruttare maggiormente le possibilità offerte dall'*e-government*, dalla registrazione *on-line* e dallo scambio di informazioni tra le banche dati delle amministrazioni;

d) applicare in maniera generalizzata l'*acquis* comunitario in materia di libera circolazione;

e) elevare l'effettività delle norme e delle sanzioni;

f) elevare, specie con riguardo al punto e), la cooperazione istituzionale e amministrativa, tra i vari enti responsabili in materia di fisco, lavoro e immigrazione;

g) elevare la cooperazione transfrontaliera all'interno dell'Ue, soprattutto con riguardo ai lavoratori distaccati. A tal riguardo vengono segnalate alcune iniziative recenti (ad esempio, Enuw: un coordinamento tra Ministeri del lavoro di Germania, Francia, Italia, Belgio e Romania) e si annuncia una raccomandazione per rafforzare la cooperazione sulle informazioni nazionali e una decisione per l'istituzione di un Comitato di alto livello per sostenere e assistere gli Stati membri per tutto quanto attiene ai lavoratori distaccati.

Specie nell'indicazione delle politiche, l'approccio liberista appare dunque in forte declino. Rimane un margine di ambivalenza nell'invito agli Stati «a tenere in debito conto il tema del lavoro sommerso quando decideranno come dare attuazione ai principi comuni di flessicurezza», in ordine cioè alla ricaduta ultima del dibattito sulla *flexicurity*. Ma non si può non considerare che, in fondo, l'intero dibattito sulla *flexicurity* proprio sul piano della riduzione delle tutele del lavoro ha condotto a risultati assai meno dirompenti di quanto inizialmente si temesse (15).

2. — *Il lavoro sommerso tra i principi della flexicurity e gli sviluppi della Strategia europea per l'occupazione (Seo): si fa strada una nuova linea di politica del diritto europea?* — Pur con le cautele richieste da un documento come la citata comunicazione, mi pare perciò che non si possa dubitare del fatto che in Europa stiano maturando nuove linee di politica del diritto con riguardo al sommerso. Questa maturazione, all'analisi del giurista, presenta però due profili altamente problematici: il pri-

(15) Vedi gli scritti citati alla nota 1, ai quali può aggiungersi C. Massimiani (a cura di), *Flexicurity*, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.

mo è che queste linee stentano a tradursi in una strumentazione giuridico-istituzionale ben definita e traducibile in precisi provvedimenti nei singoli Stati; il secondo è che la maturazione avviene proprio all'interno di una cornice istituzionale che sembra escludere l'approdo a una strumentazione giuridica ben definita e chiaramente trasponibile a livello nazionale. Entrambi i profili problematici emergono dalla forma e dai contenuti che l'Unione europea continua a utilizzare intervenendo sul sommerso: la forma è ancora, in prevalenza, costituita da fonti di *soft law*; i contenuti, salvo alcune significative eccezioni (sulle quali si tornerà), sono ben lontani dal prefigurare regole e procedimenti dotati di qualche prospettiva di omogenea affermazione/applicazione nei vari paesi. Pertanto, pure da un'analisi orientata alla sottolineatura degli aspetti innovativi, resta la netta sensazione di essere dinanzi alla mancata soluzione di vecchi nodi o a una attenuata percezione di nuovi nodi problematici, laddove ci si aspetterebbe una svolta in termini di operatività e incisività della complessiva azione europea di contrasto al sommerso.

Bisogna però ancora approfondire l'analisi, sia per segnalare le luci, sia per lumeggiare le ombre. E, al contempo, si tratta di capire bene se la sensazione di inadeguatezza sia frutto di un difetto nell'analisi (o nelle categorie dell'analisi) o se c'è una qualche profonda antinomia tra contenuti e forme, quasi che i primi siano andati oltre il quadro di interventi giuridico-istituzionali che l'Unione europea può davvero realizzare.

Quanto alle luci, a me pare molto chiaro che le indicazioni della Commissione per rafforzare la lotta al sommerso vadano nel senso di razionalizzare e rendere effettive alcune regole nazionali in materia di rapporti di lavoro. In particolare, come si è visto, si parla di elevare e garantire i salari minimi; rendere i sistemi di sicurezza sociale coerenti con l'incentivazione al lavoro regolare; rafforzare il sistema delle sanzioni; coinvolgere sempre più le parti sociali. Assai poco si parla invece di ridurre i vincoli all'uso del lavoro e soprattutto del lavoro atipico come misura antisommerso. Al riguardo anzi la Commissione sembra ingranare una spettacolare retromarcia, già avviata, a guardar bene, con il *Libro verde* sulla *flexicurity* del novembre 2006. Non viene espresso alcun favore per un incremento dei rapporti atipici che possono aumentare la segmentazione del mercato del lavoro; al di là della (sacrosanta) semplificazione amministrativa, non vengono affatto accreditate strategie di lotta al sommerso che facciano leva sulla moltiplicazione della tipologia dei contratti di lavoro e sembra prendere piede un accostamen-

to addirittura opposto: dove c'è lavoro con forme contrattuali precarie (in specie contratti a termine) è probabile che ci sia anche sommerso. Naturalmente resta il dubbio connesso con le diverse *pathways* per realizzare i modelli nazionali di *flexicurity* (16). Ma la Commissione sembra ora escludere quasi del tutto dalle *best practices* quelle scelte deregolative che realizzano una riduzione del costo del lavoro a discapito della qualità del lavoro. In questo sembra assai netta una scelta di tipo keynesiano, visibile persino nell'insistenza sul nesso tra sistemi di sicurezza sociale e lotta al sommerso («le riforme dei sistemi di protezione sociale possono fornire forti incentivi per l'emersione dal lavoro sommerso», ad esempio commisurando le pensioni alle retribuzioni percepite, una misura che dovrebbe dissuadere dal «restare permanentemente occupati solo in attività sommerse»).

Insomma sembra davvero che nell'odierna Europa sociale non suonino più eresie affermazioni come: «l'aumento dei sussidi di disoccupazione accresce il salario di riserva, l'aumento del salario di riserva si traduce in un aumento del salario domandato, sia nel settore sommerso sia nel settore regolare [...] un aumento del salario domandato nel settore sommerso [...] riduce l'offerta di lavoro irregolare [...] in relazione alla "preferenza per la legalità" dei beneficiari dei sussidi» (17). Naturalmente a patto che per i beneficiari dei sussidi non sia troppo facile cumulare sussidi pubblici più alti e bassi salari da lavori irregolari poco impegnativi. E questo può accadere molto facilmente soprattutto per «micro-lavoratori» come gli studenti, o, su un altro versante, per lavori irregolari contigui a quelli criminali (come, ad esempio, i «piccoli lavori» connessi allo spaccio di droga, che possono rendere mille euro al mese con un minimo sforzo) (18). Ma c'è da dire al riguardo che – non so con quale realismo – le linee europee in materia di sommerso non intendono affrontare la questione delle attività criminali in senso stretto (19).

(16) Le *pathways* (o percorsi) sono diverse combinazioni di misure per realizzare gli obiettivi delle politiche di *flexicurity*, che tengono conto delle diverse situazioni nazionali. Possono vedersi nella comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007 Com (2007) 359 definitivo: *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*.

(17) G. Forges Davanzati, *Le politiche...*, cit., pp. 88-89.

(18) Vedi L. Abbate, *Quei politici innocenti soltanto nei tribunali*, in *La Repubblica Napoli* del 18 novembre 2007.

(19) Molto rilevante, al riguardo, mi pare l'allarme che desta il settore edile: vedi C. Gabriele, *Camorra e morti sul lavoro*, in *La Repubblica Napoli* dell'8 gennaio 2008.

Si potrebbe continuare a rilevare la netta evoluzione contenutistica nelle politiche per la lotta al sommerso. C'è però da segnalare che questi contenuti – stavolta in piena coerenza con la prima comunicazione del 1998, coeva alla nascita della Seo – vengono quasi interamente riversati nella forma ormai tutt'altro che nuova delle *soft laws* (comunicazioni, relazioni di sintesi, nonché le attese risoluzioni consiliari sui principi della *flexicurity*). Solo alcuni aspetti assurgono a livello di proposte di Direttive; mentre il cuore delle politiche comunitarie in tema di occupazione – cioè l'utilizzazione dei fondi strutturali – non sembra neanche preso in considerazione nella Comunicazione sul sommerso. Siamo dunque dinanzi a un classico caso di vino nuovo in otri vecchie?

Per esprimere valutazioni equilibrate occorre ancora distinguere e articolare l'analisi. Con l'avvertenza però che da questo punto in poi procederò a una più attenta delimitazione delle materie esaminate, essendo rischioso per il rigore del metodo e delle relative conclusioni mantenere un ambito troppo ampio. Mi concentrerò allora sui seguenti aspetti:

a) la persistente asimmetria tra tecniche e contenuti di intervento su aspetti riguardanti specificamente la libertà di circolazione dei lavoratori;

b) la mancata rivisitazione del tema degli aiuti di Stato, con riguardo agli incentivi economici all'emersione tramite l'uso di risorse pubbliche per l'occupazione;

c) la coerenza tra l'insistenza sulla linea della cooperazione istituzionale e la mancata correzione di regole e procedure decisionali che ignorano o addirittura aumentano le difficoltà del *policy making* in alcuni Stati o Regioni.

3. — *Prendendo sul serio il Metodo aperto di coordinamento (Mac): soft law e asimmetria degli strumenti regolativi* — Prima di procedere nell'analisi conviene però fugare subito una possibile obiezione, cioè il sospetto che le categorie di analisi utilizzate risentano del «disincanto» verso l'evoluzione delle tecniche di regolazione del lavoro nell'Unione europea (20). In particolare che la valutazione critica anche dell'ultima comunicazione sul sommerso nasconda una radicale o ideologica avversione alle tecniche di *soft law*. Proprio a tal fine può essere utile ricordare u-

(20) B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006, p. 84.

no dei possibili significati positivi del ricorso alla *soft law*, da intendersi come una: «nuova dimensione della legittimazione nella funzione di regolazione in cui quel che si sottrae alla regolamentazione attraverso la norma e la generalizzazione rigida del precetto, si aggiunge alla condivisione dell'obiettivo, portato finale di sofisticate tecniche di mediazione sostanzialmente affidate alla politica con l'ausilio di indicatori tecnici gestiti dal mentore del sistema che rimane la Commissione e la tecnologia di riferimento» (21).

Proprio con riguardo al sommerso si può dire che – mentre le tecniche di armonizzazione conoscevano un lungo stallo e la strategia costituzionale segnava una brusca battuta d'arresto – l'uso della *soft law* può aver fatto gradatamente maturare una convergenza intorno all'obiettivo di concentrare le strategie di contrasto da un orientamento marcatamente liberista a uno moderatamente keynesiano, come sembrano attestare sia la recente comunicazione sia le analisi delle politiche in atto nei vari paesi.

L'analisi giuridica si manterrebbe, però, a un livello troppo di superficie se si limitasse a prendere in considerazione la tendenza, la tensione, la direzione di un determinato orientamento di politica del diritto o la sua efficacia in termini di evoluzione della stessa politica del diritto. Oltre la mediazione politica – per quanto sofisticata – non può non collocarsi la predisposizione di criteri e procedure necessari per rendere un obiettivo perseguibile con un accettabile grado di ragionevole prevedibilità. Se così non fosse la *soft law* sarebbe l'anticamera dell'arbitrio, la definitiva sottomissione del diritto alla forza contingente (della sola politica?). Perciò – pur apprezzando, anche per i suoi esiti, il ricorso a sofisticate tecniche di *soft law* – il giurista non può non indagare fin dove la mediazione politica, insita nelle tecniche di regolazione seguite con decisione nell'Ue dalla fine degli anni novanta, possa essere svincolata dalle esigenze di armonia, coerenza, certezza che gli ordinamenti giuridici tendono da sempre a garantire.

Sotto questo aspetto non si può non rilevare ancora una volta una forte asimmetria tra gli strumenti che l'Unione europea può o vuole utilizzare per politiche del lavoro di qualità e strumenti utilizzati/bili per politiche dirette a garantire le cd. libertà di mercato. Proprio nell'evoluzione delle politiche di contrasto al sommerso questa asimmetria emerge con grande nettezza, controbilanciando le nuove atten-

(21) B. Caruso, *Il diritto del lavoro...*, cit., p. 88.

zioni con le vecchie contraddizioni. E, anzi, aggiungendo un'altra contraddizione di dimensioni macroscopiche.

4. — Segue: *più interventismo sulla libertà di circolazione e sull'impiego di immigrati clandestini (o stranieri «irregolari»)* — Venendo ai casi specifici, si potrebbe sostenere, ad esempio, che, quanto a interventi più concreti volti a realizzare maggiori garanzie di minimi salariali, l'Ue non ha competenza in materia di retribuzioni (22), per cui poco può fare per introdurre regole a sostegno di politiche nazionali che garantiscano minimi più alti e certi. La competenza diretta degli organismi istituzionali fino a un certo punto però esaurisce la strumentazione istituzionale: ben si potrebbe, ad esempio, fornire sostegno, anche mediante una direttiva, a una contrattazione collettiva transnazionale che assuma nella sua autonomia l'obiettivo di garantire salari minimi omogenei in tutta l'Unione. Di una tale direttiva, della quale pure si è parlato in sede di studi promossi da istituzioni comunitarie, invero non c'è traccia alcuna. E, in assenza di sforzi per avvicinare le condizioni salariali tra i 27 Stati membri, c'è invece qualcosa che alla fine può persino entrare in contrasto con l'obiettivo di garantire più elevati minimi salariali ai cittadini europei, anche al fine di disincentivare la propensione al sommerso. Infatti, la Commissione europea ha molte meno remore nel mettere in campo una strumentazione giuridica robusta e rigorosamente cadenzata per assicurare la più ampia garanzia della libertà di circolazione, anche nei confronti degli Stati di più recente ingresso nell'Unione, e per l'inasprimento delle sanzioni contro lo «straniero irregolare» (23). Mi riferisco sia alla già citata proposta di Direttiva sulle sanzioni per l'impiego di stranieri irregolari sia ai precisi termini previsti nella comunicazione del 24 ottobre 2007 per eliminare i regimi transitori che limitano la mobi-

(22) Come chiaramente prevede l'art. 137 TCE, par. 5. Vedi però *Corte di Giustizia* 13 settembre 2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso, su cui vedi S. Sciarra, *Individuale e collettivo nel recente dibattito europeo*, comunicazione al convegno *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro*, Bologna, 24-25 settembre 2007, in corso di pubblicazione in *Lav. dir.*; L. Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.* (in corso di pubblicazione).

(23) Così, efficacemente, V. Zagrebelsky, *Lo straniero che bussa alle porte dell'Occidente*, ne *La Repubblica* del 13 novembre 2007. Per un'analisi dell'evoluzione normativa in questa travagliata materia vedi, da ultimi, B. Veneziani, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto del lavoro: una partitura incompiuta*, e M. Mc Britton, *La legge italiana sull'immigrazione e l'inclusione sociale*, entrambi in *q. Riv.*, 2007, I, rispettivamente pp. 479 ss. e 568 ss.

lità dei lavoratori dei nuovi Stati membri (31 dicembre 2008 per Bulgaria e Romania; 30 aprile 2009 per i cittadini provenienti dall'Ue-8) (24). Può certo obiettarsi che questo apparato discende con grande naturalezza dai principi e dai Trattati in vigore. Ma con altrettanta naturalezza può affermarsi che la libertà di circolazione tra paesi assai disomogenei nelle condizioni di partenza quanto a disciplina del lavoro e livelli retributivi e il rafforzamento del regime sanzionatorio nei confronti dello «straniero irregolare», contribuisce a mantenere bassi i salari o addirittura a ridurli in tutta Europa e ad alimentare il circuito del lavoro totalmente sommerso per l'illegalità clandestina, sempre più confinata con l'area dell'economia criminale. È questo, infatti, il risultato noto dell'approccio marcatamente punitivo all'immigrazione, sostenibile solo da Stati dove il sommerso è limitato e dove già sono a buoni livelli di efficienza gli apparati pubblici destinati a contrastarlo. Altrove una politica puramente repressiva non è altrettanto facilmente praticabile e, se propugnata a livello europeo in modo disgiunto da concrete misure di armonizzazione tra i paesi, è destinata a concentrare il lavoro sommerso negli Stati meno strutturati e nelle economie meno regolari. Insomma le segnalate asimmetrie giuridico-istituzionali danno l'impressione di un'Unione che fornisce piccoli ombrelli da aprire accuratamente per ripararsi dove vien giù una pioggerellina leggera. Non ci si può non chiedere: dove invece la tempesta infuria, quali rimedi appresta l'Unione?

5. — *Disarmonicità delle definizioni e arbitrarietà delle procedure* — Sempre a questo riguardo risalta la permanente «indifferenza» per le difficoltà che il quadro normativo comunitario presenta per il ricorso ad aiuti pubblici per l'emersione del lavoro subordinato sommerso. Al riguardo si annoverano solo aperture di spiragli procedurali affidati interamente alla mediazione politica e al *case-by-case law*.

In materia, com'è noto, siamo dinanzi a norme cruciali del Trattato, gli artt. 87-88, che contengono un principio di incompatibilità degli aiuti di Stato con la disciplina della concorrenza, ma consentono alla Commissione un notevole margine discrezionale nel qualificare come tali i vari interventi realizzati dagli Stati (25).

(24) Polonia, Repubblica ceca, Slovacchia, Ungheria, Estonia, Lituania, Lettonia e Slovenia.

(25) Su tutti questi aspetti vedi E. Sena, *Regolarizzazione del lavoro sommerso e obblighi comunitari*, in *Dir. merc. lav.*, 2003, pp. 234 ss.; G. Gentile, *L'economia sommersa*

L'approccio tendenzialmente diffidente della Commissione nei confronti di una politica di meri incentivi all'emersione appare suffragato dall'esperienza italiana, «inciampata» nei vincoli della disciplina comunitaria in un episodio che va ricordato per il suo carattere emblematico.

Il difficile dialogo tra le autorità nazionali e l'organo comunitario ha avuto a oggetto i contratti di riallineamento retributivo caratterizzati, come noto, dalla concessione di benefici fiscali e contributivi alle imprese localizzate nelle aree svantaggiate che si impegnano ad applicare un programma di graduale riallineamento dei trattamenti retributivi dei propri dipendenti ai livelli previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro. Nel valutare la compatibilità del regime nazionale con la disciplina europea (26), la Commissione innanzi tutto qualifica aiuti di Stato le misure disposte dalla normativa italiana; quindi, attratto il regime nell'orbita di controllo comunitario, lo esamina alla luce delle indicazioni espresse negli Orientamenti comunitari in materia di aiuti all'occupazione.

Ora, benché la vicenda si sia conclusa con un «lieto fine», in quanto l'aiuto è stato dichiarato compatibile con il Trattato in virtù della deroga prevista dall'art. 87, par. 3, lett. *a* (27), ciò che qui preme sottolineare è il ragionamento svolto dall'organo comunitario. Quest'ultimo, muovendosi in una logica tanto stringente quanto rigida, esclude la possibilità di definire le misure nazionali *stricto sensu* come aiuti alla

nel contesto comunitario: incentivi all'emersione e tutela della concorrenza, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, pp. 131 ss.; A. Pizzoferrato, *Il contrasto al lavoro sommerso...*, cit.; L. Tebano, *Aiuti di Stato all'occupazione: evoluzione e riflessi di diritto interno*, in A. Lyon Caen, A. Perulli (a cura di), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Padova, 2005, pp. 209 ss.; L. Tebano, *Vincoli comunitari e aiuti pubblici all'occupazione e alla formazione professionale*, in L. Zoppoli (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro. Studi preparatori*, Napoli, 2007, pp. 91 ss.; G. Luchena, *Incentivi economici per contrastare il lavoro irregolare e obblighi comunitari*, in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit., pp. 75 ss.

(26) Invero la Commissione si è pronunciata sul regime nazionale in due occasioni: con la decisione della Commissione del 3 marzo 1999, comunicata alle autorità italiane con lettera SG (99) D/2482 dell'8 aprile 1999 e con la decisione della Commissione del 17 ottobre 2000, comunicata alle autorità italiane con lettera SG (2000) D/107593 quest'ultima relativa alla proroga di un anno del regime già approvato nel 1999.

(27) La deroga si riferisce all'ipotesi in cui il regime di aiuto consenta lo sviluppo economico delle Regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione.

creazione di posti di lavoro poiché «si applica[no] ai lavoratori che già esercitano un'attività presso le imprese beneficiarie» (28).

Non c'è dubbio che l'argomentare della Commissione sia improntato a grande rigore, ma è anche vero che la regolarizzazione e in generale le politiche di sostegno all'emersione presentano una propria specificità (29) che rischia di restare oscurata da una lettura statica o atomistica della normativa europea (30). Perciò non è fatica sprecata andare alla ricerca di un certo dinamismo interpretativo, che si può, in effetti, cogliere anche nella seconda parte della decisione comunitaria. In effetti, nella logica binaria «aiuti alla creazione/aiuti al mantenimento», utilizzata dalla decisione del 2000, una qualche forzatura si registra pure nell'inquadramento delle misure di emersione all'interno del contenitore «aiuti al mantenimento», vale a dire nel «sostegno fornito a un'impresa al fine di incoraggiarla a non licenziare i lavoratori da essa dipendenti». E un simile sforzo di assimilazione non può certo dirsi sfuggito all'organo di controllo che per un verso rileva l'assenza nella misura di un «riferimento esplicito all'incitamento a non licenziare», per altro verso tuttavia la riconduce negli aiuti al mantenimento – in quanto contribuisce a eliminare una situazione di precarietà – e, per questa via, nella deroga riservata alle Regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione (31).

(28) Cfr. punto 27 della decisione del 17 ottobre 2000.

(29) Sulla resistenza della Commissione a cogliere la specificità delle politiche di emersione rispetto ai puri e semplici aiuti di Stato vedi T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamento di un decennio*, Bologna, 2001, p. 108. Va tuttavia sottolineato come la stessa Commissione non manca di precisare che «ogni misura destinata a favorire la regolarizzazione» presenta una «specificità» promuovendo il passaggio di situazioni lavorative da illegali a legali e rispettose dei diritti sociali (cfr. punto 28 decisione della Commissione del 17 ottobre 2000).

(30) In dottrina non è mancato chi ha ritenuto che la Commissione, avvalendosi della propria discrezionalità, avrebbe potuto inquadrare gli aiuti all'emersione negli aiuti alla creazione di nuova occupazione, cfr. A. Bellavista, *Il lavoro sommerso*, cit., p. 253.

(31) L'applicazione della deroga dell'art. 87.3, lett. *a*, risulta peraltro supportata dal rilievo che trattasi di aiuti limitati nel tempo, decrescenti, non sproporzionati all'obiettivo perseguito e «necessari a promuovere uno sviluppo duraturo ed equilibrato dell'attività economica poiché in loro assenza la situazione occupazionale [...] potrebbe deteriorarsi ulteriormente» (cfr. punti 39, 43 e 44 della decisione della Commissione del 17 ottobre 2000). Va però precisato che nella chiosa finale della motivazione della decisione resa in occasione della proroga del regime di regolarizzazione la Commissione chiarisce la sua posizione per il futuro anticipando che «sarà ferma nel non accettare qualsiasi ulteriore proroga del regime».

Molto più lineare risulta la motivazione della decisione resa in occasione dell'esame del disegno di legge (poi divenuto legge n. 383/01 e successive modifiche) contenente norme per incentivare l'emersione del lavoro irregolare (32). Va subito precisato che il dialogo con la Commissione appare più agevole non già in ragione di un mutamento di atteggiamento dell'organo europeo, bensì in forza delle caratteristiche della normativa nazionale. In effetti, il legislatore, muovendosi in una prospettiva antitetica rispetto al passato e meramente individualistico-utilitarista (33), fonda l'intero meccanismo delle incentivazioni (fiscali, previdenziali e sanzionatorie) sulla presentazione di una dichiarazione automatica di emersione. Ne consegue l'assenza di potere discrezionale delle autorità pubbliche nella concessione dei benefici e la portata generale dello strumento, applicabile a qualsiasi impresa situata sul territorio nazionale. Naturalmente ciò rende la valutazione di compatibilità a-problematica in quanto la qualificazione come misura generale comporta la fuoriuscita dall'orbita del controllo comunitario, sicché non può certo parlarsi di un trattamento meno restrittivo per le politiche di emersione o di una terza tipologia di aiuti da taluno auspicata (34).

Tenendo conto di queste esperienze si possono ipotizzare altri percorsi interpretativi per legittimare l'uso di fondi pubblici nelle strategie di lotta al sommerso. Un canale di accesso ai benefici può essere, ad esempio, ravvisato con qualche forzatura nell'assunzione dei lavoratori svantaggiati e disabili. Con il Regolamento (Ce) n. 2204/2002 la Commissione ha, infatti, creato una «corsia preferenziale» per l'assunzione di lavoratori svantaggiati e disabili rispetto ai quali la concessione degli aiuti risulta giustificata «sia dall'attenuazione del vantaggio finanziario dell'impresa, stante la minore produttività delle categorie di lavoratori in questione, sia dal fatto che beneficiari della misura sono anche i lavoratori che sarebbero esclusi dal mercato del lavoro in assenza di simili incentivi a favore dei datori di lavoro» (35).

(32) Cfr. decisione del 13 novembre 2001, C (2001) 3455 fin. La legge n. 383/2001 ha avuto comunque scarso impatto concreto: vedi, da ultimi, G. Gentile, P. De Vivo, *La cornice legislativa: dai contratti di riallineamento al «pacchetto Bersani»*, in M. Rusciano, M. Esposito (a cura di), *Lavoro sommerso*, cit., p. 63 ss.

(33) Così A. Pizzoferrato, *Il contrasto al lavoro sommerso...*, cit., p. 29 ss., e spec. p. 49.

(34) Vedi M. Tiraboschi, *Incentivi all'occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2002, p. 304.

(35) Considerando 23 del Regolamento n. 2204/2002, la cui efficacia è stata prorogata fino al 31 dicembre 2007 dal Regolamento n. 1040/2006, e fino al giugno 2008

È evidente che tale «corsia preferenziale» risulta vantaggiosa vuoi perché consente il cumulo con altri aiuti di Stato, vuoi in quanto può prescindere dall'incremento netto di occupazione. Più di qualche ostacolo tuttavia si registra sia nell'esigenza di far apparire il rapporto di lavoro come «nuovo», azzerando il pregresso e legittimando *a posteriori* le irregolarità, sia nella difficoltà di rispettare, ove non si realizzi un incremento netto di occupazione, le condizioni fissate al livello comunitario in ordine alla vacanza dei posti di lavoro (vedi la nota 36).

Un'ulteriore possibilità di accesso all'esenzione, ferma restando la forzatura, è rappresentata dai regimi di aiuti a favore della creazione di posti di lavoro, compatibili con il mercato comune purché non superino, nel caso di utilizzo a livello territoriale, il massimale fissato per gli aiuti regionali (art. 4.3 del Regolamento n. 2204/2002). Peraltro, analogamente a quanto stabilito nel Regolamento n. 70/2001, tale massimale per le piccole e medie imprese subisce una maggiorazione di 15 punti percentuali al lordo, nelle Regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione purché l'intensità totale netta dell'aiuto non superi il 75% (art. 4.3, lett. *b*, del Regolamento n. 2204/2002). In ogni caso però la maggiorazione – rispetto al massimale per gli aiuti a finalità regionale – si applica solo quando il contributo del beneficiario non sia inferiore al 25% del finanziamento ottenuto e i posti di lavoro siano mantenuti all'interno del-

dal Regolamento n. 1976/2006. L'applicazione del regime di favore è subordinato alle seguenti condizioni: il rispetto della definizione di «lavoratori svantaggiati» e di «lavoratori disabili» contenuta nell'art. 2, lett. *f* e *g*, del regolamento di esenzione; se l'assunzione *non* rappresenta un *incremento netto* del numero dei dipendenti dello stabilimento interessato, il posto o i posti occupati devono essersi resi vacanti a seguito di dimissioni volontarie, di pensionamento per raggiunti limiti d'età, di riduzione volontaria dell'orario di lavoro o di licenziamenti per giusta causa e non a seguito di licenziamenti per riduzione del personale; a questa condizione se ne aggiunge un'altra (l'art. 5.3, nell'elencare le condizioni cui è subordinata l'esenzione, si articola infatti espressamente in una lettera *a* e in una lettera *b*: dal che si ricava la necessità che entrambe le condizioni siano soddisfatte) e segnatamente la garanzia di continuità dell'impiego per almeno 12 mesi, salvo il caso di licenziamento per giusta causa; l'intensità lorda degli aiuti, calcolata in percentuale dei costi salariali su un periodo di un anno successivo all'assunzione non deve superare il 50% per i lavoratori svantaggiati o il 60% per i lavoratori disabili. Tuttavia, in deroga alla regola generale, l'art. 8.4 consente che gli aiuti all'assunzione di lavoratori svantaggiati o disabili siano cumulati con altri aiuti di Stato «a condizione che tale cumulo non dia luogo a un'intensità di aiuto lorda superiore al 100% dei costi salariali per ciascun periodo di occupazione dei lavoratori considerati» (vedi anche Considerando 26 e 28).

la Regione ammissibile agli aiuti. Le suddette soglie massime percentuali, rispetto al costo salariale connesso ai posti di lavoro creati per un periodo di due anni, si applicano a condizione che:

a) i posti di lavoro creati rappresentino un incremento netto del numero di dipendenti sia dello stabilimento che dell'impresa interessata, rispetto alla media dei 12 mesi precedenti;

b) i posti di lavoro creati siano conservati per un periodo minimo di 3 anni o di 2 anni nel caso delle Pmi;

c) i lavoratori assunti per coprire i nuovi posti di lavoro creati non abbiano mai lavorato prima o abbiano perso o siano in procinto di perdere l'impiego precedente.

Ne consegue che per fruire di tale esenzione, al pari di quanto rilevato per gli aiuti ai lavoratori svantaggiati e disabili, il rapporto di lavoro deve figurare come «nuovo». Inoltre per gli aiuti alla creazione di posti di lavoro opera lo sbarramento del cumulo, con l'unica eccezione dell'assunzione di un lavoratore svantaggiato o disabile, per cui è consentito un aiuto supplementare. Infine va sottolineato che l'esenzione per tale tipologia di aiuti è collegata a una precisa sequenza: la domanda di aiuto allo Stato membro (ovvero l'adozione di disposizioni legislative che fanno sorgere giuridicamente il diritto all'aiuto sulla scorta di criteri oggettivi, senza «ulteriore» esercizio di alcun potere discrezionale da parte dello Stato membro) (36); l'inizio dei lavori per l'esecuzione del progetto; la creazione di posti di lavoro, connessi alla realizzazione di un progetto d'investimento in immobilizzazioni materiali o immateriali, entro tre anni dal completamento dell'investimento (vedi art. 7, rubricato «Necessità dell'aiuto», Regolamento n. 2204/2002).

Un'ulteriore alternativa è quella di notificare alla Commissione un progetto di regime di aiuti alla trasformazione dei contratti di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, per i quali (ai sensi dell'art. 9.6 e del Considerando 20 del Regolamento n. 2204/2002) resta fermo l'obbligo di notificazione preventiva (37).

(36) Vedi i rilievi formulati con riguardo all'analoga previsione contenuta nel Regolamento n. 70/2001 sulle Pmi.

(37) Benché il progetto di regime di aiuti non fosse finalizzato all'emersione, un simile vaglio è stato superato dalle Regioni Piemonte (cfr. decisione del 14 luglio 2004, C (2004) 2830, Aiuto di Stato n. 125/2004, Italia-Regione Piemonte «Aiuti alla trasformazione dei contratti di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato») e Toscana (vedi decisione dell'11 maggio 2005, C (2005) 1476, Aiuto di Stato n. 108/2005, Italia-Regione Toscana «Aiuti alla trasformazione dei contratti di lavoro») che hanno ottenuto il «semaforo verde» della Commissione. Naturalmente la

Oltre queste possibili forzature, per incentivare economicamente la regolarizzazione del sommerso sono ipotizzabili altre strade più tradizionali ma non meno incerte. Innanzi tutto si può procedere alla notifica di un regime di aiuti al mantenimento dell'occupazione (38). Come anticipato l'atteggiamento della Commissione non sembra molto benevolo, ma si potrebbe strutturare il regime prevedendo un aiuto limitato nel tempo, decrescente e soprattutto subordinato a una più ristretta definizione di aiuto al mantenimento. Senza entrare nel dettaglio, è sufficiente rammentare che la Commissione ha apprezzato lo sforzo del governo francese che ha identificato l'aiuto al mantenimento unicamente nell'assunzione di un lavoratore in sostituzione di altro lavoratore a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa da almeno dodici mesi il cui contratto si sia risolto per dimissioni o pensionamento (39).

Infine si può notificare un regime di aiuti finalizzati a promuovere l'assunzione di categorie di lavoratori non rientranti nella definizione comunitaria di «lavoratori svantaggiati» e nondimeno ritenuti tali dall'istituzione notificante (40). In quest'ultima eventualità occorre però considerare che:

a) all'atto della notificazione bisogna esporre le ragioni per cui tali categorie di lavoratori sono considerate svantaggiate;

b) ovviamente l'obbligo di motivazione non opera laddove il regime di aiuti comporti comunque la creazione di posti di lavoro perché in quest'ipotesi si potrà fruire dell'esenzione prevista dall'art. 4 del Regolamento n. 2204/2002;

presentazione di un eventuale progetto di regime di aiuti come aiuto all'emersione non garantisce l'esito positivo del controllo comunitario, ma l'articolazione del progetto predisposto dalle Regioni Piemonte e Toscana appare interessante perché contiene un aspetto di gradualità nell'erogazione degli incentivi funzionale alla responsabilizzazione dell'impresa beneficiaria e alla stabilizzazione dei posti di lavoro. In particolare in tali progetti i beneficiari potevano fruire del sostegno sia alla creazione di occupazione (e all'assunzione di lavoratori svantaggiati) che alla trasformazione di contratti di lavoro, ma al momento della creazione di posti di lavoro o dell'assunzione di lavoratori svantaggiati veniva accordato un acconto del 50% dell'intensità ammissibile, mentre il pagamento del saldo (ossia l'altra metà dell'intensità di aiuto ammissibile) veniva subordinato alla trasformazione dei contratti di lavoro in contratti a tempo indeterminato.

(38) Vedi art. 9.5, reg. n. 2204/2002.

(39) Decisione della Commissione del 18 ottobre 2000, comunicato alle autorità francesi con lettera SG (2000) D/107626, Aide d'État n. N 443/2000-France, Prime Régionale à l'Emploi (Pre).

(40) Vedi art. 9.4, reg. n. 2204/2002.

c) al momento della valutazione è verosimile che la Commissione utilizzerà i parametri fissati nell'art. 5 (cioè l'intensità dell'aiuto, la garanzia di continuità dell'impiego e le condizioni che hanno comportato la vacanza dei posti di lavoro) (41).

6. — *Aiuti alla creazione di nuova occupazione e lavoro di qualità* — Dall'analisi condotta emerge abbastanza chiaramente come siano ristretti gli spazi per l'utilizzo di aiuti economici all'occupazione nella lotta al sommerso. Né essi sembrano destinati a essere incrementati dal nuovo Regolamento generale di esenzione per categoria che la Commissione ha pubblicato lo scorso 8 settembre (vedi *Gazz. Uff. Ce*, C 210) in attesa di eventuali osservazioni (inoltrabili entro un mese dalla pubblicazione). Tale regolamento, infatti, oltre a restringere la nozione di lavoratore svantaggiato, non presta alcuna specifica attenzione alla questione della regolarizzazione del sommerso, costringendo l'interprete a dibattersi nelle medesime strettoie del regolamento vigente.

Finché il quadro normativo resta quello analizzato, se si vuole provare a utilizzare il canale degli aiuti esentati dall'obbligo di notifica, occorre in sostanza affidarsi a un'interpretazione dell'espressione «creazione di posti di lavoro» che finora non ha avuto spazio. Se invece ci si rassegna al regime, assai più discrezionale e incerto, della notifica, si possono imboccare più strade. Nell'uno e nell'altro caso non appare remota l'ipotesi di assoggettamento del «filtro politico» (cioè Commissione e Consiglio che si pronunciano in base agli artt. 87-88 del Trattato) a una qualche forma di controllo da parte della Corte di Giustizia europea esercitato anche in base allo *ius novum* emerso negli ultimi anni. A tal fine un ulteriore contributo può derivare proprio dall'ultima comunicazione sulla lotta al lavoro sommerso, che, letta come una netta scelta per il lavoro di qualità, può influire sull'interpretazione del regolamento sugli aiuti di Stato esentati dall'obbligo di notifica proprio in ordine al significato dell'espressione «creazione di un posto di lavoro regolare». Alla luce degli studi comunitari e delle analisi incorporate in comunicazioni della Commissione e risoluzioni del Consiglio è infatti arduo ritenere che l'*undeclared work*

(41) Tale opinione scaturisce sia dal tenore letterale dell'art. 9.4 («all'atto della notificazione, gli Stati membri sottopongono alla Commissione, affinché possa valutarle, le ragioni per le quali i lavoratori interessati sono considerati svantaggiati. A tal fine si applica l'art. 5») sia dal più generale atteggiamento dell'organo comunitario desumibile dalle decisioni rese in altri casi.

possa equivalere ad attività lavorativa giuridicamente rilevante nell'ordinamento comunitario. A tanto osterebbero almeno due ragioni:

a) la mancanza di un «contratto di lavoro formale» (cioè «regolare»: vedi il paragrafo 2 della Comunicazione del 2007, terz'ultimo periodo) priva il lavoratore del godimento di una serie di diritti connessi dallo statuto giuridico europeo allo svolgimento di un'attività lavorativa (vedi art. 136 Tce, che collega tutte le disposizioni sociali del Trattato ai diritti sociali fondamentali previsti dalla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori; la nuova solenne dichiarazione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2007, che prevede la vincolatività giuridica della Carta di Nizza (42); e, infine, l'art. 34 della Carta di Nizza sui diritti di sicurezza sociale e assistenza sociale);

b) il lavoro sommerso è per definizione un lavoro «senza qualità» («tende a essere caratterizzato da cattive condizioni di lavoro e da conseguenti rischi per la salute dei lavoratori, da modeste prospettive di avanzamento di carriera e da una protezione sociale insufficiente»: vedi sempre paragrafo 2 della Comunicazione del 24 ottobre 2007).

Mi pare ci siano sufficienti elementi per sostenere, in base a un'interpretazione complessiva dell'ordinamento comunitario – che non può non comprendere anche le fonti di *soft law* (43) –, che l'*undeclared work* non equivale a un posto di lavoro vero e proprio e, pertanto, l'incentivo alla sua regolarizzazione costituisce «aiuto alla creazione di occupazione» così come la intende la disciplina comunitaria. Naturalmente da questo derivano una serie di conseguenze precise, in applicazione del Regolamento Ce del 2002, come, ad esempio, l'impegno a mantenere l'occupazione regolarizzata per almeno due/tre anni.

(42) Vedi, tempestivamente, S. Rodotà, *L'Europa dei diritti*, in *La Repubblica* del 12 dicembre 2007.

(43) M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme...*, cit., pp. 299 ss.; M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, p. 113, secondo cui «i legislatori nazionali prima o poi potrebbero essere costretti a prendere atto che l'intreccio tra fonti di *hard law* e di *soft law* nel diritto comunitario è assai più stretto di quanto non si sarebbe disposti ad ammettere, non solo quando il secondo assuma la forma più tradizionale della direttiva, ma anche quando si esprima per mere *guidelines*». Del resto sull'obbligo del giudice nazionale di valorizzare in funzione interpretativa anche la raccomandazione vedi già Corte di Giustizia del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi v. Fonds Maladies Professionnelles*.

Con quanto ho appena detto non voglio però trincerarmi dietro una possibile argomentazione giuridica per superare i limiti attuali all'utilizzo di incentivazioni economiche per la regolarizzazione del sommerso, specie se questo venisse interpretato come il tentativo di eludere un'obiezione sostanziale in materia, che può anche apparire assai *à la page*. L'obiezione può essere così formulata: agevolare un'interpretazione estensiva del regolamento sulle esenzioni dalla notifica degli aiuti di Stato rischia di risolversi in una indiscriminata apertura verso facili politiche di spesa. Visto soprattutto l'uso dei fondi strutturali proprio nel nostro Meridione, meglio sarebbe non indugiare su argomenti che servono solo a superare la *sana* diffidenza verso l'uso di risorse pubbliche che finiscono per avere effetti dissipativi; meglio mantenerne piuttosto un controllo quanto più centralizzato possibile, fino ad accentrarlo in capo agli organismi comunitari (di questi giorni è, ad esempio, la proposta di istituire in Italia Agenzie *ad hoc*) (44).

È difficile al riguardo svolgere osservazioni pacate. Al di là delle solite banalizzazioni, mi pare però assai pericoloso entrare in un ennesimo circolo vizioso nel quale si revoca la fiducia proprio a quelle istituzioni che già ne hanno poca nei rispettivi territori. Si entrerebbe così in una terribile contraddizione anche con l'analisi della Comunicazione dello scorso ottobre, che invece indica come una fondamentale risorsa da incrementare per rafforzare la lotta al sommerso la fiducia verso le istituzioni. Sbagliato sarebbe allora screditare indiscriminatamente proprio le istituzioni locali, dalle quali in fondo specie in Italia (ma non solo) dipende sempre più la gestione dello sviluppo locale e dei mercati del lavoro territoriali. Occorre piuttosto avere strumenti sofisticati di alimentazione della fiducia territoriale attraverso l'uso di risorse (anche) economiche pubbliche e, in particolare, comunitarie.

Più che elaborare allora strategie difensive, bisogna ampliare il campo di osservazione, lo spettro valutativo, come d'altronde sembrano disposti a fare gli stessi organismi comunitari proprio in ordine alla gestione dei fondi comunitari in Italia e al Sud (45). Singolare, ad esempio, sembra la valutazione isolata e atomistica di presupposti ed effetti di un aiuto economico pubblico all'emersione. Probabilmente occorre ar-

(44) Vedi una sintesi del dibattito in *Il corriere della Sera-Mezzogiorno Economia*, del 10 dicembre 2007.

(45) Vedi l'intervista al Commissario Hubner ne *La Repubblica* del 21 novembre 2007, che, a dispetto del titolo dell'articolo, esprime valutazioni lusinghiere (forse persino troppo) sulla gestione e sui controlli italiani dei fondi comunitari.

ricchire la valutazione da parte della Commissione, aggiungendo tra i criteri valutativi concreti qualche indicatore significativo per ricondurre presupposti ed effetti alle politiche complessive di sviluppo locale, in cui eventualmente il singolo aiuto si inserisce, e alla crucialità dell'aiuto nella costruzione di un disegno efficace di intervento pubblico nei mercati che presentano determinate caratteristiche.

Ciò detto affidarsi alla valutazione giudiziaria, che è necessariamente *ex post*, è sempre fonte di lungaggini e incertezze; e ancor più lo è quando si tratta di intervenire su regolamenti comunitari. Proprio per questo non si può però non segnalare con decisione che l'eccesso di mediazione politica nell'uso dei fondi comunitari per la lotta al sommerso presenta un inconveniente anche più grande della attesa messianica di una decisione della Corte di Giustizia europea: essa infatti rende più problematici assetti e tendenze a una seria programmazione nella lotta al sommerso, assetti e tendenze che, almeno in Italia, stanno finalmente emergendo. Mi riferisco alla più recente generazione delle leggi nazionali e regionali di contrasto al sommerso e di intervento sul mercato del lavoro (46), rispetto alle quali mi pare da porre in evidenza l'ultima contraddizione irrisolta che si intravede nel nuovo corso delle politiche comunitarie di contrasto al lavoro sommerso.

7. — *Cooperazione amministrativa europea e riorganizzazione dell'intervento pubblico nazionale (italiano) sui mercati (locali) del lavoro* — Guardando a questo versante degli assetti istituzionali si coglie, infatti, un ulteriore limite che può indebolire, inficiare, rendere in qualche caso pura declamazione una delle politiche più interessanti e nuove messe in campo dalla Commissione a partire dal 2006: la cooperazione istituzionale e amministrativa.

(46) Al riguardo vedi G. Gentile, P. De Vivo, *La cornice legislativa: dai contratti di riallineamento al «pacchetto Bersani»*, e M. Esposito, G. Gentile, *Le iniziative campane: soggetti, progetti e cornice legislativa*, in M. Rusciano, M. Esposito (a cura di), *Lavoro sommerso*, cit., pp. 63 ss.; A. Bellavista, *La legge finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, in www.lex.unict.it/eurolabor; M. Esposito, U. Gargiulo, *Il contrasto al lavoro sommerso: potestà legislativa regionale e strumenti di intervento*, in L. Zoppoli (a cura di), *La legislazione regionale...*, cit., pp. 75 ss.; A. Bellavista, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, M. G. Garofalo, *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso. Gli indici di congruità*, P. Amenta, *Linee metodologico-statistiche per l'attuazione della legge regionale pugliese in materia di lavoro nero*, M. Esposito, *Le iniziative legislative per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nella Regione Campania*, tutti in V. Pinto (a cura di), *Le politiche pubbliche...*, cit.; C. Di Carluccio, *Contrasto al lavoro sommerso tra politiche regionali ed esperienze territoriali*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, pp. 25 ss.

Quanto su questo insista la comunicazione di ottobre s'è detto sin dall'inizio. Pure chiaro è che, a essere pignoli, si parla di cooperazione con riguardo a specifiche funzioni ispettive e di vigilanza, con particolare riguardo al controllo sui movimenti transfrontalieri. Non si può però tacere o mettere in secondo piano che, se non si pensa ad amministrazioni parallele (e non pare proprio la stagione), l'efficacia di una qualsiasi cooperazione sovranazionale è inevitabilmente condizionata dagli assetti e dal concreto funzionamento delle istituzioni nazionali considerate in tutte le loro articolazioni. Non basta, infatti, invocare una maggiore attenzione della politica alla lotta al sommerso se si trascura che una politica che voglia far seguire all'attenzione qualche soluzione ha bisogno di strumenti operativi efficaci sia nella conoscenza sia nella gestione complessiva dei fenomeni da contrastare. In effetti, c'è urgente bisogno non solo dell'attenzione della politica ma anche di reale attitudine dei sistemi nazionali al *policy making* nei settori interessati. Al riguardo non ci si può nascondere che le situazioni nazionali sono tutt'altro che omogenee.

Una esperienza rilevante si è fatta proprio con il Mac in materia di occupazione e di politiche sociali. Riguardo al primo si è detto che la Seo ha «finito con l'addossare un pesante fardello a quegli Stati membri il cui sistema di politiche per l'occupazione era meno congruente con il paradigma nord-europeo» (47). In particolare l'Italia si è trovata a mal partito anche perché dalla fine degli anni novanta a tutt'oggi ancora non ha completato la sua transizione da un sistema politico-amministrativo di gestione dei servizi per l'occupazione centralizzato e burocratico a uno basato su decentramento e politiche attive. La stessa cosa – e anche peggio – è accaduto per le politiche sociali, dove il modello è stato disegnato a livello nazionale solo nel 2000 con la legge n. 328 (48). Qualcosa di analogo rischia di accadere anche per la lotta al sommerso, per quanto attiene sia alle prospettive di cooperazione amministrativa sovranazionale sia a quelle interne al sistema nazionale italiano. Infatti tutte le amministrazioni pubbliche coinvolte nei processi di *governance* o nelle pratiche di sorveglianza/vigilanza sono state interessate negli ultimi anni da processi di profonda riforma, che vanno dalla competenza legislativa Stato/Regioni ai criteri di riparto delle competenze amministrative, dei poteri organizzativi, delle risorse finanziarie, ai circuiti di coinvolgimento delle parti sociali. Insomma

(47) M. Ferrera, S. Sacchi, *Il Metodo aperto di coordinamento e le capacità istituzionali nazionali: l'esperienza italiana*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme...*, cit., p. 211.

(48) M. Ferrera, S. Sacchi, *Il Metodo aperto...*, cit., pp. 325 ss.

il nostro sistema istituzionale in senso lato è stato investito da un vero e proprio ciclone di innovazioni ma anche di incertezza/instabilità. E il ciclone ha colpito ovviamente soprattutto le zone del paese più gracili economicamente e istituzionalmente: non a caso quelle zone dove il problema del sommerso, in quasi tutti i suoi aspetti, è sicuramente più grave. Di questo occorre assolutamente tener conto anche a livello comunitario.

Rifacendosi ancora all'esperienza del Mac occupazione, mi sembra importante riprendere le conclusioni dei due studiosi citati, secondo cui «il fatto di godere di una base giuridica diretta nel Trattato rende il Processo di Lussemburgo un processo obbligatorio [...]: ciò ha fatto la differenza nel caso italiano, costringendo le autorità nazionali ad adempiere a condizioni più formali nel campo dell'occupazione» piuttosto che in quelle delle politiche di inclusione sociale (49). Pur avvertendo che si parla di un successo relativo, mi pare assolutamente da non trascurare questo dato di esperienza che porta a valorizzare gli elementi di precisione, stabilità, certezza giuridico-normativa con cui si manifestano le politiche comunitarie: sono queste a far progredire più speditamente i sistemi di *policy making*.

In considerazione di ciò occorre a mio parere avere ben presente che le maggiori *chances* di lotta al sommerso sono legate all'emergere di una strumentazione programmatica a livello locale che consenta di perseguire contemporaneamente politiche di sviluppo economico-sociale e seri interventi di sorveglianza/repressione. Anche gli indicatori di congruità in materia di sommerso (50) – che vengono segnalati come buona prassi dalla Commissione nella comunicazione del 2007 – non sono solo strumenti repressivi, ma elementi intorno ai quali costruire una duratura e graduale politica dell'emersione, che può anche consentire di programmare diversi stadi di qualità del lavoro sostenibili da un paese o da determinati territori. Questa gradualità programmatica deve poter contare anche su una politica di incentivi pubblici che l'Ue non può riservare alla valutazione meramente politica o atomistica della Commissione e del Consiglio. Se si vuol davvero lottare contro il lavoro sommerso in Europa è tornato il tempo di far seguire all'evoluzione delle politiche degli organi comunitari un sistema di regole più certe e di indicatori valutativi più tarati sugli apparati istituzionali nazionali e regionali attraverso cui alla fine si gestiscono tutte le risorse pubbliche, apparati che devono soprattutto ritrovare un loro assetto stabile e affidabile.

(49) M. Ferrera, S. Sacchi, *Il Metodo aperto...*, cit., pp. 245 ss.

(50) Sui quali vedi gli Autori citati alla nota 46.

Adalberto Perulli (*)

EFFICACIA E DIRITTO DEL LAVORO (**)

«Dopo l'avvento dello Stato sociale, la razionalità del diritto moderno non può più essere definita in senso moralmente neutrale»

L. Mengoni, *Presentazione a*

Robert Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*,
Milano, Giuffrè, 1998.

SOMMARIO: 1. Le origini: verità ed efficacia. — 2. L'efficacia come valore condizionato. — 3. Razionalità ed efficacia. — 4. Efficacia economica: l'analisi economica del diritto. — 5. Le declinazioni dell'efficacia: efficacia e ragioni valutative. — 6. Efficacia e nuova regolazione. — 7. Efficacia ed efficienza economica del diritto. — 8. La funzione antropologica del diritto: per un mondo comune giustificabile.

1. — *Le origini: verità ed efficacia* — Declinare il concetto di efficacia nel campo del diritto del lavoro richiede una preliminare operazione di chiarificazione semantica, posto che la nozione in esame, appartenendo a una famiglia di termini che contempla numerosi sinonimi utilizzati nel linguaggio comune, presenta una molteplicità di sensi, alcuni dei quali più consoni al linguaggio (e al metalinguaggio) giuridico, altri caratteristici dell'analisi economica, altri ancora connessi ai paradigmi scientifici delle scienze sociali.

Efficacia designa anzitutto, in ragione della sua etimologia greca (*k-ráínein*) e latina (*efficere*) l'attitudine a «far essere», a produrre l'effetto sperato o atteso, dunque per estensione, a raggiungere il risultato. L'efficacia è quindi fondamentalmente *produttiva*: produce effetti di realtà, ed è questa la ragione per cui alle origini del pensiero occidentale l'idea di efficacia è associata a quella di verità (*alétheia*). Essenza della verità è l'efficacia, nel senso etimologico di ciò che «fa essere» la realtà, e

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

(**) Questo saggio è destinato agli Studi in onore di Edoardo Ghera.

tale antico legame – ripreso in età moderna nelle intuizioni di Bacone e di Nietzsche – appare di tutta evidenza nell'era della tecnica, in cui la verità misura sé stessa nell'ordine dell'efficacia (1). Ma in origine, il motivo della verità come efficacia potente si salda con l'idea di giustizia (*dike*), nel senso che quando il discorso (la parola) è efficace – nel senso di «far essere» o non essere – è anche conforme a giustizia, onde può dirsi che il criterio dell'efficacia legittima il *diritto*. Al contempo, l'efficacia è razionale, nella misura in cui, nell'universo delle azioni possibili, l'agire in conformità a uno scopo è governato dalla valutazione dell'attitudine del mezzo rispetto al fine, e questa forma di razionalità strumentale è regolata dall'efficacia, cioè dalla capacità di «far essere» ciò che si vuole. In tal senso l'efficacia è anche il principio regolatore della razionalità strumentale, che controlla l'idoneità dei mezzi rispetto ai fini.

Con l'epoca moderna e la dogmatizzazione dei concetti scientifici che si realizza a cavallo dei secoli XVII e XVIII, l'idea di un'efficacia produttiva di realtà tende ad allontanarsi rispetto al piano del discorso giuridico. Probabilmente, ancor prima che in ragione dell'evoluzione interna del pensiero giuridico, questo congedo è il portato della modernità e della logica scientifica, tale per cui l'ordine dell'essere è costretto a cedere all'ordine della rappresentazione, nel senso heideggeriano di un tempo – la modernità, appunto – in cui il mondo diventa immagine del mondo (*Welt-bild*), e la verità della cosa non è più un es-porsi dell'*alétheia* ma un dis-porsi nel campo della rappresentazione anticipata dalla funzione legislativa della ragione (2). Al contempo, muta anche la nozione di ordinamento giuridico, che assume connotati teoretico-cognitivi trascurando, e, anzi, lasciando decisamente da parte, la nozione di sistema reale (3).

Come ora cercheremo di dimostrare, nell'orizzonte attuale del linguaggio giuridico il senso dell'efficacia, dopo aver perduto il suo connubio originario con i temi della verità (e dei suoi effetti di realtà), si declina in una serie di modalità pertinenti al problema della definizione del diritto e delle sue categorie analitiche, recuperando sul piano dell'analisi economica del diritto quell'idea di produzione di realtà valutabile in base alla capacità della regola giuridica di garantire l'efficienza economica.

(1) Su questi temi si veda, in una prospettiva teoretica, U. Galimberti, *Psiche e tecnica. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999.

(2) Cfr. M. Heidegger, *Die Zeits des Weltbildes* (1938), trad. it. *L'epoca dell'immagine del mondo*, in *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1968.

(3) Cfr. L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 33.

2. — *L'efficacia come valore condizionato* — In una prima accezione giuridico-dogmatica, che accomuna tanto le teorie idealistiche che le teorie giuspositivistiche di stampo normativistico, l'efficacia designa la creazione di un effetto, il quale si qualifica come valore condizionato (in generale a un determinato fatto della realtà) che risiede sul piano del dover essere normativo-ideale (il *Sollen*, nel quadro d'analisi kelseniana), a prescindere dalla realizzazione fattuale di tale valore (4). Concepita la norma giuridica in termini di valore e di dover essere, essa può prescindere dalla contingenza dei fatti e degli accadimenti, cioè della sua concreta realizzazione in termini di applicazione, rispetto, conformazione effettiva (5). Se il contratto è regolarmente concluso è produttivo di obbligazioni, l'obbligazione essendo l'effetto giuridico della stipulazione, a prescindere dalla efficacia in positivo (osservanza): l'obbligazione può non essere adempiuta, ma l'efficacia resta tale sul piano del valore giuridico (6). Il licenziamento produce un'obbligazione di giustificazione, quale effetto giuridico dell'atto di esercizio del potere, a prescindere che la conseguenza sia effettiva sul piano dei comportamenti concreti, giacché essa resta tale sul piano dei valori.

Siamo qui nella sfera dell'autonomia assiologica del sistema giuridico, in cui la causalità giuridica (produzione dell'effetto) è irriducibile alla causalità fisica. La teoria del diritto discute se questa struttura della condizionalità della norma giuridica produca degli effetti solo sul piano ideale o anche nella sfera del reale (ad esempio, è chiaro che l'inadempimento dell'obbligazione di giustificazione rende nullo il licenziamento, ma non è detto che ristabilisca il rapporto, inteso quest'ultimo come *effetto reale* della disciplina protettiva), ma in ogni caso, dal punto di vista metodologico tradizionale, il compito del giurista consiste nell'occuparsi della efficacia della norma sul piano dei valori e non su quello fenomenologico, che resta riservato all'analisi sociologica o statistica, ovvero al dominio delle scienze empiriche.

In questo assunto classico, che esalta la qualità dogmatica della norma giuridica e il dualismo – specificamente moderno – della validità

(4) Cfr. A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, pp. 422 ss.

(5) Cfr. H. Kelsen, *The Pure theory of Law*, Berkeley, The University of California Press, 1967, p. 14.

(6) Peraltro, nella dottrina kelseniana l'efficacia può manifestarsi tanto nell'effettivo adeguamento delle norme giuridiche, quanto nell'esecuzione delle sanzioni per l'inosservanza della norma: cfr. G. Gavazzi, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

giuridica, si consuma la frattura originaria tra discorso giuridico, da un lato, e discorso delle altre scienze sociali e delle scienze economiche, dall'altro: in particolare, la frattura tra dogmatica giuridica e valutazione dell'impatto (economico) della norma, ossia tra logica deontica e i nessi concreti che la norma stabilisce nell'esperienza sociale ed economica. Il rapporto tra diritto ed economia, di conseguenza, viene costruito e percepito in termini alternativi, ovvero di indifferenza, del sistema giuridico rispetto alle sue condizioni socio-economiche, nella misura in cui la definizione dei concetti, dei principi e delle regole di diritto si iscrive (e si esaurisce) nell'ordinamento giuridico. Nel pensiero contemporaneo questa frattura subirà superamenti e disvelamenti (da parte della critica marxista, che segna il disincantamento dell'astratto normativismo giusnaturalistico), conferme (da parte del funzionalismo sistemico e dal neo-strutturalismo), e riscoperte (da parte del neo-giusnaturalismo).

3. — *Razionalità ed efficacia* — In una seconda accezione, l'efficacia del diritto designa l'attitudine della regola a raggiungere lo scopo normativo contemplato, e ciò mediante riscontri di efficienza strumentale della legge, che saggia la consistenza del rapporto di connessione causale mezzi-fini da essa posto. Ritroviamo qui l'originario nesso efficacia-razionalità strumentale, la cui misura è il massimo dell'efficienza, a sua volta espressa dal miglior rapporto tra i costi impiegati e i risultati raggiunti. In questo senso, anch'esso autonomo e interno al sistema giuridico, il concetto di efficacia getta un ponte verso la dimensione fenomenologica dell'*effettività* (intesa come comportamento conforme alla norma): l'efficacia della norma giuridica rinvia dunque alla sua razionalità, ossia alla valutazione di conformità e di adeguatezza della norma rispetto al fine desiderato. La valutazione in termini di efficacia apre dunque la via a un controllo di razionalità strumentale, o rispetto allo scopo, mobilizzando la *tecnica* concepita come strumento che consente l'impiego dei mezzi adeguati in vista di attenere il risultato stabilito *ex ante*. L'efficacia è qui concepita come principio regolatore della razionalità strumentale, come criterio di selezione tra le azioni che conviene svolgere e quelle che non conviene attuare.

Il criterio di razionalità è fondato sull'idea di misura e di proporzione, ed è sempre inscritto entro le coordinate di valore del sistema giuridico, vale a dire nella dimensione assiologia della razionalità in

funzione della quale è orientata l'azione normativa (7). Non si tratta di una semplice esigenza di coerenza e di funzionalità espressa dal sistema normativo, il cui controllo si arresti a un giudizio di mera compatibilità tra mezzi e fini, bensì di un problema più avanzato di efficienza strumentale, che impone di verificare se la legge è *davvero* idonea allo scopo, *id est* se concretamente realizza l'obiettivo divisato.

Il diritto del lavoro non è certo estraneo a tale necessità di verificare l'adeguatezza-ottimalità della legge, specialmente nei casi in cui la norma preveda delle limitazioni alla fruizione di diritti o imponga un fine da raggiungere: si pensi, ad esempio, agli artt. 36 e 38 della Costituzione italiana, ovvero ai casi in cui la norma abbia a oggetto diritti fondamentali rispetto ai quali garantire livelli minimi di fruizione, onde il controllo riguarda puntualmente l'effettiva efficienza strumentale del disposto (8). Ma è certamente nel diritto economico per eccellenza, quello del commercio internazionale, che tale criterio di efficacia-razionalità assurge a parametro di legittimità della regolazione: in tale contesto, ad esempio, gli *standard* globali definiti dal Wto risultano vincolanti e prevalenti sullo stesso diritto comunitario a patto che non si dimostrino «inefficaci» o «inappropriati» rispetto agli obiettivi che essi intendono perseguire (9).

È evidente che in questa declinazione dell'efficienza-razionalità il discorso giuridico e l'analisi economica tendono a incrociarsi, onde il giurista può utilmente fruire dei contributi apportati dalla scienza economica, in particolare dall'analisi degli effetti concreti della norma giuridica, al fine di verificare, ad esempio, se essa produca effetti contrari a quelli dovuti in base ai principi sovraordinati (di natura costituzionale o comunitaria), ovvero per interpretare la norma in un senso più coerente con il perseguimento degli effetti voluti dalla norma di rango superiore (10).

(7) Su questi argomenti vedi G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in Milano, Giuffrè, 2000.

(8) Per ulteriori approfondimenti in materia giuslavoristica vedi A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, pp. 6 ss.

(9) Cfr. *Wto Appellate Body, Sardines*, WT/DS231/AB/R 70-72. Per un'analisi del caso vedi A. Battaglia, *La sicurezza alimentare: amministrazione comunitaria e amministrazione globale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 237.

(10) Cfr. P. Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 459.

4. — *Efficacia economica: l'analisi economica del diritto* — In una terza accezione, l'efficacia giuridica chiama in gioco la causalità materiale per interrogarsi sugli effetti extra-giuridici della norma, ossia sulle sue conseguenze economiche – e quindi pratiche – esterne al sistema giuridico. Si può parlare in questo caso di una *efficacia economica e materiale* della norma (non importa se di origine legale o giurisprudenziale) e dunque di una valutazione economica degli effetti giuridici esterna all'ordinamento, nella misura in cui il parametro di apprezzamento non è costituito dalla razionalità strumentale o assiologica della norma, come nei casi esaminati nel precedente paragrafo, ma dagli effetti puramente economici della regolamentazione: la valutazione si basa allora su modalità di ragionamento e su categorie analitiche del tutto esogene al sistema giuridico e alla sua logica tradizionale (11). Come ha scritto un giurista francese, in questa accezione, esplicitamente orientata dall'economia, il diritto, pervenuto a uno stadio di pura strumentalizzazione, si trova *écarté du champ de la pensée, pour n'être plus que technologie annexe au service de l'efficiency ultramoderne, c'est-à-dire pour n'être plus, selon la formule des juristes-sociologues, que régulation sociale* (12). L'economia del diritto, nella sua complessa articolazione metodologica, si focalizza sull'efficienza della norma, situandosi risolutivamente su un registro di calcolo e su una *bargaining culture* (13), anche se a questa visione *standard* si accompagnano prospettive micro-economiche assai diverse, come la variante transazionale consacrata allo studio della dimensione relazionale dei fenomeni giuridici (in questa prospettiva il diritto dei contratti viene valutato sulla base dell'efficacia procedurale) (14), perpetuando la tradizione del *legal realism*, ovvero la variante istituzionalista fondata sull'analisi – risalente a John R. Commons – dell'interdipendenza della sfera giuridica e di quella economica (15).

(11) Cfr. T. Kirat, *Action juridique et calcul économique. Regards d'économie du droit*, in T. Kirat, E. Serverin, *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS Editions, 2000, pp. 42 ss.

(12) P. Legendre, *Sur la question dogmatique en occident*.

(13) Cfr. W. Heydebrand, *Changing Legal Cultures at the End of the 20th Century*, Annual Meeting of the American Sociological Association, Toronto, 1997.

(14) Cfr. O. E. Williamson, *Transaction Costs Economics Meets Posnerian Law and Economics*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 149, n. 1, 1993, pp. 99 ss.

(15) Cfr. S. G. Medema, N. Mercuro e W. J. Samuels, *Institutional Law and Economics*, in B. Bouckaert e G. De Geest (ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 14, Edward Elgar Publ., 2000.

Nei sistemi giuridici tanto di *civil* che di *common law* l'argomentazione orientata alle conseguenze (o il cd. argomento consequenzialista) ha da tempo inaugurato sul piano ermeneutico ciò che l'analisi economica del diritto porta oggi alle estreme conseguenze, vale a dire l'identificazione del concetto di giustizia con quello di efficienza (16). Secondo Luigi Mengoni una simile *reductio* non avrebbe risparmiato neppure la teoria sistemica, quanto meno sotto il profilo della preoccupazione di connotare la giustizia nei termini di una «complessità adeguata», *id est* come capacità del sistema giuridico di riprodurre al proprio interno la complessità esterna dei rapporti sociali. In realtà, come ora vedremo, per la teoria dei sistemi una tale *reductio* appare contraria all'assunto della necessaria separatezza tra sistema e ambiente, e quindi non può dirsi scientificamente accettabile.

Una consimile valutazione del diritto dal punto di vista esterno obbliga dunque il giurista a concepire il risultato della norma alla luce di un criterio di efficacia molto distante da quello tipico del diritto del lavoro. Ciò che viene in evidenza nella prospettiva di *law and economics* è soprattutto la ricerca di sincronia tra diritto ed economia, nel senso che ogni separazione tra le due sfere viene percepita e stigmatizzata come una forma di *inefficacia*: nella misura in cui il sistema giuridico e quello economico non sono perfettamente sincronici l'uno rispetto all'altro, le norme non saranno adeguatamente e correttamente allineate alle preferenze e alle dotazioni degli attori economici. In termini tradizionali, questa impostazione del problema dell'efficacia può essere considerata come un *decalage* dal piano del dovere essere a quello dell'essere, che tende inevitabilmente a mettere in discussione la funzione antropologica del diritto e il suo apporto di condizioni di validità dello scambio economico fondate su valori e principi normativi diversi da quelli tipici del mercato (17). In termini di analisi sistemica, una simile prospettiva trascura gli effetti contro-intuitivi di una dissoluzione della frontiera tra il sistema giuridico e il suo ambiente, dimenticando che così come l'economia possiede i propri meccanismi di creazione delle informazioni sotto forma di prezzi, il sistema giuridico – in quanto sistema necessariamente *auto-*

(16) Cfr. L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 91 ss.

(17) Sulla funzione antropologica del diritto e sulla sua irriducibilità al ruolo puramente tecnico, cfr. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005, qui in particolare p. 31.

nomo – possiede una propria logica interna differenziata rispetto a quella mercantile espressa dal sistema economico (18).

Di fronte a questa dimensione del problema posto dalla *law and economics*, il diritto del lavoro appare particolarmente esposto e sensibile. Tuttavia, se l'economia chiede al diritto di garantire un quadro normativo più adatto al raggiungimento di obiettivi di efficacia/efficienza economica, viene quasi automatico rispondere che il diritto – e quello del lavoro in particolare – promuove anzitutto obiettivi di giustizia, rispetto ai quali l'obiettivo dell'efficienza economica dovrebbe essere subordinato. In questa prospettiva il diritto del lavoro, assai più del diritto civile, afferma la propria autonomia assiologia rispetto al discorso economico in quanto attribuisce primaria importanza alla redistribuzione basata sulla ricognizione di una disegualianza di potere tra le parti rispetto alla *competition* che mira a una allocazione efficiente delle risorse in base all'assunto dell'eguaglianza delle parti. Sarebbe tuttavia *naïve* limitarsi ad alzare barriere comunicative sostenendo che il diritto del lavoro, di fronte alla materialità economica, corre il rischio di perdere il suo statuto scientifico e il suo orientamento assiologico, compendiabile nell'attitudine a correggere le disparità di potere contrattuale e consentire il superamento della visione economica del lavoro come merce (19). Infatti, il diritto del lavoro, con la sua componente di legittimazione dell'autorità aziendale, è sempre stato anche strumento di *Rationalisierung* capitalistica, in un continuo processo di razionalizzazione/adattamento della forma giuridica alle esigenze dell'economia e dell'organizzazione (20). Non a caso tale funzione è stata sottolineata da un'analisi economica del diritto *ante litteram*, condotta da Coase nell'ambito delle sue ricerche sulla natura dell'impresa, laddove il premio Nobel per l'economia coglieva nel contratto di lavoro – e nel suo elemento fondamentale: il principio di autorità – uno strumento capace di ridurre i costi di transazione consistenti nella rinegoziazione nel tempo dei termini dello

(18) S. Deakin, *Les conventions du marché du travail et l'évolution du droit*, in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, methods et resultants*, La Découverte, Paris, 2006, p. 235.

(19) Cfr. M. Napoli, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, in Jus, pp. 51 ss.

(20) L'assunto è al centro della riflessione di Autori che seguono metodologie tanto diverse, come, tra i più rappresentativi, G. Lyon-Caen, U. Romagnoli, M. Persiani, G. Vardaro, R. Del Punta, R. Pessi, ma in fondo convergenti.

scambio tra lavoro e retribuzione, quindi in grado di ridurre i costi di coordinamento connessi all'uso del mercato (21).

Il problema non sta, quindi, nel prospettare (o rimpiangere) un' improbabile età d'oro del diritto del lavoro, tramontata sotto l'incombente minaccia degli imperativi sistemici dell'efficacia economica. Si tratta, piuttosto, di ribadire – nello stesso interesse dell'economia – la funzione del diritto come meccanismo di regolazione del mercato: non solo per correggere le *failures* di quest'ultimo, o per ridurre i costi di transazione, o ancora per garantire gli aspetti dinamici della concorrenza, ma anche come strumento di controllo nell'allocazione delle risorse realizzata dal mercato e come vettore di giustizia distributiva (22). Il che appare tuttavia in contrasto con le attuali tendenze, propugunate dalla scuola economica *standard*, volte a realizzare un modello di neo-*laissez faire* in cui la logica economica costringe tanto la politica quanto il diritto a negare la produzione di valori alternativi rispetto a quelli della competizione, dell'efficienza e del profitto (23).

La prospettiva dell'analisi economica del diritto si interessa agli effetti economici della norma e delle istituzioni giuridiche. Il ricorso riposa sull'idea, al contempo descrittiva e prescrittiva, di *valutazione* del diritto e della sua efficacia: si tratta di una impostazione descrittiva nel senso che l'analisi concerne gli effetti materiali della norma colti nella loro dinamica reale-oggettiva; prescrittiva nella misura in cui comporta una valutazione riguardante la desiderabilità della norma dal punto di vista dell'ottimizzazione dei comportamenti economici degli attori finalizzata al «benessere sociale».

È necessario sottolineare le caratteristiche del «benessere sociale» preso in considerazione dall'analisi economica del diritto: 1) in primo luogo l'idea di benessere sociale soggiacente all'analisi economica del diritto concerne la massimizzazione delle utilità di individui razionali; 2) in questa accezione di benessere sociale sono esclusi tutte le considerazioni

(21) R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *Economica*, vol. 4, 1937, pp. 386 ss. Sui costi di transazione vedi di recente G. Clerico, M. Novarese, S. Rizzello, *I costi di transazione: analisi teorica e indagine empirica*, Giuffrè, Milano, 2007.

(22) Cfr. I. Musu, *Pensiero economico e diritto: più teorie economiche, ma terreni comuni*, in P. Ciocca e I. Musu, *Economia per il diritto. Saggi introduttivi*, Bollati Boringhieri, Milano, 2006, p. 68, favorevole a un diritto dell'economia che tenga conto delle implicazioni in termini di giustizia distributiva anche in vista di massimizzare, per tal via, la stessa efficienza dei processi e dei risultati dell'attività economica.

(23) In questi termini U. Mattei, *Qualche riflessione su potere e interpretazione*, in *Il diritto civile oggi*, ESI, 2006, p. 203.

riguardanti la *distribuzione* delle utilità: dunque l'efficacia della norma dal punto di vista della distribuzione del benessere non ha alcuna rilevanza nella dimensione valutativa dell'analisi economica del diritto; 3) da questa nozione di benessere sociale sono banditi i temi della giustizia e della morale, così come l'idea di solidarietà, intesa, quest'ultima, come principio giuridico oggettivo complementare del principio costituzionale di parità di trattamento (24). Il problema della giustizia in generale (e della giustizia distributiva in particolare) si riduce quindi a una nozione di efficacia nel quadro di una visione puramente mercantile del diritto e della sua funzione, concepito come un sistema di prezzi atto a orientare i comportamenti individuali.

Adottare il punto di vista descrittivo e normativo dell'analisi economica del diritto significa quindi mettere in discussione l'inclusione, tipica del diritto positivo, dei valori etici e personali che orientano il legislatore e l'interprete verso scelte non sempre, e non necessariamente, coincidenti con quelle dettate da modelli di efficacia puramente economici, mercantili od organizzativi (25). Per il diritto del lavoro, in particolare, ciò significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, o addirittura ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici, nonché produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (ossia con la finalità di protezione dei diritti fondamentali della persona che lavora).

Incontriamo a questa latitudine il principale argomento della critica economica al diritto del lavoro, secondo la quale le rigidità caratteristiche della normativa giuslavoristica tradizionale (*rectius*, i sistemi di protezione dell'impiego) avrebbero un impatto negativo sul funzionamento del mercato del lavoro. Secondo questa analisi, il diritto del lavoro avrebbe creato e alimentato una frattura tra i soggetti protetti (gli *insiders*) e i soggetti non protetti (disoccupati, atipici, in generale gli *outsiders*) con effetti di rigidità normativa e salariale che sarebbero alla base della

(24) Cfr. L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in Jus, pp. 45 ss.

(25) Su questa condivisibile conclusione si chiude il ricco saggio di Riccardo Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 38 ss., ove si mette correttamente l'accento sui valori non economici, quali l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la dignità e la libertà, nonché sulla razionalità «di sintesi», che assorbe la razionalità economica entro un più vasto orizzonte valoriale, tipica del diritto del lavoro.

questione occupazionale. In realtà è noto che questa analisi non risulta supportata da evidenze empiriche – ovvero dalla dimostrazione di un rapporto diretto e unico di causa-effetto tra indici di protezione dell'impiego e disoccupazione –, onde può ben dirsi che quelle teorie non sono capaci di dimostrare in maniera conclusiva l'irrazionalità del diritto del lavoro dal punto di vista economico (26).

Tuttavia, l'argomento in esame rimane centrale nella critica economica al diritto del lavoro, soprattutto in quei sistemi, come l'Italia o la Francia, collocati ai primi posti tra i paesi che, secondo gli indicatori dell'Ocse, hanno rafforzato o conservato il rigore delle norme di protezione del lavoro; come dimostra, ad esempio, l'impostazione fornita dal *Libro verde* della Commissione europea sulla «modernizzazione» del diritto del lavoro (27), che ripropone l'affievolimento della protezione contro il licenziamento come ricetta per far accedere gli *outsiders* a un sistema di tutele fondato sull'idea di *flexicurity*. E come dimostra l'accentuarsi di un «sentimento comune della precarietà» prodotto dalle politiche del lavoro della scorsa legislatura (28).

5. — *Le declinazioni dell'efficacia: efficacia e ragioni valutative* — Data la polisemia del concetto di efficacia, e compresa la portata del tema e il suo abbracciare gli aspetti più problematici del rapporto tra economia e diritto, è opportuno svolgere alcune considerazioni di prospettiva sui tre assi che il campo lessicale dell'efficacia propone all'interprete, in un'ottica di connessione, e non di semplice opposizione, tra sistema giuridico, razionalità assiologica e logica economica.

Nella prima accezione proposta (*retro*, par. 2), l'efficacia come valore condizionato appare centrale nella dialettica diritto/scienze sociali e diritto/economia poiché rappresenta il principale fattore di resistenza contro la tendenza a una pura e semplice riduzione del giuridico alla fattualità economica, ovvero, se si preferisce (con Luhmann), come garanzia per il mantenimento del sistema giuridico come sistema autopoietico di

(26) Del Punta, *op. cit.*, p. 36.

(27) *Libro verde* «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», Com (2006) 708 def.; per un'analisi critica del documento comunitario vedi A. Perulli, *Il Libro verde della Commissione europea: un'occasione mancata?*, in *Aran notizie*, 2007; M. G. Garofalo, *Post-moderno e diritto del lavoro*, in *q. Riv.*, 2007, I, p. 135; S. Leonardi, *Sul Libro verde «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XIX secolo»*, *ibidem*, p. 145.

(28) Cfr. L. Mariucci, *Le politiche del lavoro: bilancio di una legislatura e nuove prospettive*, in *Lav. dir.*, 2006, p. 452.

produzione e di riproduzione dei valori che ne caratterizzano senso e orientamento, ovvero (con Habermas) per garantire al diritto la sua funzione di mediazione sociale di fattività e valore.

Tramontato l'ideale giusnaturalistico di una fondazione in via deduttiva delle verità assiomatiche, ed entrato in crisi il positivismo legislativo tipico delle società identificate da un blocco tendenzialmente unitario di valori stabili, il pensiero giuridico si è aperto alla possibilità di fondare conoscitivamente i giudizi di valore. Al contempo, l'esigenza di una rinnovata «legittimazione meta-legislativa dell'ordinamento» (29) sospinge il positivismo giuridico verso una dogmatica flessibile e meno universalistica, ma più permeabile al pensiero assiologicamente orientato, con un ritorno a moduli discorsivi orientati a valori (30).

I valori – e i comportamento morali che riguardano le scelte di valore entro le società moderne – «non dipendono da un atto di pensiero, non sono mere proiezioni dello spirito umano, realtà puramente psicologiche», ma rappresentano un obiettivo ideale (ove «ideale» è opposto a reale-empirico), il cui modo di essere non è dato dall'esistenza ma dalla possibilità (31) e il cui perseguimento può essere spiegato razionalmente all'interno di un processo attivo di interpretazione e selezione di aspettative socialmente condivise (32). L'efficacia come valore condizionato sul quale il sistema giuridico è costruito rappresenta quindi una garanzia per proseguire a concepire il diritto del lavoro come sistema di valori che completano quelli economici e mercantili e di concepire la sua funzione – tipica della società complessa e pluralistica, fondata sul conflitto – di arbitraggio e bilanciamento tra valori. Come dire che, organizzando la coesistenza e la coordinazione tra *diverse* razionalità – il «fiume» di razionalità particolari che richiedono al sistema giuridico un proprio statuto normativo, di cui parla G. Teubner (33) – il diritto svolge la sua peculiare e insostituibile funzione normativa e universalizzante di cerniera tra l'agire comunicativo del *Lebenswelt* e l'agire sistemico dell'economia.

(29) L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., p. 40.

(30) L. Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 81.

(31) L. Mengoni, *Intrpretazione e nuova dogmatica...*, cit., p. 76.

(32) Sull'autorità incondizionata delle ragioni morali cfr., in una prospettiva filosofica, C. Bagnoli, *L'autorità della morale*, Milano, Feltrinelli, 2007.

(33) In *Diritto policontestuale*.

Se non si accetta questo postulato, e si cede alle sirene della riduzione del diritto all'*hic et nunc* dettato dalle esigenze della produzione, si perde la base comune di dialogo tra diritto ed economia e si precipita nel soggettivismo e nel relativismo empirico dei valori, sottomessi a una logica quantitativa ovvero inscritti in un orizzonte dominato dalla valutazione economicistica di dati statistici (34).

Il vero oggetto di discussione circa l'efficacia come valore condizionato è dunque la necessità razionale e assiologia dei valori, l'esigenza del dover essere di cui il sistema giuridico è emblema ed espressione. La nozione di efficacia giuridica deve dunque essere mantenuta sul terreno dell'autonomia assiologica del sistema, mentre la differenza tra effetto giuridico ed effetto fisico dev'essere percepita sul piano della differenza tra piano del fatto e piano dei valori. L'efficacia come valore condizionato esplica il bilanciamento degli interessi in conflitto e l'organizzazione istituzionale delle scelte economiche governate dal diritto. Il tema, come si vede, è ancora una volta quello dell'autonomia sistemica del diritto, compendiabile nella sua capacità di autoregolarsi in maniera riflessiva e di delimitarsi nei confronti della morale, della politica e dell'economia: questo insegnamento, già presente nell'analisi weberiana (con riferimento al pericolo che il diritto venga fagocitato dalla politica), è tematizzato sia dalla teoria sistemica, che vede nella iper-politicizzazione del diritto un rischio di de-differenziazione visualizzabile quando il formalismo giuridico si rende malleabile ai calcoli di utilità e di potere; sia nella teoria critica habermasiana, la quale, pur fondata sull'intreccio strutturale tra diritto, politica e morale, si oppone alla strumentalizzazione politica del *medium* diritto, sottolineando la necessità sostanziale della *indisponibilità* del diritto positivo e della sua autonomia (non sistemica, ma fondata su una razionalità procedurale di tipo morale) (35).

6. — *Efficacia e nuova regolazione* — Nella seconda accezione (*retro*, par. 3), il tema rinvia almeno a due questioni maggiori.

(34) Ancora illuminante l'insegnamento mengoniano, in *Interpretazione e nuova dogmatica*, p. 76, secondo cui se non si accetta il postulato del valore come oggettività ideale e principio regolativi della nostra conoscenza «si scade [...] nel relativismo empirico dei valori, alla cui stregua tutto si riduce a un problema di rilevazione statistica delle valutazioni correnti in un certo ambiente sociale e del rispettivo grado di consenso».

(35) La tesi è esplicitata da Habermas nella seconda delle *Tanner Lectures on Human Values*, trad. it. *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 1992, pp. 43 ss.

Una prima questione – riassumibile nel binomio «efficacia-razionalità» – è rappresentata dalla valutazione della norma alla luce dei criteri di apprezzamento fondati sui parametri tipici del controllo di razionalità della legge; è un tema su cui ci siamo già in parte soffermati (vedi *retro*), e che rappresenta una dimensione sufficientemente conosciuta e analizzata. Per questo non indugeremo oltre su questo aspetto, concretandoci invece su una seconda problematica – che potremmo riassumere con il titolo «efficacia e fonti» – offerta dalla valutazione dei meccanismi giuridici di regolazione tradizionali (o di *hard law*) in rapporto alla prospettiva aperta da dispositivi alternativi (*soft law* ecc.).

Il tema dell'efficacia si connette, infatti, direttamente con gli scenari di crisi della norma giuridica intesa secondo i postulati classici del positivismo normativo e del diritto-ordinamento fondato sul principio di effettività, a favore di una visione dinamica del sistema, in cui l'effettività risulta assorbita dall'imperativo dell'efficacia. L'approccio *soft* al diritto uniforme, per contrasto con quello *hard* dell'unificazione legislativa, sembra attualmente imporsi come strategia e tecnica di uniformazione del diritto privato europeo per la sua maggior forza proprio in termini di efficacia: una forza che risiede nella sua apparente debolezza, nel senso che le norme *soft*, senza bisogno di incorporazione mediante atti formali di ricezione nei singoli ordinamenti, vivono di vita propria e prosperano nella misura in cui valgono a soddisfare le esigenze della comunità internazionale di operatori cui sono rivolte; ossia, «nella misura in cui si dimostrano effettivamente competitivi rispetto ad altri sistemi di regolazione, così da essere accettati e integrarsi gradualmente ma stabilmente nel loro contesto di riferimento» (36). In tale prospettiva si consuma, peraltro, quella tendenza alla trasmutazione del sistema delle fonti del diritto riassumibile nei termini di una formazione etero-giuridica (in particolare *economica*) delle fonti di produzione oggi dominanti, in cui la dipendenza da matrici economiche «non solo è accettata ma è anzi presentata come valore legato alla modernità» (37).

Interi settori dell'esperienza giuridica sono interessati a questo processo evolutivo che si caratterizza come decentrato, pluridimensionale, post-statale. La diffusione della nuova *lex mercatoria*, che in un'ottica

(36) L. Moccia, *Dal «mercato» alla «cittadinanza»: ovvero, dei possibili itinerari di diritto privato europeo*, in M. Napoli (a cura di), *Lavoro, mercato, valori*, Vita e Pensiero, Milano, 2003, p. 64.

(37) U. Mattei, *Qualche riflessione su potere ed interpretazione*, in *Il diritto civile oggi*, Atti del I Convegno Nazionale, ESI, Napoli, 2006, pp. 199 ss.

globale diminuisce i costi di transazione sostituendo al costo informativo sul diritto applicabile un unico insieme di regole uniformi (38), testimonia ampiamente l'ascesa di forme di regolazione guidate da enti privati di auto-normazione e assurge a emblema di un diritto che punta non tanto al controllo delle dinamiche economiche quanto alla loro facilitazione attraverso tecniche e logiche di *soft law* (39).

La globalizzazione induce invero tutti gli attori a ricercare nuove tecniche di regolazione sociale, più attente alle esigenze dell'efficacia. Si tratta di un processo progressivo, che sta modificando il paesaggio normativo tradizionale: la diversificazione dei modelli di regolazione e la sofisticazione delle tecniche investono la natura, la portata spaziale e il contenuto della regolazione, coinvolgendo gli stessi principi fondamentali del costituzionalismo classico. A un diritto per definizione *hard*, che segue i principi del positivismo giuridico e si colloca nel tradizionale modello di *government* (*command and control* nella versione anglosassone) si affiancano forme di regolazione *soft*, eteronome e autonome, che arricchiscono l'ambito di una *new governance* eterarchica, policentrica, diffusa, fondata sull'idea di democrazia deliberativa (40), sulla pluralità di mondi privati autoregolati (41), sulla «rete» come nuovo paradigma del diritto statale, internazionale e sovranazionale (42).

Anche il diritto del lavoro vede crescere forme di regolazione leggera: *soft law* non cogenti, talora sprovviste di diritti giuridicamente azionabili (e di sanzioni comminabili) ma dotate nondimeno di efficacia regolativa, elaborate e adottate dagli attori economici (*in primis* le imprese multinazionali) in una prospettiva di auto-normazione volontaria, nonché da organizzazioni internazionali (Oil, Ocse). Sul piano del diritto internazionale del lavoro, la *soft law* rappresenta un'esperienza assai diffusa (oltre 200 raccomandazioni), non necessariamente qualificabile come sottopro-

(38) Fra le analisi più acute, anche nell'ambito della letteratura internazionale, cfr. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2005, pp. 249 ss., nonché *amplius* F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Tratt. di dir. comm.*, Padova, 2003.

(39) U. Mattei, *op. cit.*

(40) Cfr. J. Harbermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt-am-Main, 1981.

(41) Cfr. G. Teubner.

(42) Cfr. F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

dotto da disdegnare, ma, anzi, in assenza di obbligazioni internazionali azionabili, metodo apprezzabile per influenzare il comportamento degli Stati nella misura in cui un organo internazionale competente e rappresentativo formula norme in un contesto disciplinare determinato (43). La stessa costruzione del diritto comunitario, tradizionalmente concepita attorno agli assi portanti della *hard law* (regolamenti e direttive) è divenuta esempio paradigmatico dell'affermarsi di nuove tecniche e metodi di regolazione sociale, definibili come *soft law* di seconda generazione per distinguerli da quegli atti di indirizzo politico-programmatico (raccomandazioni, pareri, risoluzioni) che venivano adottati in passato (44). La Strategia europea per l'occupazione (Seo) e il Metodo aperto di coordinamento (Mac), nell'ambito di una più complessa *multilevel governance* che caratterizza la regolazione dell'Ue in seguito alle riforme introdotte con i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, mobilitano una serie di congegni regolativi flessibili e non strettamente vincolanti, finalizzati al raggiungimento di obiettivi individuati mediante linee guida e centrati su tecniche di derivazione economico-aziendalistica come la *peer review*, il *benchmarking*, il *management by objectives*, le buone prassi (45).

In questo scenario complesso, in cui il linguaggio della politica e quello dei diritti tendono a confondersi e a sovrapporsi, emergono combinazioni inedite di regolazione, forme ibride di giuridicità che sanciscono il superamento di frontiere e dicotomie consolidate (pubblico/privato, *hard/soft law*, nazionale/internazionale, locale/globale), e che privilegiano lo sperimentalismo, l'adattabilità, la reversibilità in luogo della generalità e astrattezza, ma anche della certezza e della stabilità, proprie della regolamentazione tradizionale (46).

Razionalismo e costruttivismo giuridico convergono – nell'ambito della letteratura di teoria di relazioni internazionali e di diritto internazionale – nel sottolineare i limiti ma anche i pregi di questa prospettiva, per molti versi più adatta a rispondere alla sfida che la «seconda modernità», caratterizzata da incertezza, flessibilità, instabilità (47), lancia al-

(43) Cfr. Valticos.

(44) M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della comunità europea*, quarta edizione, Padova, 2007, p. 164.

(45) Cfr. i saggi contenuti nel volume a cura di M. Barbera, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano 2006.

(46) Sottolinea l'importanza delle interconnessioni tra linguaggio della politica e discorso del diritto B. Caruso, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 29 ss.

(47) Cfr. D. M. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, «*Soft Law*», «*Hard Law*» and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, NYU School of Law, 2005.

l'efficacia regolativa. Da un punto di vista razionalista la regolazione, in quanto funzionale alla stabilizzazione di aspettative individuali, alla riduzione dei costi di transazione e all'aumento dei benefici derivanti dal rispetto della norma, trova nei meccanismi *soft* uno strumento plurifunzionale: capace di ridurre i costi di transazione nell'ambito di negoziazioni altamente complesse o contenziose, di impegnare le parti senza ledere troppo le rispettive sfere di sovranità, di modellare la norma in termini adattivi e flessibili, di rispettare le diversità, di consentire una più ampia partecipazione nel processo di costruzione della norma, e infine di marcare, in una prospettiva incrementale, la prima tappa nella direzione di impegni maggiormente vincolanti (48).

La riflessione costruttivista, dal suo canto, ravvisa nella *soft law* un percorso che valorizza all'interno della sfera regolativa elementi quali la persuasione, l'argomentazione, la socializzazione, l'apprendimento, tutti funzionali alla visione della regolazione come processo aperto e dinamico che coinvolge la comunità e le reti transnazionali nella costruzione delle identità sociali e dei valori condivisi nelle istituzioni (49). In tal prospettiva la *soft law* sembra meglio equipaggiata per promuovere processi trasformativi di diffusione efficace delle norme, oltre che conoscenze capaci di produrre – anche mediante la creazione di arene deliberative – un impatto positivo sulla formazione delle politiche e sulla loro implementazione.

La tensione tra una visione dell'efficacia della regolazione come strumento costrittivo, capace di vincolare il comportamento degli attori secondo preferenze prefissate, ovvero come strumento trasformativo capace di conformare le identità e gli interessi degli attori, è destinata a comporsi in una prospettiva di coesistenza dei dati regolativi di stabilità e flessibilità, uniformità e differenziazione, cambiamento e vincolatività. Probabilmente all'interno dei sistemi giuridici del lavoro si stanno costituendo dispositivi osmotici che vanno nella direzione dell'ibridazione piuttosto che del conflitto tra strumenti di regolazione *hard* e *soft*, come dimostra, del resto, la stessa esperienza europea, ove possiamo classificare congegni regolativi formalmente *hard* che producono effetti *soft* (le di-

(48) Cfr. D. Snidal, *Rational Choice and International Relation Theory*, in *Handbook of International Relations*, London, 2002.

(49) Cfr. E. Adler, *Constructivism and International Relations Theory*, in *Handbook of International Relations*, London, 2002; J. Ruggie, *What Makes The World Hang Together*, in *International Organization*, 1998; T. Risse, *Social Constructivism and European Integration Theory*, Oxford, 2004.

rettive di seconda generazione), norme *soft* che producono effetti vincolanti per le parti (gli accordi quadro del dialogo sociale, la coordinazione in materia di politiche occupazionali, soprattutto nella prima fase), e norme definibili semi-*hard* o semi-*soft*, come la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue (o Carta di Nizza), in considerazione dell'uso fattone di recente dalla Corte di Giustizia (50).

Per il giurista del lavoro la regolazione *soft* apre un vasto orizzonte di riflessione, a partire da una alternativa fondamentale: si tratta di una tendenza che, in nome dell'efficacia, porterà il diritto del lavoro ad arricchirsi di inedite tecniche regolative in vista di una nuova democrazia sociale, o siamo piuttosto di fronte a una modernizzazione del modello sociale inscritta nella visione neo-liberista dell'economia e della società, che conduce sul piano interno a una destrutturazione dell'apparato garantista e sul piano sopranazionale a una progressiva diluizione dei diritti sociali in politiche sociali sempre meno capaci di garantire la coordinazione? Il dibattito ferve (51). Secondo una parte della dottrina, è reale il pericolo che il Mac e le altre forme di cooperazione e di *new governance* si collochino in (e siano funzionali a) un *trend* minimale di *government* orientato alla *deregulation* (52). In tal prospettiva sotto il vocabolo *soft* della scienza politica applicata al diritto si nasconderebbe non tanto l'impotenza dell'Europa ad agire con rinnovata incisività nell'ambito dei di-

(50) Cfr. la sentenza della Corte 11 dicembre 2007 nella causa *International transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union* contro *Viking Line ABP, OU Viking Line Esti*, ove nel riconoscere il diritto di sciopero quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario la Corte richiama espressamente la Carta di Nizza; sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di riconoscimento familiare; sentenza 13 maggio 2007, C-432/05, su cui vedi G. Bronzini, V. Picone, *La Corte di Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, in *D&L*, 2006; più cauta M. V. Ballestrero.

(51) Per alcune attualizzazioni del dibattito nell'ambito della riflessione dottrinale italiana vedi A. Alaimo, *L'impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia. La mediazione dell'Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, pp. 244 s.; B. Caruso, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lav. dir.*, 2003, pp. 49 ss.; B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in *Working Paper Csdle «Massimo D'Antona»*, Int-38/2005, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp; M. Delfino, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 653.

(52) Cfr. J. Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 505; A. Lyon-Caen, J. Affichard, *De normes juridiques aux normes statistiques: les politiques de l'emploi à l'épreuve de la coordination*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005.

ritti sociali, quanto, più profondamente (e insidiosamente) la strumentalizzazione delle politiche sociali a profitto di obiettivi strutturali di riduzione della spesa pubblica, di austerità salariale e di flessibilità del mercato del lavoro (53).

Secondo visioni meno critiche, e, anzi, decisamente ottimistiche, le potenzialità del Mac come strumento di rafforzamento di integrazione nell'era della globalizzazione non possono essere sottovalutate (54), seppure altri autori evidenzino il difficile rapporto tra la prospettiva procedurale del Mac e la grammatica sostanziale dei diritti fondamentali (55), di cui invece gli individui, in ambito europeo, chiedono garanzie visibili e certe.

Probabilmente, anche in questa dimensione disciplinare l'imperativo dell'efficacia del diritto del lavoro può dunque declinarsi in guisa differenziata a seconda del punto di vista valoriale prescelto: da parte di chi analizza in chiave problematica la dinamica tra efficacia economica e giustizia sociale esso tenderà a mascherare una strategia di smantellamento dello Stato sociale e di deriva (de)regolativa che mette a rischio lo stesso *corpus* dell'*acquis* sociale comunitario; per coloro che si pongono nell'ottica del primato dell'economia sul sociale, ovvero ritengano che le norme giuridiche rappresentano un ostacolo alla produttività e allo sviluppo, quell'imperativo costituirà lo strumento per superare l'*inefficacia* e il *deficit* di legittimità delle politiche sociali europee (56).

Certo è che la teoria dell'ibridazione, sviluppatasi nel diritto internazionale e applicata al contesto della regolazione europea in materia di coordinamento delle politiche occupazionali e fiscali, mette in luce la presenza simultanea di *hard* e di *soft law* nei processi di regolazione legislativa, ciò che dà vita a un modello complesso di giuridicità in cui la *soft law*, sensibile all'imperativo dell'efficacia, opera in funzione rafforzativa

(53) Cfr. F. Eymard-Duvernay, O. Faverau, A. Orléan, R. Salais, L. Thévenot, *Des contrats incitatifs aux conventions légitimes. Une alternative aux politiques néolibérales*, in F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions, methods et resultats*, Tome 2, La Découverte, Paris, 2006, p. 40.

(54) Cfr. S. Sciarra, *Global or Re-nationalised? Past and Future of European Labour Law*, in F. Snider (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 280 ss.

(55) Cfr. A. Lo Faro, *Coordinamento aperto e diritti fondamentali: un rapporto difficile*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione...*, cit., pp. 353 ss.

(56) Per una ricostruzione dello stato del dibattito si veda B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard law e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione...*, cit., pp. 77 ss.

degli effetti di misure *hard*: come è accaduto in passato, con riguardo a strumenti *soft* di prima generazione, con la Raccomandazione in materia di promozione di azioni positive per le donne, volte a rendere effettive le prescrizioni della Direttiva n. 76/207/Ce, o con la Raccomandazione relativa a un codice di buone pratiche in materia di molestie sessuali nei luoghi di lavoro, descrivibili come strumenti ibridi tra legge e *litigation* finalizzati sia a influenzare le Corti nazionali e la Corte di Giustizia nell'interpretazione delle previsioni legali, sia a influenzare gli Stati membri per adottare in *subiecta materia* nuove previsioni normative o incentivare buone prassi (57). Con ciò accreditando l'idea di un rapporto virtuoso (e non oppositivo) tra coordinamento e armonizzazione, tra *hard* e *soft law*, in un contesto ove congegni regolativi di differente natura coesistono e partecipano alla medesima finalità di crescita occupazionale e di lotta all'esclusione sociale.

7. — *Efficacia ed efficienza economica del diritto* — Nella terza accezione l'efficacia del diritto del lavoro si rapporta a un criterio di valutazione fondato su criteri extrasistemici, esterni alle regole giuridiche e alla stessa logica ordinamentale: in sostanza si tratta di verificare la razionalità regolativa del diritto del lavoro intesa, sostanzialmente, alla luce della compatibilità del suo sistema normativo con l'efficienza del sistema economico. Ritroviamo in questa dimensione il terreno di confronto più difficile tra diritto ed economia, caratterizzato, nell'attuale fase di globalizzazione, da una tendenza alla «delavorizzazione» del diritto del lavoro in nome di un fondamentalismo dei valori del mercato libero concorrenziale che riposa – come altri ha efficacemente scritto – «sull'identità dell'Economista come formatore e giudice delle politiche di normalizzazione» (58).

Questioni ben note sono oggetto di un acceso dibattito, in sede dottrinale e di politica del diritto.

Una prima questione riguarda gli effetti di perturbazione prodotti dal diritto del lavoro (e dalle sue rigidità normative) sui meccanismi di autoregolazione del mercato, prospettandosi nuovi spazi di azione per una moderna politica del lavoro volta a fornire maggiori strumenti di auto-protezione al lavoratore-individuo sul mercato in termini di informa-

(57) Traggo questi esempi da J. Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, 2003, *passim*.

(58) C. Boris Manghi, *Logica del diritto sociale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 86.

zione, formazione, mobilità, tutela previdenziale per i periodi di non lavoro ecc. (59). Il tema si compendia, da un lato, nella formula delle «asimmetrie informative» nel rapporto e nel mercato del lavoro, puntando sulla loro necessaria correzione: si tratta certamente di una nuova frontiera dell'efficacia economica del diritto del lavoro, che tuttavia sconta (più o meno consapevolmente) una grave sottovalutazione dello storico (ma non per questo inattuale) problema derivante dalla asimmetria di *potere* tra le parti del rapporto (60), che è dato diverso e ulteriore rispetto a quello dell'asimmetria informativa (61). D'altra parte, la questione del rafforzamento del potere contrattuale sul mercato del lavoro evoca importanti profili evolutivi del diritto del lavoro, lungo un *continuum* che dalla tutela del lavoratore nel rapporto porta alla tutela dell'occupabilità intesa, correttamente, come garanzia derivante da un sistema pubblico avanzato e articolato di servizi per il lavoro, logica derivazione da quella politica attiva del lavoro capace di «interagire con il sistema governato dall'economia e capace anzi – per la naturale propensione delle norme – a governarlo» (62); un sistema, è bene ribadirlo, necessario per realizzare gli obiettivi di Lisbona e per realizzare effettivamente le condizioni di libera circolazione nel mercato del lavoro europeo (63), ma ancora assai lungi dall'essere apprezzabile, almeno nel nostro paese, soprattutto per quanto attiene all'effettiva capacità del sistema a farsi carico dei percorsi transizionali dei prestatori di lavoro, in grado di suggerire loro i tragitti di qualificazione o riqualificazione in funzione delle professionalità effettivamente richieste, assicurandogli i necessari supporti formativi.

Una seconda questione riguarda gli effetti negativi – tanto sul piano dell'organizzazione imprenditoriale che su quello dell'efficienza economica del sistema nel suo complesso – della legge e del controllo giudiziario in materia di licenziamenti individuali, auspicandosi la loro sostituzione con sistemi incentivanti basati sul calcolo preventivo dei costi di rottura del contratto: una sorta di *efficient beach of contract* applicato al

(59) Del Punta, *op. cit.*

(60) Per una interessante rivisitazione di questo tema classico cfr. P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, L.G.D.J., 2004.

(61) Lo rileva giustamente R. Pessi, *Economia e diritto del lavoro*, cit., p. 444.

(62) R. Bortone, *Le tutele e i servizi nel mercato*, in A. Perulli (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Halley editrice, Matelica, 2007, p. 22.

(63) Cfr. F. Valdes Dal-Ré, J. M. Zufar Narvaiza, *Hacia un mercado europeo de empleo*, Ministerio de Trabajo y Santos Sociales, Madrid.

diritto del lavoro (64). Ciò che viene in questione, allora, è l'impatto anti-economico della disciplina dei licenziamenti, che giustificerebbe una radicale revisione della legislazione nonché il definitivo superamento della funzione di controllo giudiziario, considerato aleatorio, economicamente ingiustificato, irrazionale (65), e perciò da sostituirsi vuoi con una sorta di «filtro automatico» capace di neutralizzare il giustificato motivo oggettivo o, meglio, di ridefinirlo in termini meramente quantitativi (secondo la dottrina del *firing cost*) (66), vuoi eliminando del tutto i costi del recesso (secondo la dottrina dell'*employment at will*). Secondo Posner, la miglior prova che i sistemi di protezione dell'impiego sono economicamente inefficienti è data dal fatto che negli Stati Uniti l'*employment at will* è la forma normale di contratto di lavoro (67); Posner stesso, tuttavia, deve riconoscere come siano all'opera, da parte delle Corti statunitensi, meccanismi di regolazione basati sul *common law tort of unjust termination*, che in taluni casi introducono di fatto un principio di giusta causa di licenziamento (*good cause for firing*), come tale irriducibile a una pura e semplice questione di costi/benefici economici (il maggior costo del licenziamento equivarrebbe a una minor capacità/volontà dell'impresa di pagare i salari dei propri dipendenti). In realtà, come è noto, l'esistenza di una relazione inversamente proporzionale tra tasso di protezione del lavoro e livelli occupazionali è un teorema a tutt'oggi non dimostrato dalle scienze economiche. Tale correlazione è smentita dalla stessa Ocse, che nei suoi rapporti annuali sugli «indici di protezione dell'impiego» – sulla cui scientificità è peraltro lecito dubitare (68) – ammette che le sole conseguenze rilevabili riguarderebbero il *turn-over* senza alcun rapporto diretto tra indici di protezione e disoccupazione. La ricetta «a somma zero» consistente nel ridurre le protezioni degli *insiders* per fornire tutele agli *outsiders* sembra un sofisma per demolire il più importante diritto dei lavoratori, quello alla stabilità dell'impiego, che rappresenta l'architrave di molti sistemi giuridici (non solo «mediterranei») del lavoro, in assenza del quale la regola-

(64) Cfr. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 119 s.

(65) Cfr. O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La Documentation française, Paris, 2003.

(66) P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondatori, Milano, 1996, p. 127.

(67) R. A. Posner, *op. cit.*, p. 348.

(68) Sugli errori nelle stime Ocse con riferimento all'indice di protezione dell'occupazione per l'Italia cfr. E. Reyneri, *Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, pp. 2 ss.

zione dei rapporti si troverebbe su un piano inclinato, che la porterebbe fatalmente a dissolversi nel diritto comune dei contratti, magari assistita da qualche garanzia «costituzionale» fondamentale (69).

Posto che nessuna prova statistica viene fornita circa la reale sussistenza di correlazioni tra deregolamentazione e livelli della disoccupazione, le critiche economiche appaiono dunque fortemente connotate in senso ideologico, e disvelano il tentativo di mascherare dietro impostazioni razionaliste e «scientiste» l'obiettivo di eliminare nel diritto del lavoro una reale ponderazione degli interessi, giustificando qualsivoglia scelta gestionale implicante il licenziamento per motivi economici, magari con il solo limite del motivo discriminatorio o fraudolento, a tutto vantaggio di una logica di monetizzazione (o «tassazione») del potere di recesso (70).

Una terza problematica attiene più in generale alla messa in discussione sistematica dei dispositivi giuridici di regolazione nella misura in cui si dimostrano inefficaci dal punto di vista economico: gli esempi più importanti di tale «economicizzazione» del diritto del lavoro si trovano all'interno del sistema giuridico comunitario, laddove il diritto sociale – qui più che altrove – si trova strutturato, radicato e incastrato entro una logica mercantile. L'economia di mercato anzitutto un ordine concorrenziale e le «tavole» della legge della concorrenza possono essere viste come il «diritto costituzionale» di un mercato sovranazionale (71). L'area critica si condensa, in questo caso, nella formula «conflitto/concorrenza» tra diritto comunitario della concorrenza e diritto del lavoro, ovvero, più in particolare, tra gli interventi comunitari in tema di concorrenza e i loro effetti sugli ordinamenti nazionali del lavoro. Nonostante il diritto del lavoro partecipi, sin dalle sue origini nazionali e internazio-

(69) Sul valore della stabilità, anche con riferimento ai principi costituzionali cfr. M. V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in Idem (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 8 ss.

(70) Cfr. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 126 s., per il quale il compito del giudice dovrebbe ridursi «al controllo che la vera ragione del licenziamento non sia costituita da un motivo illecito, quale il motivo di discriminazione o rappresaglia politica, sindacale, religiosa, razziale, etnica, di genere, per il quale deve essere mantenuta la comminatoria di nullità». In senso critico, nella dottrina francese, F. Gaudu, *Des illusions des juristes aux illusions scientistes*, in A. Jeammaud (diretto da), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 101 ss.

(71) Cfr. A. Pirovano, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans le pays de l'Union européenne*, in R. Charvin e A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 19.

nali, a una ben nota funzione regolativa volta a garantire le condizioni di *fair competition* tra attori economici (72) – al punto che si è potuto autorevolmente sostenere che esso nasce come parte del diritto della concorrenza, e non contro di essa (73) –, le continue infiltrazioni del diritto europeo della concorrenza all'interno dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e di protezione sociale dei lavoratori ha posto sul tappeto inquietanti interrogativi circa la capacità di resistenza dei valori espressi dai diritti sociali fondamentali rispetto al diritto che esprime le tutele del mercato contro meccanismi di perturbazione da parte di poteri privati. Le leggi del mercato non sono rispettate quando operano meccanismi che hanno per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza: basti pensare alle preoccupazioni – che assurgono nelle motivazioni a giustificazione delle decisioni dei giudici di Lussemburgo – in termini di «efficacia economica» dei dispositivi giuridici per quanto concerne, ad esempio, norme a finalità sociale, come quelle che conferivano il monopolio pubblico del collocamento al fine di assicurare l'equità nello scambio tra domanda e offerta di impiego; dispositivi stigmatizzati – nelle sentenze *Macroton* e *Job Center* – in nome del diritto della concorrenza nella misura in cui gli uffici pubblici di collocamento, qualificati come imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 86, n. 2 del Trattato, non riescono a soddisfare la domanda esistente sul mercato, a prescindere, peraltro, da ogni ulteriore considerazione analitica circa l'effettiva efficacia allocativa dei mercati concorrenziali e circa la necessità di predisporre comunque congegni solidaristici, di natura privata o pubblica, in grado di bilanciare e temperare i rigori del mercato (74).

Per vero, l'impatto dirompente della categoria economica dell'efficacia – veicolata attraverso la forma giuridica del diritto della concorrenza – sembra interessare anche la categoria dei diritti sociali fondamentali. Si pensi, infatti, ai difficili percorsi di compatibilità della contrattazione collettiva con le esigenze della libertà di concorrenza, nella misura in cui la prima – pur salvata in linea di massima dalla contaminazione corrosiva del diritto *antitrust* – non apporti un reale (*id est* effettivo, efficace)

(72) Cfr. S. Javelot, *La loyauté dans le commerce international*, Paris, Economica, 1998; A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, Cedam, 1999.

(73) G. Lyon-Caen, *L'infiltration*.

(74) Denuncia a tal fine la «stupefacente semplificazione di tale dibattito» M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I Nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, p. 60.

«miglioramento del trattamento dei lavoratori» (75). Se è vero, infatti, che la Corte di Giustizia ha offerto una lettura dell'autonomia collettiva in qualche misura «immunizzante», capace di arginare sul piano interpretativo gli argomenti potenzialmente distruttivi derivanti dall'analisi economica (76), non si deve dimenticare, tuttavia, che in *Albany* la contrattazione collettiva appare non solo funzionalizzata agli obiettivi di protezione sociale individuati nel Trattato, ma allo stesso *miglioramento* delle condizioni lavorative (77), ciò che sottopone in astratto tutti i prodotti dell'autonomia collettiva a un vaglio giurisprudenziale «sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto realizzato tra questi» (78). Come dire che il criterio economico dell'efficacia strumentale penetra nel giudizio di compatibilità, onde «l'eventuale contrasto fra l'interesse perseguito dall'autonomia collettiva e l'interesse del consumatore o utente deve essere risolto mediante l'individuazione degli interessi concretamente perseguiti e degli effetti concretamente perseguiti dal contratto collettivo, nel caso specifico» (79).

Come si vede, in queste complesse dimensioni dell'efficacia quale parametro di valutazione extragiuridica del diritto e della sua produzione normativa, la critica economica alla materia giuslavoristica è particolarmente corrosiva; ancor più corrosiva e insidiosa di quella dogmatica, in quanto fondata su argomenti che non mettono tanto in discussione il tasso di socialità della legislazione protettiva in nome di una astratta difesa dell'iniziativa economica privata, quanto enfatizzano l'impatto negativo della regolamentazione garantistica sul piano degli *obiettivi sociali* presupposti o contemplati dalle norme, in particolare l'incidenza sfavorevole sui livelli occupazionali e sulle tutele degli *outsiders*: l'elevata protezione accordata ad alcune fasce di lavoratori unitamente ai vincoli

(75) Cfr. Corte di Giustizia Ce 21 settembre 1999, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, punti 59 e 60 della motivazione.

(76) Cfr. M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, p. 127.

(77) Cfr. V. Brino, *Il diritto comunitario e le misure a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 2595 ss.

(78) Cfr. M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 242; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 228; M. Aimò, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in M. V. Ballestrero, *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 21 s.

(79) P. Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica*, cit., p. 466.

alle assunzioni e ai licenziamenti comporterebbe, se non un indimostrato aumento della disoccupazione, una sorta di «congelamento» del mercato del lavoro e una elevata segmentazione tra *insiders* e *outsiders*, con forti difficoltà di accesso agli impieghi di qualità per le persone in cerca di occupazione (80). Come dire che gli obiettivi sociali possono essere più efficacemente raggiunti attraverso meccanismi di tipo economico, che riducendo il lavoro a fattore di produzione sostituiscono la tutela (in particolare il controllo giudiziario sui licenziamenti) con un sistema di incentivi, basati sul costo dell'operazione economica: il menzionato sistema di *firing cost* è un'ottima illustrazione di tale modo di pensare all'efficacia del diritto del lavoro.

8. — *La funzione antropologica del diritto: per un mondo comune giustificabile* — In un recente volume, un economista francese di osservanza non ortodossa ha messo in luce la tensione attuale tra diritto, da una parte, e scienze economiche, dall'altra: alle resistenze dei giuristi di fronte alla riconduzione degli atti e dell'attività a categorie analitiche reputate esterne e inadatte a riconoscere le specificità della disciplina fa da *pendant* l'atteggiamento degli economisti, che valutano l'efficacia della norma in rapporto al calcolo economico di agenti ottimizzatori che si coordinano sul mercato, e quello dei sociologi, che oppongono al formalismo delle categorie giuridiche la realtà della pratica sociale e disvelano l'efficacia simbolica della legittimità giuridica nella riproduzione della dominazione (81). Questa analisi ricorda un celebre aforisma, richiamato da Pietro Ichino in un manuale di economia del diritto, secondo il quale «l'essere del diritto sta nel suo dover essere», ma per converso anche «il dover essere del diritto sta nel suo essere» (82). L'apparente contraddizione esprime la connessione tra la norma giuridica e la concretezza dei rapporti che si vengono attuando nell'esperienza sociale: essere e dover essere sono dunque i poli che caratterizzano il processo conoscitivo del diritto. Eppure, nonostante questa ovvia constatazione, il rap-

(80) Per queste posizioni, che riflettono gli assunti economici di una stretta correlazione tra rigidità del vincolo di licenziamento e stato di disoccupazione, nella dottrina giuslavoristica italiana cfr. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pp. 18 ss.; M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pp. 257 ss.

(81) L. Thévenot, *L'action au pluriel*, édition La Découverte, Paris, 2006, pp. 157 s.

(82) P. Ichino, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in Brucchi Lucchino, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, Bologna, pp. 505 ss.

porto tra diritto ed economia è sempre stato assunto in prospettiva alternativa, da un lato, assumendosi l'autoreferenzialità del sistema economico e, dall'altro, concependo la norma giuridica quale *medium* capace di istituire e condizionare il mercato nelle sue peculiari modalità di svolgimento (83).

In fondo, si tratta di un'alternativa che ripropone un problema antico, dibattuto da Platone nel Libro X delle *Leggi*, laddove il filosofo si domandava se sia la natura a essere anteriore alle leggi o piuttosto la legge ad antecedere la natura. La realtà dei rapporti sociali è costituita da un intreccio di «essere» socio-economico e di «dover essere» giuridico, in dialettica continua tra loro. Questa dialettica non è ancora del tutto accettata, e le posizioni tendono ancora a polarizzarsi. Da una parte la cultura giuridica continua a coltivare il principio di eredità kelseniana dell'indifferenza del diritto alle sue premesse socio-economiche, per cui la definizione dei concetti, dei principi e delle regole argomentative del diritto si chiude nell'ambito del sistema giuridico. D'altra parte l'analisi economica del diritto riduce il diritto a mero facilitatore delle dinamiche del mercato, in un processo di «economicizzazione» del diritto concepito come un sistema di prezzi per orientare i comportamenti individuali. Di conseguenza il problema della giustizia si risolve in una nozione di efficienza: scopo dell'economia è, infatti, massimizzare l'efficienza nell'allocatione delle risorse e in tale scopo di efficienza l'analisi economica del diritto ravvisa un *fondamento etico*, alla cui base sta il principio della massimizzazione della ricchezza degli individui razionali (84). In questa accezione, la razionalità economica è eminentemente ingovernabile dalla norma giuridica, l'*homo oeconomicus* è colui che obbedisce al proprio interesse, colui il cui interesse giunge spontaneamente a convergere con l'interesse degli altri e su questa base fonda la razionalità delle sue scelte egoistiche, che necessitano di oscurità, di opacità e di accecamento, senza che il potere pubblico possa frapporre ostacoli al gioco inconoscibile degli interessi individuali. Come scrive Michel Foucault nella sua lezione del 28 marzo 1979, «la razionalità economica risulta dunque non solo circondata da ma addirittura fondata sull'inconoscibilità della totalità del processo».

(83) Cfr. M. Weber, *Economia e società*, cit., in cui si descrive mirabilmente l'opposizione tra i differenti piani della norma idealmente applicabile e del *cosmos* dell'attività economica reale.

(84) Sul valore etico dell'*efficiency* cfr. R. A. Posner, *op. cit.*, pp. 11 ss.

Che cosa c'è oltre questa drastica e irriducibile dicotomia tra Leviatano e mano invisibile? Oltre questa dicotomia c'è anzitutto una diversa visione dei valori e delle norme (non solo giuridiche, ma anche sociali) che si sviluppa proprio all'interno del modello dell'*homo oeconomicus*, nei vari filoni che vanno dalla teoria della scelta razionale al fallimento del mercato, in cui la norma giuridica non è vista come un corpo estraneo rispetto al sistema economico, perché anzi la legge è una necessità di fronte ai fenomeni di disfunzione del mercato. Oltre questa dicotomia c'è inoltre la prospettiva aperta dalle scienze sociali che rivisitano criticamente il rapporto tra razionalità e valori, nella misura in cui molti fenomeni socio-economici non sono spiegabili ipotizzando un attore che massimizza la propria utilità e agisce seguendo il proprio interesse, bensì sulla base di razionalità diverse da quella evocata dall'economia neoclassica, radicate su «buone ragioni» basate su argomentazioni: come accade, ad esempio, nei fenomeni di cooperazione, di partecipazione all'azione collettiva, di spirito civico, di comportamenti altruistici ecc. (85). Soprattutto c'è la rivisitazione profonda del modello utilitarista di attore razionale, che appare connotato da una razionalità limitata (86) o imperfetta e miope (87) o cognitiva (88), vale a dire riferibile a un agire assiologico che – secondo la terminologia weberiana – è orientata in base alla «credenza consapevole nell'incondizionato valore in sé – etico, estetico, religioso, o altrimenti interpretabile in quanto tale, prescindendo dalla sua conseguenza» (89). Questi filoni di analisi dicono almeno due cose.

La prima è che, come già Michel Foucault aveva intuito, l'*homo oeconomicus* è al contempo colui che non si deve toccare (è un elemento intangibile rispetto all'esercizio del potere), ma è anche colui che risulta eminentemente governabile: da *partner* intangibile del *laissez-faire* egli appare ora come il correlato di una governamentalità che agisce sul-

(85) Sullo studio dei valori nelle scienze sociali cfr. L. Sciolla, *Razionalità e identità nella spiegazione dei valori*, in M. Borlandi, L. Sciolla (a cura di), *La spiegazione sociologica*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 234 ss.

(86) Cfr. H. Simon, *Models of Bounded Rationality: Economic Analysis and Public Policy*, Cambridge, Mass., The MIT Press.

(87) Cfr. J. Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, trad. it. *Ulisse e le sirene. Indagini sulla razionalità e l'irrazionalità*, Bologna, Il Mulino, 1983.

(88) Cfr. R. Boudon, *Raisons, bonnes raisons*, Paris, PUF, 2003.

(89) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, trad. it. *Economia e società*, Milano, Comunità, 1982, p. 22.

l'ambiente e modifica sistematicamente le variabili dell'ambiente. È proprio a partire da questo paradosso che si può rileggere la questione del comportamento razionale: centrato non più sulla massimizzazione dell'utilità personale dell'individuo isolato, bensì su una ponderazione eterodiretta tra opportunità e valori. L'inquadramento dello scambio mercantile in una forma di ordine sociale strutturato da codici etici e da un linguaggio condiviso è un'acquisizione della dottrina economica contemporanea. Si pensi, per fare un esempio particolarmente eminente, alla lezione di Kenneth J. Arrow secondo il quale non solo dal punto di vista della giustizia distributiva ma anche da quello dell'efficienza economica il mercato non può essere l'unico arbitro della vita sociale, onde occorrono altri modi di governare o regolare l'allocazione delle risorse: modi e controlli non mercantili, internalizzati (come i principi morali) o imposti dall'esterno (come le leggi) (90).

La seconda considerazione riguarda l'abbandono del modello di razionalità strumentale-utilitaristica, il riconoscimento dei limiti del processo di scelta dell'attore economico, l'indebolimento di alcuni postulati della teoria economica *standard* – come il consequenzialismo (le azioni sono scelte sulla base degli stati di cose che ne conseguono), lo strumentalismo (le azioni sono scelte sulla base dell'adeguatezza dei mezzi al fine che non viene messo in discussione), il principio egoistico dell'interesse individuale; e infine il riconoscimento che i codici etici – quali condizioni esterne all'universo mercantile, sono non solo utili ma necessari al buon funzionamento dell'economia di mercato (91).

«Gli uomini si riuniscono in vista di qualche utilità e per procacciarsi qualcosa di ciò di cui si abbisogna per la vita; e la società politica sembra sia sorta da principio come una comunanza in funzione dell'utilità», scrive Aristotele nel Libro VIII dell'*Etica Nicomachea* (92). Questa affermazione dello Stagirita sembrerebbe dar ragione agli economisti ortodossi dei nostri giorni, secondo i quali la politica e il diritto sono collocabili nello stesso orizzonte dei beni e degli scambi mercantili. Aristotele tuttavia precisa: mentre le altre comunità (economica, militare, familiare) mirano all'utilità *parziale*, i legislatori guardano all'utilità *comune*, «e di-

(90) Cfr. K. J. Arrow, *The Economic of Moral Hazard: Further Comment*, in *American Economic Review*, 1968, 58, p. 537.

(91) Su questi temi e più in generale sull'impiego delle regole (giuridiche, etiche e morali) nei diversi orientamenti del pensiero economico, cfr. N. Postel, *Les règles dans la pensée économique contemporaine*, CNRS Editions, Paris, 2003.

(92) *Etica Nicomachea*, VIII, 9, 1160a.

cono che è giusto ciò che è utile alla comunità». Inoltre, tutte le comunanze parziali sembrano essere subordinate alla società politica, infatti questa «non mira all'utilità del momento, bensì a quella di tutta la vita».

Bene comune e futuro, dunque sono iscritti nell'orizzonte politico-giuridico. Ma v'è un'altra considerazione da svolgere. Il Libro VIII dell'*Etica* è consacrato all'amicizia. La politica è *philia* e la democrazia è amicizia tra eguali. Ma di quale natura è quest'amicizia? Non è l'amicizia fraterna, ma quella di una *comunanza di interessi*, che necessariamente si accompagna alla *giustizia* (93). Siamo molto vicini all'idea di «mondo comune giustificabile» di cui parla l'economia delle convenzioni, in una visione alternativa a quella ortodossa, volta a ricostruire un legame dinamico tra efficacia economica e giustizia sociale (94). Ma per legare la natura dei mezzi (criterio di efficacia) alla natura dei fini (criterio di giustizia) è necessaria non solo una politica pubblica capace – come ci ricorda Alain Supiot (95) – di valorizzare la funzione antropologica del diritto (del lavoro, in particolare): una funzione la quale, nella misura in cui implica la subordinazione del potere e della tecnica alla ragione umana, non può essere ridotta a un puro dispositivo tecnologico, giacché, al contrario, appartiene alla sfera della razionalizzazione etica dei valori prodotti «dalla società e dalle scienze sociali che ne elaborano il processo genetico» (96).

Per attendere a questi scopi e realizzare la sua missione, il diritto del lavoro deve dunque mantenere al punto più alto il senso del compromesso e dell'equilibrio, al fine di realizzare «in quell'area della cooperazione sociale nella quale si confrontano, nel segno della ponderazione e del bilanciamento, i valori supremi dell'ordinamento e i diritti dei suoi membri» (97). Per questo, l'attuale tensione tra diritto ed economia (qui investigati attraverso il prisma dell'efficacia) non può trovare soluzione se non nel quadro di una «nuova alleanza» fondata su una grammatica comune ove si possano ricongiungere le idee di giudizio, qualificazione e coordinazione delle azioni umane.

(93) *Etica Nicomachea*, VIII, 9, 1159b.

(94) Secondo la formula propria dell'economia delle convenzioni: cfr. F. Eymard-Duvernay, *L'économie des conventions*, Thome I, La Découverte, Paris, 2006.

(95) A. Supiot, *Homo juridicus*, Seuil, Paris, 2005.

(96) R. Pessi, *Economia e diritto del lavoro*, cit., p. 435.

(97) È uno degli ultimi insegnamenti del mio carissimo Maestro, Giorgio Ghezzi, *Presentazione*, in E. Gragnoli, A. Perulli, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, p. XXI.

Giorgio Frontini (*)

DINAMICHE DI SVILUPPO DELLA LEGISLAZIONE
FALLIMENTARE, INTERESSI TUTELATI
E SALVAGUARDIA DEI LIVELLI OCCUPAZIONALI

SOMMARIO: 1. Sviluppo industriale e individuazione normativa degli interessi collegati alla crisi d'impresa. — 2. La dimensione della grande impresa quale punto di riferimento per la risposta normativa ai problemi della crisi industriale, Linee generali della lettura evolutiva del r.d. n. 267 del 1942. — 3. Linee essenziali della concezione del fallimento nella riforma del 2005. — 4. Esercizio provvisorio e continuazione dell'impresa nella riforma.

1. — *Sviluppo industriale e individuazione normativa degli interessi collegati alla crisi d'impresa* — La recente riforma del diritto fallimentare spinge a una riflessione complessiva che, avuto anche riguardo agli aspetti storici, possa individuare le direttrici fondamentali e i nuclei essenziali della materia, pure colti nel percorso della loro evoluzione.

Occorre rilevare, e sottolineare, subito un'evidenza: quella dell'intreccio strutturale tra la regolazione giuridica della crisi d'impresa e le dinamiche dell'economia. È, inoltre, da specificare ulteriormente come questo intreccio sia dato riscontrabile attraverso tutto il cammino della storia economica e sociale.

Alla luce di tale, delineata, impostazione metodologica, appaiono pure dispiegarsi, nel modo più chiaro, tematiche di significativa importanza come quella dell'interesse tutelato, di volta in volta, nell'evoluzione della regolamentazione giuridica del fallimento.

Sia pure in linea di sintesi, va ricordato come alle origini dello sviluppo del sistema capitalistico, con il capitale mercantile, il complesso dell'attività dell'imprenditore-mercante si esplicasse prevalentemente nella dimensione dei rapporti intercommerciali, in una dinamica, tra l'altro, nella quale alla centralità economica del ruolo dell'imprenditore-commerciante si accompagnava organicamente la relativa mancanza di rilievo dell'organizzazione aziendale (1).

(*) Cultore di Diritto del lavoro nell'Università «La Sapienza» di Roma – Professore di Materie giuridiche ed economiche.

(1) Per queste tematiche cfr. anche F. Galgano, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978, pp. 131 ss.

A tale ultimo proposito appare anche significativo rilevare come, in Italia, ancora nel 1882, le attività di impresa avessero previsione normativa, nel codice commerciale, come «atti di commercio» (2).

L'analisi delle vicende storiche dell'economia mostra il crescente affermarsi ed espandersi nel processo di produzione della dimensione dell'azienda e della sua organizzazione (3).

Peraltro, anche seguendo quanto già indicato dagli interpreti, non può non mettersi in evidenza che il delineato processo di emersione delle dinamiche organizzative non abbia sostanzialmente scalfito, nell'evoluzione delle normative, la centralità giuridica dell'imprenditore, preso quale attore principale dello sviluppo della produzione economica (4).

Appare eloquente, in questo ultimo senso, ricordare i dettati del cod. civ. del 1942, dove, appunto, l'imprenditore viene considerato creatore e capo dell'impresa, a un tempo sua anima e suo vertice gerarchico (5).

In generale la legislazione del 1942 fotografa uno stadio dell'economia in Italia in cui ogni singola organizzazione industriale può ancora essere contrassegnata e riassorbita nell'opera dell'imprenditore, magari individuale (6).

Ciò, evidentemente, in una fase meno lontana da certi presupposti teorici della concorrenza perfetta di altre, successive, caratterizzate da una maggiore crescita dell'impresa.

Si deve notare che l'accennato processo di avanzante crescita dell'organizzazione industriale rappresenta uno dei temi nevralgici dello sviluppo dell'economia moderna.

Tale processo ha, tra l'altro, comportato una dinamica di valorizzazione dell'autonomia dell'azienda, dunque di una «spersonalizzazione» del complesso aziendale organizzato rispetto alla figura dell'imprenditore.

(2) Cfr. pure Galgano, *op. cit.*, pp. 131 e 132.

(3) In linea generale sembra potersi constatare che il processo di sviluppo dei mezzi produttivi e del loro coordinamento abbia un duplice effetto: fino a una certa massa costituisce base di crescita e di consolidamento dell'imprenditore, oltre questa massa si rivela tendenzialmente innesco di difficoltà, anche per le imprese organizzate in forma societaria.

(4) Le norme del 1942 testimoniano, dunque, il passaggio dal capitalismo mercantile a quello industriale e la prima fase di quest'ultimo.

(5) È Asquini, in uno scritto del 1943, *Profili dell'impresa*, ad affermare «... che l'imprenditore, non solo sta nell'impresa (in senso economico), ma ne è il capo e l'anima» (in A. Asquini, *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1961, p. 130).

(6) Cfr. anche M. Bione, *Sub art. 5*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del codice civile, Legge fallimentare. Disposizioni generali. Della dichiarazione di fallimento*, Bologna-Roma, 1974, pp. 220 s.

Funzione della crescita del complesso aziendale è anche l'emersione di nuovi interessi sociali, necessitanti tutela giuridica, e della loro reciproca dialettica.

Il discorso, a questo punto, si intreccia naturalmente con quello sul fallimento e sulle diverse modalità di crisi dell'impresa.

In effetti, già l'accentuarsi della dimensione dell'organizzazione produttiva appare coinvolgere necessariamente una gamma di interessi non limitata alla sola sfera dei creditori dell'imprenditore in crisi, ma comprendente la dinamica generale dell'attività economica nonché, sempre più, il mondo del lavoro subordinato, anche con le esigenze di salvaguardia dei livelli occupazionali (7).

Tutto questo – può aggiungersi – in un percorso in cui, via via nel corso del tempo, si è andata evidenziando l'astrattezza di fondo del modello liberista di un mercato autoregolantesi e capace di mantenere la più razionale allocazione delle risorse (8).

Modello, questo, che ha costituito saliente punto di riferimento ideologico della normativa fallimentare del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, per più versi caratterizzato da una fondamentale valenza liquidatoria, di dispersione degli elementi dei complessi aziendali (9).

Ma già con la normativa fallimentare del detto r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e con le linee di lettura che ne hanno dato gli interpreti, si è dovuta avviare un'operazione di riconoscimento e di valorizzazione della molteplicità di interessi in gioco con la crisi imprenditoriale (10).

(7) In una prospettiva storica si osserva in Weigmann, *La liquidazione delle società davanti al giudice del lavoro*, Milano 1985, p. 33: «La stessa procedura fallimentare nasce dall'insolvenza del mercante. Qui non affiorano esigenze scottanti di tutela dell'occupazione. L'organizzazione aziendale sta soprattutto nelle relazioni d'affari, che crollano inesorabilmente con la fiducia. La vendita dei beni, trattandosi di prodotti destinati allo smercio, è la tecnica più idonea per realizzarne il prezzo di mercato. Lo smembramento dell'attivo serve quindi a conservarne il valore nell'interesse generale: le perdite vengono poi equamente distribuite secondo la regola concorrenziale».

(8) Basta solo porre mente alla riflessione economica di Keynes.

(9) Tra le varie voci interpretative cfr. anche B. Libonati, *Il gruppo insolvente*, Firenze 1981, p. 20.

(10) Può osservarsi come si ponga bene in questa prospettiva anche il tema generale, oggetto di dibattito, delle articolazioni della relazione tra interesse dell'imprenditore e interesse della produzione nazionale nelle norme del ventennio fascista.

Cfr. pure G. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Rdc*, 1958, I, pp. 618 ss.; Galgano, *Le istituzioni dell'economia*, cit., pp. 137 ss.; A. Di Stasi, *Tutela dell'industria e tutela del lavoro. Spunti per una riflessione*, in *q. Riv.*, 2005, I, pp. 546 s.

Si ha in questo modo, come pure accennato, un percorso di individuazione di una sfera di interessi del credito tale da oltrepassare la più ristretta dimensione di ogni singolo creditore dell'imprenditore in fallimento (11).

Parallelamente a questa dinamica di emersione della molteplicità degli interessi collegata alla crisi aziendale si è sviluppato, con la normativa del 1942, un indirizzo di pubblicizzazione della procedura fallimentare, e delle procedure concorsuali in generale, esprimendosi anche nel significativo rilievo dato al controllo dell'Autorità giudiziaria.

Quel processo di crescita dell'importanza nella vita economica, dell'organizzazione produttiva, al di là della singola figura di imprenditore, che già aveva avuto il proprio peso nei complessi normativi del 1942, sempre più doveva ampliarsi, pure in Italia, dopo la conclusione del secondo conflitto mondiale.

Tra le conseguenze di un tale ampliamento non può non ricordarsi quella dell'accentuazione della portata negativa dei dissesti di imprese di rilevanti dimensioni.

Una portata quale, fra l'altro, può dispiegarsi pesantemente pure sui livelli occupazionali generali.

Il complesso movimento che lega la crescita e l'autonomizzazione dell'organizzazione industriale, con il significativo rilievo dell'elemento del lavoro, all'emersione dei vari interessi legati al fallimento e della loro dialettica ha trovato, nel corso dell'evoluzione economica, la sua espressione, entro la sfera normativa, dapprima negli istituti del r.d. n. 267, cit. (quale, ad esempio, l'esercizio provvisorio dell'impresa), e nelle loro successive interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali, poi in quelli delle leggi disciplinanti la crisi delle grandi imprese.

2. — *La dimensione della grande impresa quale punto di riferimento per la risposta normativa ai problemi della crisi industriale, Linee generali della lettura evolutiva del r.d. n. 267 del 1942* — Si è appena cominciato a delineare che il processo economico di sviluppo della grande impresa abbia anche costituito importante area di emersione di problematiche e gravi contraddizioni economiche e sociali del modello liberista-liquidatorio sotteso alla disciplina fallimentare.

È in tal senso eloquente considerare come, nel percorso di superamento del r.d. n. 267 del 1942, le imprese di grandi dimensioni abbia-

(11) Cfr. M. La Monica, *Diritto penale commerciale*, vol. I, Milano 1988, pp. 165 s.

no avuto ruolo di massa critica per determinare l'innovazione della legge 3 aprile 1979, n. 95, la cosiddetta legge Prodi.

È stato rilevato in dottrina che fin dal dettato testuale dell'art. 1 di questa nuova legge, con il riferimento all'impresa, e non più, come nel 1942, all'imprenditore, acquista evidenza e riconoscimento la sfera dell'organizzazione produttiva (12).

E vari interpreti hanno anche potuto sottolineare nella filosofia di fondo della legge n. 95, cit., un'esigenza: il risanamento e la continuazione dell'attività di questa organizzazione (13).

È stato inoltre evidenziato il carattere sostanzialmente organico di questo spirito dell'articolato normativo del 1979 rispetto a certi precedenti italiani, in maniera tale da far risaltare la legge n. 95 come momento di accentuazione, e di più compiuto sviluppo, di un discorso già presente nell'Ordinamento dello Stato (14).

Un discorso, peraltro, che ha trovato una propria linea di prosecuzione anche al di là della legge, cit., n. 95 del 1979.

Così, a questo proposito, può pure richiamarsi la successiva normativa sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, contenuta nel d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

Una normativa, questa, che è sostanzialmente potuta apparire giocata sul perno di finalità di conservazione-risanamento dell'impresa (15).

Lo stesso dettato letterale delle norme corrobora questa interpretazione.

Così, fin con l'art. 1 del detto d.lgs. n. 270 del 1999, si statuisce: «L'amministrazione straordinaria è la procedura concorsuale della grande impresa commerciale insolvente, con finalità conservative del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali».

A mente dell'art. 27, comma 1, del complesso normativo citato, le imprese di cui si è dichiarata l'insolvenza «sono ammesse alla procedura

(12) Si veda B. Libonati, *Crisi dell'imprenditore e riorganizzazione dell'impresa*, in *Problemi attuali dell'impresa in crisi. Studi in onore di Giuseppe Ferri*, Padova 1983, pp. 89 ss.

(13) Cfr. già M. Sandulli, *L'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, Napoli 1979, p. 157.

(14) Si veda Libonati, *Crisi dell'imprenditore...*, cit., p. 114.

(15) Per la finalità conservativo-risanatoria, e per il dibattito sui suoi limiti, nell'amministrazione straordinaria (avendo specialmente riguardo al d.lgs. n. 270 del 1999) cfr. G. Alessi, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano 2000, pp. da 7-12.

di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali».

Il comma 2 del medesimo art. 27 prevede che il risultato appena considerato «... deve potersi realizzare, in via alternativa:

a) tramite la cessione dei complessi aziendali, sulla base di un programma di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa di durata non superiore a un anno [...];

b) tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni...».

Tratto di unione, elemento comune dei due percorsi si evidenzia quello della prosecuzione dell'impresa.

La considerazione di una siffatta linea interpretativa fa tornare naturalmente in analisi il tema degli istituti già previsti dal r.d. n. 267 del 1942 e della loro successiva lettura evolutiva.

È così da ricordare, in primo luogo, l'esercizio provvisorio, quella «continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa del fallito» che, alla stregua dei dettati letterali dell'art. 90, comma 1, della richiamata normativa del 1942, può essere disposta dal Tribunale «... quando dall'interruzione improvvisa può derivare un danno grave e irreparabile».

Ciò entro un discorso per il quale, ancora, ai sensi del comma 2 dell'art. 90, di seguito al decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo, «il comitato dei creditori deve pronunciarsi sull'opportunità di continuare o di riprendere in tutto o in parte l'esercizio dell'impresa del fallito, indicandone le condizioni», mentre, sempre nel citato comma 2, pure si specifica: «La continuazione o la ripresa può essere disposta dal Tribunale solo se il comitato dei creditori si è pronunciato favorevolmente».

Varie voci interpretative hanno potuto sottolineare la sostanziale ristrettezza dell'ambito di applicazione dell'istituto entro la disciplina del fallimento del 1942 e, inoltre, l'essenziale finalizzazione al sostegno dei creditori (16).

Tutto ciò, tra l'altro – può aggiungersi –, in modo organico alle condizioni produttive e alla generale ideologia economica del periodo.

Peraltro è stato pure messo in rilievo il successivo percorso evolutivo che, tenuto anche conto dello sviluppo dell'economia e delle pressanti e-

(16) Cfr. anche A. Cavalaglio, *L'esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento (Profili funzionali)*, in Gcomm. 1986, I, pp. da 234 a 236.

sigenze a esso collegate, ha portato a valorizzare quanto più possibile le capacità di mantenimento dell'organizzazione produttiva riscontrabili nell'esercizio provvisorio (17).

Un percorso di valorizzazione, questo, che ha investito non il solo istituto dell'art. 90, ma, in generale, l'intero complesso della legge fallimentare del 1942.

È da ricordare, in tal proposito, che si è potuto anche parlare di «uso alternativo delle procedure concorsuali» (18).

È da evidenziare, ancora, come questo sforzo di adeguamento interpretativo delle normative sia stato retroterra organico della disciplina legislativa della crisi della grande impresa.

E già la legge Prodi del 3 aprile 1979, nell'art. 2, si indirizza nel senso di inserire in una dinamica di «continuazione dell'esercizio di impresa» la preparazione, da parte del commissario, di un programma che «deve prevedere [...] un piano di risanamento [...] con l'indicazione specifica degli impianti da riattivare e di quelli da completare, nonché degli impianti o complessi aziendali da trasferire e degli eventuali nuovi assetti imprenditoriali». Ciò con l'ulteriore osservazione che «per quanto possibile deve essere preservata l'unità dei complessi operativi, compresi quelli da trasferire».

Si comincia, in tal modo, a evidenziare, entro l'ambito normativo disciplinante l'insolvenza delle grandi imprese, la tematica del trasferimento dei complessi aziendali.

A questo punto, il discorso deve allargarsi sino a registrare, per lo meno con notazione rapida, lo sviluppo di vari processi.

Può così osservarsi come l'orizzonte si ampli, da una parte, a tutto il tema, in generale, del trasferimento d'azienda e, da un'altra parte, alla elaborazione giuridica della crisi d'impresa nell'ambito dell'Ordinamento europeo.

Viene, tra l'altro, a mettersi in rilievo la dinamica della disciplina della cessione d'impresa, dall'originario impianto dell'art. 2112 cod. civ. sino alle modifiche apportate con la normativa comunitaria e l'art. 47 della legge n. 428 del 1990.

(17) Cfr. ancora Cavalaglio, *op. cit.*, pp. 236 ss.

(18) Si può menzionare un convegno di studi, svolto il 28 e il 29 ottobre 1977, espressamente dedicato a questo tema («L'uso alternativo delle procedure concorsuali»). Se ne possono leggere gli atti in Gcomm 1979, I, pp. 222 ss.

Cfr., inoltre, Cavalaglio, *op. cit.*, p. 238; M. Sciuto, *La riforma delle procedure concorsuali: una mappa sommaria dei progetti in discussione*, in Rdc, 2003, II, pp. 47 e 48.

Si registra, per un lato, e in linea generale, una ricerca di ampliamento delle garanzie dei lavoratori, quale, ad esempio, emerge con la previsione dell'elemento della consultazione sindacale (19).

Per un altro lato, tuttavia, i problemi connessi alla crisi dell'impresa hanno anche dato via a un movimento dialettico di restrizione delle tutele dei diritti dei lavoratori (20).

Pure per questo profilo appare per più versi significativo tornare all'analisi del d.lgs. n. 270 del 1999, con la riforma dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

Nel detto complesso normativo nel Titolo III, dedicato all'amministrazione straordinaria, al capo V, sull'esecuzione del programma, si possono così trovare disposizioni sulle vendite.

Appare opportuno ricordare quanto meno l'art. 63. Qui, al comma 2, si statuisce: «Ai fini della vendita di aziende o di rami di azienda in e-

(19) Già *ex art.* 6, Direttiva n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1977.

Per la recezione nell'ordinamento italiano vedi art. 47, commi 1 e 2, legge 29 dicembre 1990, n. 428.

(20) Alla stregua del citato art. 47, comma 5: «Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il Cipi abbia accertato lo stato di crisi aziendale [...] o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione» sindacale «... sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non» si applica l'art. 2112 cod. civ. «... salvo che dall'accordo risultino condizioni di miglior favore».

Sul versante della disciplina comunitaria va rilevato come le dinamiche di tutela del lavoro nel trasferimento d'azienda trovino spazio di applicazione nelle procedure indizzate alla salvaguardia dell'impresa.

In questa direzione si volgono decisioni della Corte di Giustizia europea (sentenza 25 luglio 1991, in causa n. C-362/1989, D'Urso).

Ai sensi dell'art. 4-*bis* della Direttiva n. 98/50/Ce del 29 giugno 1998, confluito nell'art. 5 della Direttiva n. 2001/23/Ce del 12 marzo 2001: «A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4» concernenti la salvaguardia dei diritti dei lavoratori «non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia soggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente...».

Per queste tematiche cfr. anche A. Pizzoferrato, *La nozione «giuslavoristica» di trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, pp. 437 ss., 463 s.; F. Pocar, I. Viarengo, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, pp. 339 s.

servizio, l'acquirente deve obbligarsi a proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita».

Ancora ai sensi del comma 3 del medesimo art. 63: «La scelta dell'acquirente è effettuata tenendo conto, oltre che dell'ammontare del prezzo offerto, dell'affidabilità dell'offerente e del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali da questi presentato, anche con riguardo alla garanzia di mantenimento dei livelli occupazionali».

Peraltro, sempre nell'art. 63, al comma 4, si trova statuito: «Nell'ambito delle consultazioni relative al trasferimento d'azienda» di cui all'art. 47 della legge n. 428 del 1990 «... il commissario straordinario, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro consentite dalle norme vigenti in materia».

Può dunque evidenziarsi ancora un processo di valorizzazione della dimensione di autonomia del complesso aziendale organizzato e, in particolare, il progressivo dispiegarsi, all'interno di questo processo, del ruolo del lavoro.

In questo senso l'oggettività stessa della complessità della dimensione aziendale può pure porsi quale fondamento logico e giuridico della continuazione del rapporto lavorativo nelle procedure concorsuali (21).

È inoltre da sottolineare come, in fondo, tale dinamica di valorizzazione giunga, ove considerata nell'insieme delle sue potenzialità, anche a toccare, e a coinvolgere, l'area problematica della genesi stessa economica della crisi, nel quadro del sistema delle imprese.

In altre parole, l'oggettiva importanza dell'organizzazione aziendale, con la connessa necessità della sua prosecuzione, mette altresì in rilievo un'istanza di attenzione alle vicende dell'economia dell'impresa prima, e in funzione preventiva, del dissesto (22).

(21) Cfr. L. Mossa, *La costanza del rapporto di lavoro nel fallimento dell'imprenditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, pp. 430 ss.; E. Calabrò, *Gli effetti del fallimento dell'imprenditore sui rapporti di lavoro inerenti all'impresa*, in *q. Riv.*, 1978, I, pp. 777 ss.

(22) A questo punto appare interessante richiamare, entro il percorso dei tentativi di riforma della normativa fallimentare succedutisi negli anni, quanto si legge nella relazione della Commissione incaricata nel 1983 e presieduta da Pajardi, in *Gcomm*, 1985, I, p. 155: «... sembra di interesse generale, un interesse che recupera tutte le categorie dei terzi titolari di situazioni in qualche modo coinvolte dalla sorte dell'impresa, il potenziamento della capacità di prevenzione di un sistema concorsuale, prevenzione idonea tutte le volte in cui è possibile, a evitare l'aggravarsi di situazioni di diffi-

Pertanto, la continuazione dell'attività imprenditoriale, colta pure nel suo valore pubblicistico, e la gestione della crisi, presa fin dai suoi momenti prodromici, sono due elementi che fanno sistema.

Va subito osservato come la recente riforma fallimentare abbia proseguito ed esteso l'applicazione di linee di indirizzo, quali quelle della continuazione dell'impresa, già presenti e sancite nella legislazione sull'amministrazione straordinaria.

Prima della disamina di tale dinamica della riforma, e anzi proprio allo scopo di un'analisi più congrua e organica, occorre però individuare la filosofia di fondo del nuovo intervento normativo.

3. — *Linee essenziali della concezione del fallimento nella riforma del 2005* — La recente novellazione della normativa fallimentare si è sviluppata in più fasi.

Si può ricordare, in primo luogo, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, recante «disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale».

Tale decreto – di riforma della revocatoria fallimentare e del concordato preventivo – è stato convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, fra l'altro arricchito, con un emendamento del governo dello stesso maggio 2005, con la delega «per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali».

In conseguenza della delega si è avuto il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

Tale *iter* è stato preceduto nel corso della legislatura da vari lavori preparatori.

A novembre 2001, da un lato, si varava una commissione di riforma complessiva presieduta dal giurista Trevisanato mentre, da un altro lato, nel 2002 veniva presentato in Parlamento un più ristretto disegno di legge, con finalità più immediate.

Successivamente si registravano dapprima due distinti elaborati, di maggioranza e di minoranza, della Commissione Trevisanato; quindi

coltà economica dell'impresa verso spirali spesso non più rimediabili. Tutto ciò anche se la prevenzione, per essere appunto efficace, esige interventi e rigori in qualche misura limitativi della libertà economica dei soggetti».

Si può evidenziare, in questa prospettiva, utilizzando parole di P. Alleva, possibilità di «... un processo di ristrutturazione» di «settore che ha nella crisi di singole aziende i momenti di emersione, ma deve essere affrontato dal sindacato dei lavoratori in termini strategici» (*Fallimento e tutela dei diritti dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 256).

i lavori di una ulteriore commissione che venivano a concludersi con un nuovo testo.

I materiali prodotti venivano utilizzati, a dicembre del 2004, in un emendamento al disegno di legge del 2002 e, quindi, nella novellazione del 2005 e 2006 (23).

Gli interpreti hanno potuto sottolineare il notevole rilievo assunto nella normativa di riforma del fallimento dall'autonomia negoziale dei privati, di fondo in una pronunciata affermazione di un'ideologia liberista (24).

Se ne è portata come eloquente dimostrazione il ruolo rivestito nella riforma dal comitato dei creditori, visto pure nelle sue relazioni con il giudice delegato e con il curatore (25).

Se nell'ambito della normativa fallimentare del 1942 il giudice delegato poteva dirsi motore di direzione, ora, con la novellazione, diviene organo «... di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura», come recita il rinnovato art. 25 (26).

Di fronte, e in correlazione, all'oggettivo depotenziamento di questa figura, precipuamente indirizzata a finalità pubblicistiche, si pone la valorizzazione del curatore e, soprattutto, del comitato dei creditori.

In un significativo confronto, da un canto il vecchio testo dell'art. 31, comma 1, statuiva: «Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la direzione del giudice delegato»; da un altro canto, in seguito alla novellazione, il dettato normativo diviene: «Il curatore ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni a esso attribuite».

Per quanto riguarda il comitato dei creditori, appare produttivo ricordarne subito la composizione, come delineata all'art. 40: «... tre o

(23) Per i lavori preparatori cfr. anche Sciuto, *La riforma delle procedure*, cit., pp. 47 ss.; A. Paccès, *La riforma è pronta, ma fa già discutere*, in *Italia Oggi*, 7 ottobre 2003.

(24) Cfr. B. Meoli, *La continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa*, in *Fall.*, 2005, p. 1043.

(25) Cfr. F. Michelotti, *Il comitato dei creditori*, in Aa.Vv., *La riforma del fallimento*, Milano 2006, pp. 58 ss. Cfr. anche U. De Crescenzo, L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano 2005, pp. 116 s.

(26) Nei dettati testuali della Relazione illustrativa allo schema del d.lgs. n. 5 del 2006 (pubblicata pure in *La riforma del fallimento*, cit., pp. 174 ss.), *sub* art. 25 si legge: «Il giudice delegato non è più l'organo motore della procedura, essendo stata sostituita l'attività di direzione, con quella di vigilanza e di controllo» (p. 185 del luogo citato).

cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti e avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi».

Tale organo, sostanzialmente consultivo nei dettati del 1942, con parere vincolante solo a proposito dell'esercizio provvisorio d'impresa, acquista, nella riforma, significativa e centrale importanza.

Così, alla stregua dell'art. 41, comma 1, il detto comitato «... vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del Tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni».

Specificando, si può anche rilevare, come ha fatto la dottrina, la dinamica di estensione della funzione autorizzativa dell'organo alla sfera degli atti di straordinaria amministrazione, già spettante al giudice delegato (27).

Come recita l'art. 41, comma 3: «Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza dei votanti...».

Allo scopo di un migliore chiarimento dei rapporti tra comitato dei creditori e curatore, nonché, più in generale, della concezione del mondo esprimendosi nella riforma, appare anche di rilevante interesse considerare i dettati dell'art. 37-*bis*: «In sede di adunanza per l'esame dello stato passivo, i creditori presenti [...] che rappresentano la maggioranza dei crediti allo stato ammessi possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori [...] nonché chiedere la sostituzione del curatore indicando al Tribunale le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo» e il Tribunale, qualora non ravvisi contrasto con i criteri dell'art. 28 (sui requisiti per la nomina del curatore) e dell'art. 40 (su quella del comitato), «provvede alla nomina dei soggetti designati dai creditori».

Anche i dati appena visti possono spingere voci interpretative a evidenziare, entro la nuova procedura fallimentare, non soltanto la netta prevalenza del ceto creditorio e dei suoi fini, ma altresì, all'interno di questo ceto, il predominio delle figure più forti, come i soggetti bancari (28).

Per un altro profilo, occorre rilevare che la necessità di un intervento precoce di risanamento fin dalle prime avvisaglie della crisi aziendale (necessità avvertita ed elaborata nei lavori preparatori) sia stata espressa, sin con il d.l. n. 35 del marzo 2005, nella riforma del concordato pre-

(27) Cfr. Michelotti, *Il comitato...*, in Aa.Vv., *La riforma del fallimento*, cit., p. 61.

(28) Cfr. ancora U. De Crescenzo, L. Panzani, *op. cit.*, pp. 116 s.

ventivo, del pari sotto il segno di una spiccata «privatizzazione» e in maniera tale da indurre vari commentatori a lamentare un'eccessiva marginalizzazione del ruolo di controllo della magistratura (29).

La dimensione generale di «privatizzazione», quale appare caratterizzare complessivamente la riforma, con i fenomeni, connessi, della valorizzazione del comitato dei creditori e della, lamentata, emarginazione del controllo giudiziario, trova, inoltre, propria riconferma nello schema di decreto legislativo di intervento integrativo e correttivo, *ex art.* 1, comma 2, della legge n. 80 del 2005, approvato il 15 giugno 2007 ove anche vengono rafforzati i poteri del comitato dei creditori (30).

4. — *Esercizio provvisorio e continuazione dell'impresa nella riforma* — Si è già accennato come gli indirizzi tendenzialmente favorevoli alla continuazione dell'impresa espressi in certe letture della normativa fallimentare del 1942 e nelle norme dedicate, nel tempo, all'amministrazione straordinaria dei grandi complessi aziendali abbiano trovato ulteriore sviluppo nella novellazione del 2005.

Peraltro l'impianto privatistico complessivo connesso allo spirito della riforma e l'assenza di approfondimento della dinamica di un precoce intervento volto a scongiurare le crisi fanno sistema tra loro e sembrano operare in senso antitetico a quella dimensione pubblicistica legata, per più parti, all'evoluzione della disciplina della continuazione dell'impresa.

A quella dimensione, ancora, di interesse pubblicistico alla conservazione delle strutture produttive che la relazione illustrativa stessa allo schema del d.lgs. richiama tra le finalità dell'intervento normativo (31).

(29) Per questi temi cfr. anche U. De Crescenzo, L. Panzani, *op. cit.*, pp. 35 ss.; A. Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Fall.*, 2005, pp. 1455 ss.; G. Ripa, *Il concordato preventivo*, in Aa. Vv., *La riforma del fallimento*, cit., pp. 144 ss.

M. Fabiani, in *Legge fallimentare riformata e presunta competitività dell'impresa*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 174, rileva come l'intervento riformatore operi «... ampliando le sfere di potere dei creditori, marginalizzando il ruolo dell'autorità giudiziaria».

(30) Cfr. *Sprint ai fallimenti*, in *Italia Oggi*, 19 giugno 2007 (in pagina a cura dell'Unione Nazionale Giovani Dottori Commercialisti); L. De Angelis, *Professionisti doc nelle procedure concorsuali*, in *Italia Oggi*, 19 giugno 2007.

(31) Così, nella Relazione, *sub art.* 104, anche si sottolinea (in Aa.Vv., *La riforma del fallimento...*, cit., p. 209) che l'esercizio provvisorio «... risponde non più al solo interesse privatistico di consentire un miglior risultato della liquidazione concorsuale, ma è aperto a quello pubblicistico di utile conservazione dell'impresa ceduta nella sua integrità o in parte, sempre che il ceto creditorio non ritenga di trarne documento».

A mente dell'art. 104-*ter* si statuisce, dopo il fallimento, ed «entro 60 giorni dall'inventario», la redazione, da parte del curatore, di un programma di liquidazione.

È interessante notare come, per il detto art., tale programma debba prevedere, tra l'altro: «a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda [...] ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi...»; «d) la possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco».

Si può rilevare subito ancora la fondamentale natura liquidatoria della procedura, e, peraltro, lo sfavore per una liquidazione disgregatoria e atomistica, in una prospettiva generale di valorizzazione degli interessi del ceto creditorio.

Ai sensi dell'art. 104, comma 1: «Con la sentenza dichiarativa del fallimento, il Tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, se dalla interruzione può derivare un danno grave, purché non arrechi pregiudizio ai creditori»; per il comma 2 del medesimo art.: «Successivamente, su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza, con decreto motivato, la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, fissandone la durata».

Appare importante sottolineare come con la riforma fallimentare venga espressamente a confluire nell'ambito della disciplina dell'esercizio provvisorio e della liquidazione dell'attivo la regolazione dell'affitto d'azienda.

Un affitto manifestamente inserito in un percorso prodromico alla più conveniente cessione degli impianti.

La lettera stessa dei dettati normativi ne dà conferma.

Alla stregua, dunque, dell'art. 104-*bis*, comma 1: «Anche prima della presentazione del programma di liquidazione [...], su proposta del curatore, il giudice delegato, previo parere favorevole del comitato dei creditori, autorizza l'affitto dell'azienda del fallito a terzi anche limitatamente a specifici rami quando appaia utile al fine della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa».

È pure significativo rilevare ora come, con i dettati del citato art. 104-*bis*, al comma 2, anche si statuisca: «La scelta dell'affittuario», spettante al curatore, «deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e della attendibilità del piano di

prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali».

Occorre rilevare che il confluire di questo istituto dell'affitto entro il sistema degli strumenti predisposti dalla riforma fallimentare si pone come esito di un lungo processo, normativo e interpretativo.

Un processo, quello appena accennato, che può anche farsi esemplare punto di riferimento per la ricostruzione dell'evoluzione della filosofia del fallimento, pure nel suo stretto intreccio con le vicende della dinamica economica.

Ora, di fronte alle disposizioni della riforma fallimentare appena considerate, si deve ricordare l'indirizzo di lettura del sistema del r.d. n. 267 del 1942 portato avanti in passato da varie voci interpretative volto a negare radicalmente la possibilità stessa di un'utilizzazione dell'affitto di azienda sentita insanabilmente antitetica alle finalità di celere liquidazione proprie della procedura concorsuale (32).

Si metteva inoltre in rilievo, per ribadire l'esclusione dell'esperibilità della strada dell'affitto, la dinamica di riduzione, rispetto a quanto statuito dalla legge del 1942 per l'esercizio provvisorio, dei poteri del comitato dei creditori, in una sorta di aggiramento delle funzioni dell'organo compiuto dal curatore e dal giudice delegato (33).

In questa prospettiva, le vicende dell'economia italiana (con il crescere delle imprese e dell'impatto sociale della loro crisi) non potevano non dare la prevalenza alla posizione, opposta, di impiego di un istituto quale l'affitto che, tra l'altro, come già afferma la Cassazione nella sentenza 25 marzo 1961, n. 682 (34), «... può essere un mezzo idoneo per evitare ai creditori il danno, che può derivare dalla improvvisa interruzione dell'esercizio della impresa, e procurare agli stessi un vantaggio...».

Si profila in queste parole linea di tutela delle esigenze del credito.

Una linea, ancora, che, tenuto in conto caratteri e sviluppi economici, prevede la possibilità, o la necessità, di un periodo di conservazione dell'impresa e, con ciò stesso, si apre, oggettivamente, alle esigenze di continuazione della produzione del mondo del lavoro.

(32) Cfr. P. Sandulli, *In tema di affitto di azienda e di amministrazione del patrimonio del fallito da parte degli organi del fallimento*, in *Foro it.*, 1959, I, cc. 685 ss.

(33) Cfr. P. Sandulli, *op. cit.*, c. 686: «... non si comprende perché, dopo aver ammesso che l'affitto dell'azienda è una forma di esercizio provvisorio, non si debbano adottare quelle cautele, che l'art. 90 espressamente prescrive».

(34) Pubblicata in *Foro it.*, 1961, I, 1143.

È da considerare inoltre come questo indirizzo di temporanea conservazione dell'impresa attraverso l'istituto dell'affitto si sia sviluppato e affermato essenzialmente entro l'elaborazione giurisprudenziale.

Tale indirizzo di conservazione trova prima forma di recezione normativa con la legge 23 luglio 1991, n. 223.

Così, all'art. 3, esteso, nel comma 1, il trattamento Cigs, fra l'altro, «... nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, qualora la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata», anche si statuisce, nel comma 4: «L'imprenditore che, a titolo di affitto, abbia assunto la gestione, anche parziale, di aziende appartenenti a imprese assoggettate alle procedure di cui al comma 1, può esercitare il diritto di prelazione nell'acquisto delle medesime».

Come accennato, è, però, nella novellazione della legge fallimentare che tale istituto trova più compiuta e organica disciplina normativa, pure in modo da far emergere meglio le linee essenziali del sistema.

In questa sede si è già considerata la dinamica di fondo del contratto di affitto di azienda entro il nuovo fallimento, utilizzando i dettati testuali stessi dell'art. 104-*bis*.

Si può ora aggiungere che, alla stregua del detto art. 104-*bis*, tale contratto, «stipulato dal curatore nelle forme previste» *ex* art. 2556 cod. civ., deve stabilire «... il diritto del curatore di procedere alla ispezione dell'azienda» come «la prestazione di idonee garanzie» delle obbligazioni dell'affittuario nonché «... il diritto di recesso del curatore [...] che può essere esercitato, sentito il comitato dei creditori, con la corresponsione all'affittuario di un giusto indennizzo...».

Ciò, evidentemente, al fine di una più adeguata salvaguardia del ceto creditorio.

Inoltre, si presenta a garanzia dei creditori dell'impresa in fallimento quanto disposto all'ultimo comma del citato art. 104-*bis*: «La retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli 2112 e 2560» cod. civ. (35).

(35) Per questa statuizione cfr. anche L. De Angelis, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 90, ove se ne sottolinea il carattere innovativo.

L'affitto d'azienda, con la riforma fallimentare, appare organicamente inserito nel sistema di poteri e competenze del comitato dei creditori (36).

In armonia con questo dato (come con tutta la filosofia dell'intervento riformatore) si pone l'attenzione per gli interessi del ceto creditore e il rilievo spettante alla liquidazione dei beni.

Nella stessa prospettiva, si può sottolineare il carattere prodromico alla vendita connesso alla disciplina dell'affitto.

Un carattere che si evidenzia subito, fin da quel comma 1 dell'art. 104-*bis*, ove, come visto, l'utilizzazione dell'istituto nella procedura concorsuale è ancorata alla finalità dell'alienazione.

La disciplina della prelazione dell'affittuario, *ex* art. 104-*bis*, comma 5, ne è ulteriore conferma.

A questo punto, si può tornare a considerare quel movimento di sfavore per la dissoluzione delle risorse e la liquidazione atomistica delle imprese che è dialetticamente generato nelle caratteristiche ed entro la dinamica dello sviluppo economico.

Va ancora detto che tale movimento ha avuto momento di particolare evidenziazione con la crisi delle grandi imprese.

Si può così pensare alla vendita dei complessi aziendali, quale anche disciplinata nel d.lgs. n. 270 del 1999.

Riordinando, e proseguendo, le linee di un discorso già cominciato, il percorso di superamento della dissoluzione atomistica del complesso imprenditoriale può anche esprimersi in forme subordinate e strumentali rispetto agli interessi dei creditori.

A tale proposito appare significativo ed eloquente il comma 1 dell'art. 105, ove è affermato che «La liquidazione dei singoli beni [...] è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori».

Il principio della sussidiarietà della vendita dei singoli beni rispetto alla alienazione di complessi aziendali unitari trova quale punto di riferimento il vantaggio del ceto creditorio.

Nell'art. 105 della legge fallimentare riformata, al comma 3, si ripete sostanzialmente quanto disposto nell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 270 del 1999, di riforma dell'amministrazione straordinaria, circa la

(36) Cfr. anche Michelotti, *Il comitato dei creditori*, in Aa.Vv., *La riforma del fallimento*, cit., pp. 62 s.

possibilità, entro le consultazioni sindacali di cui all'art. 47 della legge n. 428 del 1990, di concordare con i rappresentanti dei lavoratori un trasferimento soltanto parziale dei dipendenti dell'impresa ceduta nonché cambiamenti del rapporto lavorativo.

Mette conto osservare come la Relazione illustrativa allo schema del d.lgs. n. 5 del 2006 presenti questa norma dell'art. 105 quale significativa manifestazione di «flessibilità e duttilità», di una «... flessibilità e duttilità di cui si è inteso caratterizzare l'intero impianto normativo...» (37).

Nella dinamica complessiva della riforma del fallimento il movimento di attenzione alle esigenze dei creditori si affianca e si correla a un movimento di flessibilità nell'impiego della forza lavoro (38).

(37) In Aa.Vv., *La riforma del fallimento*, cit., p. 212.

(38) Ciò in un contesto generale per il quale De Angelis, in *Fallimento e rapporti di lavoro*, cit., nella col. 86, ha buon gioco di rilevare la sostanziale esiguità della disciplina della materia lavoristica nella riforma del 2006.