

Un diritto  
in evoluzione

*Studi in onore di  
Yasuo Suwa*

a cura di

Luigi Montuschi

Giuffrè Editore  
Milano 2007

**I RAPPORTI DI LAVORO NEL SETTORE DEI  
SERVIZI SOCIO-ASSISTENZIALI:  
IL CASO DELLA LOMBARDIA  
MARZIA BARBERA, CRISTINA ALESSI**

14

SOMMARIO: 1. Le trasformazioni intervenute nel settore dei servizi socio-assistenziali e la loro incidenza sul mercato del lavoro e sulla regolazione dei rapporti di lavoro. - 2. I profili istituzionali dell'evoluzione dei modelli di regolazione dei servizi sociali... - 3. ...e le conseguenze sulla disciplina delle condizioni di lavoro. - 4. La riforma dei servizi sociali del Duemila. Più qualità e più tutele per i lavoratori? - 5. Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Ipad. - 6. Gli effetti della privatizzazione sulla disciplina dei rapporti di lavoro. - 7. Costi e benefici del diritto del lavoro della flessibilità. - 7.1. Una premessa: l'importanza di chiamarsi pubblico. - 7.2. Le forme della flessibilità: il lavoro a tempo determinato, la somministrazione, il lavoro a progetto e le collaborazioni coordinate e continuative, gli appalti, il lavoro intermittente e ripartito. - 8. Il lavoro delle badanti tra ritorno al passato e istanze di riconoscimento. - 9. Conclusioni: due spine contrapposte all'omogeneizzazione e alla differenziazione delle condizioni di lavoro.

1. **Le trasformazioni intervenute nel settore dei servizi socio-assistenziali e la loro incidenza sul mercato del lavoro e sulla regolazione dei rapporti di lavoro.**

Le condizioni di lavoro di chi presta la propria attività nel settore dei servizi socio-assistenziali agli anziani sono state influenzate da due distinti processi di trasformazione, che hanno

*\* Il presente lavoro è frutto della riflessione comune delle due Autrici. In ogni caso, a Marzia Barbera sono da attribuire i §§ da 1 a 4 e a Cristina Alessi i §§ da 5 a 9.*

maturano scelte, hanno anche prodotto effetti originali sul mercato del lavoro, ancora poco percepiti e analizzati dagli stessi studiosi delle dinamiche di tale mercato<sup>(7)</sup>. Se fenomeni quali l'introduzione dei *vouchers* fanno prefigurare un mercato dei servizi più competitivo, aperto a nuovi attori, più incerto e instabile per le organizzazioni di erogazione, e dunque più propenso al ricorso al lavoro precario, poco retribuito e poco qualificato<sup>(8)</sup>, l'impiego quale alternativa all'auto-addossamento dei compiti di cura, di personale domestico a pagamento in regime di coabitazione (per il quale è entrato in uso un problematico neologismo: *badante*) ha caratteristiche del tutto peculiari. Esso si presenta, infatti, come una forma di *ritorno al passato* (si pensi alla particolare personalizzazione del rapporto derivante dalla convivenza con il datore di lavoro o alla durata singolarmente prolungata degli orari di lavoro, alla completezza tra lavoro domestico e lavoro familiare), ma in conseguenza di fenomeni nuovi, quali l'invecchiamento della popolazione, il cedimento dei vincoli familiari tradizionali, la minore disponibilità delle donne ad addossarsi il lavoro di cura in coincidenza con una maggiore partecipazione al mercato del lavoro.

Questa particolare contiguità fra lavoro di cura e lavoro per il mercato esistente nel settore dei servizi consente di evidenziare, con una chiarezza che non è dato di avere nelle analisi che riguardano i segmenti più tradizionali del mercato del lavoro, la connessione esistente fra modelli di famiglia, modelli di *welfare* e modelli di regolazione del lavoro. Peraltro, la riscoperta dell'importanza e del valore economico del lavoro di cura familiare, anche in paesi lontani dalla tradizione italiana, spinge a ripensare alcune delle teorie che più hanno influenzato il dibattito sui sistemi di *welfare* di questi anni, a partire da quella – sostenuta fra gli altri da Esping – Andersen – secondo la quale una delle differenze fondamentali tra i diversi sistemi europei, corre lungo la linea della de-famizzazione dei compiti di cura, considerato uno dei frutti più significativi della crescita dei sistemi di *welfare*<sup>(9)</sup>.

(7) Si v. le osservazioni di S. BRUN, *Lavoro sommerso e servizi di cura fra politiche del lavoro, dell'immigrazione e socio-assistenziali*, in *DLM*, 2005, 305 ss.

(8) S. NERI, *op. cit.*

(9) C. RANCI, *La sperimentazione dei mercati sociali. Un bilancio*, in C. RANCI (a cura di), *op. cit.*, 294

riguardato, da una parte, il sistema italiano di *welfare*, dall'altra, i modelli di regolazione dei rapporti di lavoro.

Le indagini condotte in questi anni sul mercato italiano dei servizi sociali hanno reso evidente come alla crescita costante della domanda sociale si sia dato risposta, più che con un aumento dell'offerta pubblica di servizi assistenziali, attraverso una *modifica delle forme di erogazione di tali servizi*, nella direzione di uno spostamento del baricentro dei meccanismi di regolazione della produzione di servizi verso l'utente (con un ruolo più indiretto dell'ente pubblico) e di un'accresciuta concorrenza tra i soggetti produttori (.). Ciò ha determinato il sorgere o il consolidarsi di mercati del lavoro locali caratterizzati da un alto tasso di frammentazione e differenziazione degli *status* lavorativi. La segmentazione di tali mercati è stata successivamente alimentata anche dal processo di etnicizzazione della forza lavoro, dovuto al massiccio ingresso nel mercato del lavoro italiano di lavoratori immigrati, i quali sono andati a collocarsi, con l'eccezione del personale infermieristico, nei posti di lavoro meno ambiti e peggiori retribuiti, favorendo la progressione dei lavoratori nazionali verso le posizioni migliori. Infine, va detto che i grandi movimenti che si registrano nel settore dei servizi sociali nel corso degli anni Novanta, vale a dire da un canto il decentramento, la delocalizzazione e la privatizzazione parziale dei servizi di cura, con la creazione di nuovi "mercati sociali" locali, dall'altro l'evoluzione del tradizionale modello familistico italiano di *welfare* nella direzione di una crescente *esternizzazione* dei lavori di cura (favolta da misure quali gli assegni di cura e, più di recente, i *voucher*<sup>(?)</sup>), oltre a proporre reti inedite di rapporti attraverso i quali gli utenti acquisiscono informazioni e

(1) Si v. C. RANCI (a cura di), *L'assistenza agli anziani in Italia e in Europa*, F. Angeli, Milano, 2001, e ivi, in particolare, E. PAVOLINI, *Verso nuovi modelli di regolazione dei servizi sociali per gli anziani: primi passi nell'esperienza italiana*, 193 ss.

(2) Il *cd. voucher socio sanitario* è un titolo di acquisto di prestazioni erogate da operatori *accreditati (cd. "partner")*, tra i quali l'utente ha libertà di scelta. Sul punto si v. S. NERI, *Il mercato del lavoro per gli anziani non autosufficienti*, in G. COSTA (a cura di), *Politiche per la non autosufficienza in età anziana. Attori, risorse e logiche a partire dal caso lombardo*, Carocci, Roma, 2007, 117 ss.; A. FRANCAVLANCI, S. TOSO, Spesa sociale e meccanismi di mercato: i buoni servizi (*vouchers*), Working paper del Dipartimento di Economia Politica, Università di Modena, reperibile all'indirizzo internet: [www.dep.unimore.it/maternal-discuss-ions.asp](http://www.dep.unimore.it/maternal-discuss-ions.asp). Sull'utilizzo dei *vouchers* nel quadro delle politiche pubbliche di assistenza si v. L. BELTRAMETTI, *Vouchers. Presupposti, usi e abusi*, Il Mulino, Bologna, 2004, spec. 55 ss.

casì, a rendere immediatamente operativa solo quella parte della riforma del mercato del lavoro del 2003 che comporta maggiori vincoli rispetto al passato (in particolare, le disposizioni che impongono la trasformazione delle collaborazioni coordinate e continuative in collaborazione a progetto). Si dirà più avanti delle ragioni specifiche per le quali alcuni fra gli istituti più innovativi previsti dalla nuova normativa non hanno trovato ancora concreta applicazione e delle cause delle resistenze datoriali a ricorrere alle nuove risorse di flessibilità offerte dal legislatore. Per ora ci si limiterà ad osservare che anche in questo ambito si può vedere in azione una delle regole fondamentali che presiedono alle scelte datoriali e cioè quella che, messi di fronte al *trade off* tra maggiore flessibilità-maggiore incertezza degli esiti delle scelte, i datori di lavoro preferiscono per lo più attenersi alle regole già consolidate, seppur produttive di rigidità organizzative. Non è dunque chiaro se lo sbocco dell'attuale balcanizzazione del mercato del lavoro dei servizi sarà quello di un'accentuazione delle differenze di *status* e di regimi normativi o quello di una tendenziale omogeneizzazione dei trattamenti.

In conseguenza dei processi fin qui descritti, i rapporti di lavoro del settore dei servizi sociali appaiono oggi situati lungo un *continuum* che vede una pluralità di fattispecie diverse, con discipline molto differenziate e, dunque, con un'alta variazione del tasso di disuguaglianza verticale (relativa al rapporto datore di lavoro/lavoratore) e di quello di disuguaglianza orizzontale (relativa ai rapporti fra lavoratori). Occorre fin d'ora precisare che quando si parla di variazione del tasso di disuguaglianza ci si intende riferire non solo a fenomeni di nuova precarizzazione e di aumentata concorrenza fra

L'applicazione dei contratti in essere o di contratti compatibili ed omogenei con quelli applicati al personale già in servizio". Come si vedrà in seguito, le disposizioni previste al riguardo dall'art. 2112 c.c. e da altre disposizioni speciali sono molto più flessibili. Sull'interpretazione della norma regionale sono insorti forti contrasti fra organizzazioni sindacali e Fondazioni ex Ipub, sfociati anche in controverse giudiziarie e, infine, in una pronuncia della Corte costituzionale (si v. *infra*, § 6); la vicenda ha posto alle parti, più in generale, delicati problemi di strategia sindacale e manageriale che hanno poi condotto alla sigla del Protocollo d'intesa del 22 settembre 2005 per la definizione di una nuova area contrattuale per il personale delle ex Ipub (il testo del protocollo è reperibile all'indirizzo internet [http://autonomionala.fpgi.net/IPAB/protocollo\\_di\\_intesa\\_220905.htm](http://autonomionala.fpgi.net/IPAB/protocollo_di_intesa_220905.htm)). Si tratta di una delle vicende di concertazione territoriale delle politiche per gli anziani segnalate da A. VISCOMI, *Prassi di concertazione territoriale: spunti per una riflessione critica*, in *LD*, 2004, spec. 345 ss.

Un secondo passaggio cruciale, se si guarda all'impatto sulle condizioni di lavoro delle trasformazioni subite nel tempo dal sistema di servizi sociali del nostro Paese, è costituito dai *proversi di tipo istituzionale* che hanno investito tale sistema, a partire dal radicale rinnovamento dei suoi lineamenti di base tracciati dalla legge quadro n. 328 del 2000, passando per la modifica delle competenze in materia di assistenza sociale determinata dalla riforma del Titolo V della Costituzione, fino ad arrivare alla trasformazione delle Ipub (vale a dire uno dei pilastri fondamentali su cui si è costruito il sistema assistenziale italiano <sup>(7)</sup>) da soggetto di diritto pubblico a soggetto di diritto privato.

La complessità del quadro è stata accresciuta, infine, dalla creazione, proprio in virtù di tali processi di privatizzazione e decentramento, di canali di comunicazione nuovi fra il sistema dei servizi sociali e la regolazione di diritto privato del rapporto di lavoro, canali che consentono ai datori di lavoro di accedere a tipologie contrattuali molto diversificate e offrono loro la possibilità di usufruire delle dosi massicce di flessibilizzazione delle condizioni di lavoro introdotte dalla legge n. 30 del 2003 di riforma del mercato del lavoro, dal decreto legislativo di attuazione n. 276 del 2003 e da altri coevi interventi legislativi. Alcune indagini empiriche recentemente svolte nel settore <sup>(8)</sup>, tuttavia, hanno evidenziato una vischiosità di tipo socio-politico e normativo in parte inattesa, che ha portato, in qualche caso, a frenare le innovazioni consentite dal nuovo quadro regolativo, attraverso accordi fra attori sindacali e attori politici volti a scongiurare modifiche in senso peggiorativo del trattamento economico e normativo dei dipendenti <sup>(9)</sup>, e, in altri

(7) C. RANCI, *Il ruolo delle Ipub, in Prospettive sociali e sanitarie*, 2002, n. 18, 2. Si v., ad es., la ricerca svolta per la Fondazione Cariplo sul caso Lombardo, i cui risultati sono pubblicati nel volume a cura di G. COSTA (a cura di), *op. cit.*, e il  *dossier* REGIONE EMILIA-ROMAGNA, *La sostenibilità del lavoro di cura*, 2005, n. 106, reperibile all'indirizzo internet [www.regione.emilia-romagna.it/agenziaasam/collidos/index.htm](http://www.regione.emilia-romagna.it/agenziaasam/collidos/index.htm).

(8) Accordi di questo tipo hanno avuto come risultato l'emancipazione di norme quali l'art. 18, comma 13, della *l.r. Lombarda* 13 febbraio 2003, n. 1, una disposizione che applica anche al caso della privatizzazione delle Ipub. La disposizione chiara prevede invece che "fino alla determinazione di un autonomo comparto di contrattazione, al personale delle Ipub che si trasformano in persone giuridiche di diritto privato, in servizio alla data di trasformazione, si applicano i contratti in essere. Al personale assunto successivamente alla trasformazione, in sede di contrattazione decentrata, è stabilita

gruppi di lavoratori (con una marcata caratterizzazione etnica dei conflitti di interessi), ma anche a fenomeni opposti di emersione di professionalità nuove e di miglioramento della qualità del lavoro e dei servizi. Così, ad esempio, se l'evoluzione in senso multidimensionale della composizione degli addetti del settore ha portato spesso a fenomeni di *dumping* sociale (vale a dire di concorrenza al ribasso tra lavoratori nelle condizioni di lavoro e nelle retribuzioni) mal tollerati dai lavoratori nazionali, e se questi, a loro volta, hanno reagito alla caduta della remuneratività del lavoro con atteggiamenti di tipo opportunistico, che vanno dalla disponibilità al doppio lavoro, all'attitudine all'assenteismo e al ricorso spregiudicato della protezione sindacale (d'altro canto l'ampliamento e la maggiore articolazione dell'offerta di servizi ha favorito l'acquisizione da parte di alcuni operatori di una specifica professionalità, propria del lavoro di cura, e la nascita di un orgoglio di mestiere, che, pur non trovando ancora sufficiente riconoscimento né da parte degli utenti né da parte del sistema formativo e di accreditamento dei profili professionali, hanno dato avvio a un processo di professionalizzazione e specializzazione delle mansioni di assistenza, ritenute a lungo prive di contenuti insegnabili e trasmissibili.

Nelle pagine che seguono si ricostruiranno in maniera sintetica i regimi istituzionali e normativi che si sono succeduti nel tempo in questo campo di *policy*, in coincidenza con le trasformazioni tratteggiate prima, per dar conto di come, dalla stabilità che ha a lungo caratterizzato il rapporto di lavoro dei soggetti che operavano nel settore della sanità e dell'assistenza pubblica e privata, si sia arrivati alla flessibilità del lavoro di cura tipico della *welfare society* attuale, sia che esso assuma la forma del lavoro subordinato, che se rivesta la forma del lavoro autonomo (per lo più nella forma della collaborazione coordinata e continuativa). Si tenterà, inoltre, di indicare gli intrecci esistenti fra i vari ambiti di regolazione: quello della produzione dei servizi e quello del lavoro necessario a tale produzione. Infine, si proverà a individuare i costi e i benefici offerti ai soggetti produttori dall'accesso (diretto e non più mediato da altri soggetti economici, come avveniva in passato, in conseguenza della privatizzazione di larga parte dell'attività di produzione dei servizi)

(9) L. ZANFRINI, *Processi d'innovazione nei servizi alla persona. Un'indagine sugli Assistenti Socio-Sanitari*, mimeo, 2004.

alle risorse offerte dal diritto privato e dal diritto del lavoro in termini di flessibilità del lavoro, e le ricadute sui lavoratori di questa ulteriore apertura al mercato.

## 2. I profili istituzionali dell'evoluzione dei modelli di regolazione dei servizi sociali...

Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione approvata nel 2001, l'assistenza sociale è materia affidata alla esclusiva competenza regionale. Tale assunto, tanto importante quanto ormai incontestabile, permette di dare definitivo riconoscimento al principio di sussidiarietà che da tempo informa la materia. Mentre il testo originario dell'articolo 117 ha dato luogo a innumerevoli dubbi interpretativi, dovuti al fatto che la mancanza di una previsione esplicita tendeva incerta la riconducibilità dell'assistenza sociale alla "beneficenza pubblica" o all'"assistenza sanitaria ed ospedaliera" (materie rientranti entrambi nella competenza concorrente Stato-Regioni), la riforma costituzionale ha definitivamente assegnato alle Regioni la potestà di legiferare in materia<sup>(10)</sup>, riservando alla competenza statale la determinazione dei livelli essenziali concernenti i diritti sociali da garantire su tutto il territorio nazionale<sup>(11)</sup>.

Va ricordato, tuttavia, che, già nella vigenza del precedente assetto costituzionale, il decreto del Presidente della Repubblica n. 616 del 1977, di attuazione della legge delega n. 382 del 1975 (recante *Norme sull'ordinamento regionale e sull'organizzazione della pubblica amministrazione*), aveva esplicitamente ricompreso nella definizione di "beneficenza pubblica" i servizi concernenti l'assistenza sociale. Proprio nella norma che trasferiva alle Regioni le funzioni amministrative relative a queste materie (articolo 22, decreto del Presidente della Repubblica n. 616 del 1977), il legislatore aveva in

(10) La tecnica è stata quella della competenza residuale, vale a dire l'assegnazione alle Regioni delle competenze non espressamente attribuite in via esclusiva allo Stato o in via concorrente a Stato e Regioni.

(11) Sulle ricadute della riforma del Titolo V della Costituzione nelle materie lavoristiche si vedano, tra i tanti, i contributi pubblicati in *LD*, 2001, n. 3; M. PALLINI, *Commento all'art. 117 della Costituzione*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro. Vol. I. Costituzione, Codice Civile e leggi speciali*, Giuffrè, Milano, 2004, 374 ss.; F. MAZZANI, *Federalismo e diritto del lavoro in Italia e Spagna: modelli a confronto*, Promodis, Brescia, 2004.

realità posto fine all'incertezza derivante dall'ambigua collocazione dell'assistenza all'interno del sistema del riparto di competenze fra Stato e Regioni<sup>(12)</sup>. Oltre a ciò, il suddetto decreto Presidente della Repubblica aveva affidato al Comune, quale ente più vicino alla realtà in cui l'assistenza doveva operare, l'organizzazione e l'erogazione dei servizi corrispondenti, dando alla materia quella caratterizzazione di servizio sociale di tipo locale destinata a contraddistinguere a lungo nel tempo, sino ai giorni nostri.

La legge delega n. 59 del 1997 e il decreto legislativo n. 112 del 1998 demandano ancora una volta ai Comuni l'erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali, nonché la progettazione e la realizzazione della rete dei servizi sociali. Lo Stato mantiene funzioni di indirizzo generale, come la determinazione dei fini da perseguire e dei livelli di qualità che è necessario garantire; il resto è affidato alla capacità organizzativa degli enti più radicati sul territorio.

Con l'approvazione della legge quadro n. 328 del 2000, che qualche commentatore non ha esitato a definire come la "seconda grande normativa sociale sistematica" intervenuta nel nostro Paese, dopo l'approvazione della legge n. 833 del 78 istituiva del servizio sanitario nazionale<sup>(13)</sup>, i servizi socio-assistenziali conoscono per la prima volta una riorganizzazione complessiva. Gli ambiti di tutela sono assai ampi e chiara è la distinzione dalle discipline precedenti. La legge non è una legislazione per soggetti, e neppure mira a istituire un servizio nazionale di assistenza<sup>(14)</sup>; piuttosto, tende alla creazione di una rete di servizi, un sistema integrato, con una finalizzazione comune scritta a chiare lettere nel primo articolo del testo: "garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazioni e diritti di cittadinanza, prevenire, eliminare e ridurre le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e

(12) La Corte Costituzionale aveva espresso in precedenza un diverso orientamento. Con la sentenza n. 139/1972, partendo dalla distinzione tra i concetti di beneficenza pubblica e di assistenza sociale, la Consulta aveva affermato la competenza dello Stato in materia di assistenza. Si veda, per approfondimenti, C. CORBETTA *La gestione dei servizi sociali nell'ordinamento comunale. Ipotesi applicative e modelli societari*, in *Sanità Pubblica* 2002, 1153 ss.

(13) Per un confronto sul contesto culturale che ha portato all'approvazione delle due leggi si veda E. RANCI ORTIGOSA, *I contenuti della 328. I temi e lo scenario*, in C. GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Carocci, Roma, 2004, 21 ss.

(14) Cf. G. PASTORI, *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, Milano, 2003, 43 ss.

familiare derivanti da inadeguatezza di redditi, difficoltà locali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione". L'organizzazione e la programmazione di tale sistema sono affidate agli Enti locali, alle Regioni ed allo Stato, secondo le rispettive competenze e in attuazione del principio di sussidiarietà, ora esplicitamente nominato dalla legge (articolo 1, comma 4).

Fino a quel momento l'assistenza e la cura degli anziani erano stati appannaggio di tre ordini di intervento: la gestione diretta da parte dei Comuni e/o altri enti locali; la gestione delegata dagli stessi alle ASL (prima USL o USSL); l'affidamento dei servizi in convenzione alle Irap e a soggetti privati, con e senza scopo di lucro. Risolta positivamente la questione relativa alla riconduzione dell'assistenza sociale nell'ambito della beneficenza pubblica, l'organizzazione e la gestione amministrativa del sistema di assistenza avevano visto le Regioni nel ruolo di protagonisti. Ciò non aveva ripartito le critiche di chi, evidenziando la mancanza di una "formulazione di un quadro di riferimento unitario di principi", aveva ritenuto inevitabile conseguenza della regionalizzazione una marcata disomogeneità dei servizi sociali sul territorio della Repubblica, con evidenti problemi in termini di eguaglianza e discriminazione<sup>(15)</sup>.

La Regione Lombardia ha provveduto sin dagli inizi degli anni Ottanta a dare attuazione alla delega di funzioni assistenziali, predisponendo una normativa specifica in tema di assistenza con la legge regionale n. 39 del 1980, istituiva delle Unità socio sanitarie locali (USSL) in attuazione delle disposizioni da poco approvate in tema di servizio sanitario nazionale (legge n. 833 del 1978). L'articolo 3 della legge comprendeva l'assistenza sociale tra i servizi prestati dall'Unità sanitaria locale, mentre l'articolo 7 ne specificava i contenuti: *assistenza polivalente di base, comprensiva degli interventi di sostegno individuali e familiari, assistenza domiciliare, di proposte di assistenza economica ai singoli di proposte di intervento minor ed anziani*. In conformità con gli *standard* e i criteri fissati dai piani socio-assistenziali regionali (introdotti a partire dalla legge regionale n. 49 del 1981), l'organizzazione dei servizi socio-assistenziali poteva seguire varie strade. La tendenza principale sin da subito apparve

(15) Alcune valutazioni sul tema si possono leggere in G. FINOCCHI GHERSI, *L'istituzione del sistema integrato dei servizi sociali*, in *GDA*, 2001, 113 ss.

(ASL), e a realizzare un generale contenimento dei costi. Disponendo l'aziendaleizzazione delle USL (le quali assumono personalità giuridica e mutano la loro denominazione in ASL) e privando degli organi politici collegiali, il legislatore le sottrae al controllo dei Comuni, i quali recupereranno però una parte del loro ruolo nel sistema sanitario successivamente, con il decreto legislativo n. 299 del 99<sup>(19)</sup>. Ciò che qui interessa mettere in evidenza è che, in quell'occasione, viene per la prima volta stabilita una suddivisione generale di competenze tra Comuni e ASL riguardo alle prestazioni socio-assistenziali ad integrazione sanitaria. Nello specifico, il decreto legislativo n. 229 del 1999 ha attribuito alla ASL l'onere di fornire le prestazioni *ad elevata integrazione sanitaria*, mentre ha previsto una compartecipazione tra Comuni e ASL per le *prestazioni sociali a rilevanza sanitaria* (prevalentemente a carico dei Comuni) e per le *prestazioni sanitarie a rilevanza sociale*<sup>(20)</sup>. Prima di procedere nella descrizione delle ulteriori vicende evolutive del modello socio-assistenziale italiano, pare opportuno fare il punto sulle conseguenze prodotte sulla tipologia e sulla disciplina dei rapporti di lavoro dai processi che si sono descritti.

### 3. ...e le conseguenze sulla disciplina delle condizioni di lavoro.

In virtù del sistema fin qui delineato, per tutto il periodo nel quale si registra una crescita dei servizi erogati direttamente dagli enti pubblici, i rapporti di lavoro che era dato ravvisare in tale contesto erano perlopiù di natura pubblica, rientranti, secondo il grado di integrazione, nell'ambito dei rapporti di lavoro facenti capo al sistema sanitario in virtù di una relazione lavorativa con le USL (poi ASL), oppure nell'ambito dei rapporti facenti capo agli enti locali o ad altri enti pubblici, in virtù di un impiego presso strutture

(19) Per una ricostruzione degli aspetti salienti del processo di riforma del Servizio sanitario si veda S. NERI, *Il Servizio sanitario nazionale dal 1992 ad oggi*, in L. BORDOGNA, A.M. PONZELLINI (a cura di), *Qualità del lavoro e qualità del servizio negli ospedali*, Carocci, Roma, 2004, 30 ss.

(20) La Regione Lombardia ha dato attuazione a tali principi approvando norme specifiche contenute nella l.r. n. 31/97, modificata dalla l.r. n. 3/01 e dalla l.r. n. 32/02.

quella di creare un sistema di assistenza sociale allargato alla partecipazione di vari enti e strutture, pubbliche e private. La normativa lombarda, al fine di assicurare "l'integrazione delle prestazioni socio-assistenziali nell'ambito dei servizi di zona" e la loro gestione unitaria su base territoriale, promosse, sin dai primi anni Ottanta, "la stipulazione di convenzioni tra gli enti responsabili dei servizi di zona, o comuni singoli, ed altri enti" (articolo 17, legge regionale n. 39 del 1980); inoltre, anche "associazioni, fondazioni ed istituzioni private" vennero inserite nella programmazione e nell'organizzazione dei servizi sociali, a patto che si convenzionassero con gli enti gestori delle USSL (articolo 18). Comuni, Associazioni di comuni e Comunità montane, nuovi responsabili dei servizi socio sanitari, si avvalsero prevalentemente di personale del servizio sanitario<sup>(16)</sup>. Una generale riorganizzazione del sistema regionale, soprattutto per gli aspetti socio-assistenziali, si conobbe con la legge regionale n. 1 del 1986. In essa furono poste le basi per una più puntuale collaborazione tra enti pubblici e privati alla gestione dei servizi sociali. Le procedure e criteri per l'autorizzazione al funzionamento di strutture socio-assistenziali (articolo 50), i contenuti delle convenzioni con enti pubblici e privati (articolo 52), i criteri di gestione ammessi per Comuni ed enti responsabili (articolo 57) erano solo alcune delle importanti previsioni contenute nella legge. Oltre ad esse spiccavano, per quanto d'interesse, la definizione delle attività di assistenza domiciliare e dei centri diurni (articoli 73 e 77) e la distinzione, all'interno delle stesse, tra competenze del sistema sociale ovvero del servizio sanitario (17). La riforma nel 1992 del Servizio sanitario nazionale<sup>(18)</sup> mirava a riportare la gestione delle risorse principali sotto il diretto controllo delle Regioni, mediante l'istituzione delle Aziende sanitarie locali

(16) Le prestazioni di assistenza sociale venivano erogate sia in ambulatorio, sia a domicilio, sia in strutture socio-assistenziali comunitarie, in relazione alle specifiche ed obiettive necessità dell'utenza (art. 7, comma 3, l.r. n. 39/80).

(17) Ad esempio per l'assistenza domiciliare "le prestazioni socio-assistenziali consistono in attività di aiuto domestico, somministrazione pasti e altri interventi connessi alla vita quotidiana, in attività minime di segreteria e più in generale in ogni attività diretta al sostegno della personalità" mentre quelle di altro genere sono quelle *sanitarie, curative e riabilitative, erogate in forma integrata con quelle socio-assistenziali* e sono assicurate dai competenti servizi della USSL, con oneri a carico del fondo sanitario.

(18) D.lgs. n. 502/1992 e d.lgs. n. 517/1993; seguiti dopo più di un quinquennio dal d.lgs. n. 229/1999.

comunali (servizi in gestione diretta) o presso enti quali le Irap (servizi in convenzione).

Va ricordato, tuttavia, che fin dagli anni Settanta si era avviato un processo di *contrattualizzazione* delle relazioni di lavoro con enti pubblici (con la nascita di una contrattazione collettiva  *sui generis* e posta, per così dire, sotto tutela) e di progressivo avvicinamento della disciplina pubblicistica a quella privatistica, che sarebbe poi sfociata nella c.d. *privatizzazione* del rapporto con le pubbliche amministrazioni, realizzata con il decreto legislativo n. 29 del 1993. A partire dal 1993, dunque, la contrattazione collettiva, fino ad allora strumento di disciplina del lavoro privato, diventa fonte di regolazione diretta anche del lavoro pubblico, seppur con forme peculiari ed inusuali, che fanno conservare alla disciplina (ormai privatistica) del rapporto del settore pubblico spiccati connotati di specialità rispetto ai rapporti del settore privato<sup>(21)</sup>.

Figure quali l'assistente sociale e l'operatore socio-assistenziale comparivano nei contratti collettivi degli Enti locali e del comparto Sanità e tuttora le dichiaratorie che esemplificano gli inquadramenti categoriali le prevedono<sup>(22)</sup>. I rapporti di lavoro delle stesse figure operanti alle dipendenze delle Irap vennero da subito ricondotti al comparto degli Enti locali<sup>(23)</sup>. Il decreto Presidente della Repubblica n. 68 del 1986 attribui ancora le Irap al comparto Regioni ed Enti locali, ma a condizione che esse svolgessero funzioni prevalentemente assistenziali. Da ciò si poteva desumere che il comparto di riferimento per le istituzioni a orientamento prioritariamente sanitario dovesse essere invece quello della Sanità. Tale distinzione è stata mantenuta dalla contrattazione quadro sulla definizione del comparto. Sia il Ccnq del 1998 che quello del 2002, infatti, attribuiscono i rapporti di lavoro del personale delle

(21) Per un'analisi della prima riforma in materia, introdotta dalla legge quadro n. 93/1983, si veda M. RUSCIANO, T. TREU (a cura di), *Commentario alla l. 29 marzo 1983, n. 93 (legge-quadro del pubblico impiego)*, in *NLCC*, 1984, 593 ss.

(22) A titolo d'esempio si veda la pre-intesa per la revisione dell'ordinamento professionale del personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali dell'8 luglio 1998, in *manuale*.

(23) Si vedano, ad esempio il d.P.R. 13 maggio 1987, n. 268 (nel quale è recepito l'accordo sindacale per il triennio 1985-1987 del comparto enti locali) oppure il più recente Ccnl Enti locali 1998-2001. All'art. 1, in entrambi i casi, le Irap (dapprima sotto la categoria degli enti pubblici non economici, in seguito con esplicita previsione) figurano nell'ambito di efficacia degli accordi.

istituzioni di beneficenza al comparto Enti locali ovvero al comparto Sanità, a seconda della funzione prevalentemente assistenziale o sanitaria svolta.

È un'affermazione comune quella secondo la quale lavorare alla dipendenza dei produttori di servizi di natura pubblica sia garanzia di condizioni di lavoro più sicure e meglio retribuite rispetto a quelle dei lavoratori che operano nel privato (nelle due declinazioni di privato-privato e privato-sociale). In realtà, anche nel settore del lavoro pubblico, i casi di lavoro precario e sottoprotetto sono stati tutt'altro che assenti<sup>(24)</sup>. Ci si riferisce all'ampia utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato e di contratti di lavoro autonomo (nella forma di prestazioni di tipo professionale o di collaborazioni coordinate e continuative) da parte degli enti pubblici, gli uni e gli altri suscettibili di mancato rinnovo. Com'è noto, i dati di lavoro pubblico godono a questo riguardo di alcuni "vantaggi normativi", derivanti in parte da vincoli di natura giuridica (in qualche caso di rilevanza costituzionale), in altri dalla non nascosta intenzione del legislatore di contenere la spesa pubblica attraverso un risparmio sui costi di gestione del personale<sup>(25)</sup>. Dunque, anche nel pubblico vi sono stati degli *outsiders* che hanno stentato ad entrare nel forno dei lavori sicuri, con la differenza, rispetto a quanto è accaduto nel settore privato fino a tempi recenti,

(24) In proposito si v. S. NERI, *Il mercato del lavoro nei servizi di cura per gli anziani non autosufficienti*, cit., 121, che dà conto di una rilevazione condotta alla fine degli anni Novanta, dalla quale risulta che il settore pubblico faceva maggiore ricorso ai contratti a termine del settore privato.

(25) In particolare, nel caso in cui il datore di lavoro sia un soggetto pubblico risulta inapplicabile la disciplina relativa alla conversione in rapporto a tempo indeterminato, prevista generalmente nel settore privato per le ipotesi di illegittimo utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili. Ciò è dovuto in primo luogo all'art. 97 della Costituzione, che prevede che l'accesso all'impiego pubblico avvenga per concorso, e dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 che esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime amministrazioni. Tra l'altro, la formulazione dell'art. 36 Finanziaria per il 2008) limita fortemente la possibilità di ricorrere alle tipologie flessibili di lavoro. Dopo aver affermato che "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato", il nuovo testo dell'art. 36 ammette il ricorso alle forme contrattuali di lavoro flessibile solo in ipotesi eccezionali e per periodi di tempo limitati. Il mutamento di prospettiva si coglie se si pone mente alla formulazione precedente dell'art. 36, comma 1, secondo la quale le P.A. "si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa".

che precari si poteva restare per molti anni, anche per sempre, a meno che non intervenisse un'eventuale sanatoria, sul modello di quella introdotta dalla finanziaria per il 2007 per i contratti a termine<sup>(26)</sup>, sostanzialmente riconfermata dalla finanziaria per il 2008<sup>(27)</sup>.

Per i rapporti di lavoro con soggetti privati operanti in regime di autorizzazione, convenzione o appalto, a parità di qualificazione professionale, la disciplina è sempre stata differente, ricadendo nell'ambito della tradizionale regolamentazione civilistica. Questo genere di rapporti di lavoro si sviluppa in modo significativo a partire dalla metà degli anni Ottanta, allorché ha inizio la fase del ridimensionamento dell'intervento diretto dello Stato e della *depubblicizzazione stranante* dei servizi socio-assistenziali. Con questo termine gli studiosi si riferiscono a quel processo per cui "lo Stato non si priva delle parti che già appartenevano alla sua struttura organizzata e produttiva, ma, anziché adattare la macchina amministrativa alle variazioni della domanda, sceglie di affidare il compito di gestire le nuove problematiche sociali a soggetti esterni al suo sistema di produzione di servizi"<sup>(28)</sup>. La forma giuridica che il processo di depubblicizzazione ha assunto è stata quella della *convenzione*, uno strumento dalla controversa natura giuridica, assimilato inizialmente ai contratti di diritto pubblico e, più di recente, a negozi di diritto privato di natura contrattuale, nella specie contratti di fornitura. Si tratta di forme di esternalizzazione dei servizi pubblici simili alle tecniche di *contracting out* in uso da decenni negli Stati Uniti, nelle quali l'operatore pubblico conserva la titolarità del servizio e si fa carico del suo finanziamento, ma mira a garantirsi una riduzione dei costi e a liberarsi dei compiti di gestione diretta. Il

(26) Il riferimento è all'art. 1, comma 519, della l. n. 296/2006, che prevede la stabilizzazione a domanda del personale assunto a tempo determinato presso una pubblica amministrazione da almeno tre anni, anche non continuativi, a condizione che sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da disposizioni di legge. Per un primo commento alla disposizione si può leggere A. MONTEMARANO, *Pubblico impiego: miti e novità nella Finanziaria 2007*, in *GLn*, 2007, n. 2, 78 ss.

(27) L'art. 3, comma 94, l. n. 244/2007 (Legge Finanziaria per il 2008), prevede che le amministrazioni pubbliche predispongano, sentite le organizzazioni sindacali, piani per la progressiva stabilizzazione del personale dirigenziale impiegato con contratto a tempo determinato e di quello precedentemente utilizzato con contratti di collaborazione coordinata e continuativa. Sul punto si v. A. MONTEMARANO, *Il pubblico impiego nella finanziaria 2008*, in *GLn*, 2008, n. 2, 41 ss.

(28) P. CANDUCCI, *Servizi sociali e enti no profit: usi e virtù dei diversi strumenti di relazione pubblico-privato sociale*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 658 ss.

*contracting out*, tuttavia, nell'esperienza statunitense è stato per lo più usato in aree diverse da quelle sociale e sanitaria (per esempio per i servizi di manutenzione stradale), mentre nel nostro Paese si è scelto di delegare a soggetti privati anche servizi diretti alle persone, che presentano problemi ben diversi. Gli inconvenienti legati a questa forma di esternalizzazione sul versante della qualità del servizio sono ampiamente noti e dibattuti<sup>(29)</sup> e, nelle forme più recenti di gestione indiretta dei servizi (in particolare l'accreditamento), si nota il tentativo di selezionare i soggetti erogatori sulla base di criteri di qualità dell'assistenza, oltre che del criterio delle risorse disponibili. Quel che qui interessa mettere in rilievo è che, attraverso lo strumento della convenzione, è passato anche un processo di precarizzazione del lavoro e di abbassamento degli *standard* di tutela.

Non era un esito scontato. Esso, infatti, non è dipeso dalla sola applicazione del criterio del massimo ribasso (che, tendendo a favorire le imprese private maggiormente in grado di risparmiare sui costi, può produrre l'effetto di innescare un effetto di *race to the bottom*), abbandonato, fra l'altro, nel corso degli anni Novanta, a favore del diverso criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che, accanto agli indicatori di costo prende in considerazione le caratteristiche qualitative delle organizzazioni che offrono il servizio. Una causa altrettanto rilevante è stata la discutibile politica di sconti normativi (che solo di recente, e in modo contraddittorio, il decisore pubblico pare voler rivedere), di cui, come si dirà meglio più avanti, hanno beneficiato per anni sia gli enti pubblici fornitori di servizi, che le imprese del terzo settore. Sono state queste ultime le vere destinatarie del processo di esternalizzazione dei servizi di assistenza verificatosi nel nostro Paese, più di quanto non lo siano state le imprese private. Oggi esistono settori nei quali la presenza del privato è in crescita (servizi residenziali o servizi ad alta tecnologia per anziani come il telesoccorso vita a distanza), ma in genere, in regioni come la Lombardia, il privato mercantile non ha trovato conveniente effettuare servizi di qualità a basso costo in regime convenzionale. Per superare rigidità organizzative e contenere i costi del personale Comuni, ASL e Ispab hanno fatto ricorso prevalentemente a convenzioni con cooperative sociali. In

(29) Si v. E. PAVOLINI, *op. cit.*, 196 ss.

tal modo, hanno potuto procedere alla sostituzione di personale, avviare servizi temporanei, reperire competenze professionali inesistenti nella propria organizzazione<sup>(30)</sup>. In molti casi si è trattato di fenomeni di vera e propria interposizione, ossia di mera fornitura di lavoratori da parte di soggetti che non potevano considerarsi dotati delle qualità di impresa. Ma anche nelle ipotesi di fornitura di un'attività genuinamente organizzata in forma di impresa, le cooperative sociali hanno potuto usufruire di un regime di agevolazioni tributarie, contributive e normative, derivanti dalla qualifica di socio attribuita ai lavoratori forniti in convenzione, che le ha poste in una posizione di vantaggio competitivo pressoché insuperabile, a danno non solo delle altre imprese private ma anche della garanzia dei diritti degli stessi lavoratori.

Un esempio di legislazione di scontro a favore degli enti fornitori è costituito dalla legge n. 67 del 1993, che aveva espressamente previsto l'inapplicabilità del divieto di interposizione<sup>(31)</sup> alle Province, ai Comuni, alle Comunità montane, alle Irap, agli enti non commerciali svolgenti senza scopo di lucro attività socio-assistenziali e alle istituzioni del Servizio sanitario nazionale. La norma, che aveva provocato un ricorso alla Corte costituzionale, era stata successivamente abrogata dall'articolo 74 del decreto legislativo n. 29 del 1993, oggi riprodotto nell'articolo 72 del Testo Unico delle norme in materia di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (decreto legislativo n. 165 del 2001). Una disposizione analoga è contenuta nell'articolo 53, comma 2, della legge n. 144 del 1999<sup>(32)</sup>, che ha previsto una sanatoria per le

<sup>(30)</sup> Questi aspetti sono analizzati da G. COSTA, *Rigidità organizzativa ed esternalizzazione dei servizi*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 2002, 12 ss., che mette in rilievo anche come il ricorso a contratti individuali sia avuto invece per le prestazioni a più alto contenuto professionale. In questo caso, il lavoratore ha potuto far valere una certa forza negoziale, data la limitata presenza di operatori di alta qualificazione sul mercato.

<sup>(31)</sup> Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro era previsto dalla l. n. 1369/1960, oggi abrogata, e consisteva nel divieto "di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediarie impiegate in manodopera assunta o retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono". I lavoratori impiegati in violazione del divieto erano considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze del soggetto che aveva effettivamente utilizzato le loro prestazioni. La legge citata si applicava sia ai datori di lavoro privati che a quelli pubblici; per questi ultimi, tuttavia, come si vedrà, la giurisprudenza escludeva l'applicazione della sanzione della conversione del rapporto.

<sup>(32)</sup> L'art. 53, comma 2, della legge richiamata così dispone: "Alle prestazioni lavorative, comunque effettuate alla data di entrata in vigore della presente legge, anche

violazioni del divieto di interposizione commesse prima della sua entrata in vigore dagli stessi soggetti. Le citate previsioni erano chiaramente indice di un disagio interpretativo ed applicativo con riguardo alle convenzioni e agli appalti di servizi nei settori considerati. Questo disagio si è costantemente risolto a favore degli enti erogatori di servizi e dei fornitori di lavoro convenzionato o in appalto, anche dopo l'abrogazione del regime derogatorio prima descritto. Si è infatti assistito ad una curiosa forma di rimozione, per cui gli avvocati difensori dei datori di lavoro chiamati in giudizio da lavoratori che sostenevano la sussistenza di un'ipotesi di interposizione illecita hanno continuato a chiedere l'applicazione di una normativa in deroga formalmente abrogata, e parte della giurisprudenza e della dottrina hanno mostrato di continuare a ritenere in vigore disposizioni non più esistenti. Si tratta di comportamenti non spiegabili altrimenti che richiamando la scarsissima effettività del divieto in questione nel settore qui considerato.

Un altro esempio di *sconto normativo*, di cui hanno beneficiato questa volta le cooperative (non solo) sociali, è fornito dalla vicenda della qualificazione dei rapporti di lavoro dei soci lavoratori. Per lungo tempo, la giurisprudenza ha ritenuto non riconducibile allo schema del rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato la prestazione di lavoro del socio di cooperative, che era da intendersi quale adempimento del contratto di società<sup>(33)</sup>. L'opzione giurisdizionale, oltre che discutibile sotto il profilo giuridico, urtava contro una realtà che ha visto allontanarsi sempre di più il ricorso dello schema della cooperazione di lavoro dall'originale scopo

erogate da organizzazioni non lucrative di utilità sociale per l'assolvimento delle attività socio-sanitarie di cui al comma 1, non trovano applicazione le disposizioni della legge 23 ottobre 1960, n. 1369; i giudici e i contenziosi di qualunque natura pendenti alla medesima data aventi ad oggetto questioni non dichiarate esenti d'ufficio con compensazione delle spese tra le parti e i provvedimenti giudiziari non passati in giudicato restano privi di effetto". Sulla questione si v. O. BONARDI, *L'indagine industriale dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001, 315 ss.

<sup>(33)</sup> Si v., ad es., Cass. 9 marzo 2004 n. 4799, in RFI, 2004, Voce: *Lavoro (rapporto)*, 3890; Cass. 21 ottobre 2003 n. 15750, in *IPriv*, 2003, 1289. Sul finire degli anni Novanta, peraltro, si è assistito ad un mutamento di indirizzo nella giurisprudenza di legittimità, sfociato anche in una decisione delle Sezioni Unite della Cassazione. Si v. Cass., sez. un., 30 ottobre 1998 n. 10906, in *FI*, 2002, I, 1198, con nota di F. DE SANTIS, *Prime riflessioni sui criteri di ripartizione della competenza nelle controversie tra soci e cooperative alla luce della l. n. 142 del 2001*, che ha ritenuto il rapporto del socio di cooperativa assimilabile a quello di lavoro subordinato ai fini dell'applicazione del rito del lavoro. Su questi profili si v. G. RICCI, *Il lavoro nelle cooperative tra riforma e contro-riforma*, in *DLM*, 2003, spec. 323 ss.

mutualistico. In molti casi il ricorso allo schema cooperativistico ha avuto il solo scopo di occultare rapporti di lavoro subordinato, al fine di ridurre i costi retributivi e contributivi e aggirare le relative tutele. In casi come questi, le cooperative sociali hanno finito per agire come fornitori di mere prestazioni di lavoro, senza alcun apporto di attività di carattere imprenditoriale e senza reali finalità mutualistiche. La legge n. 142 del 2001 ha tentato di porre rimedio a questa distorsione dello schema cooperativistico, prevedendo espressamente la possibilità di distinguere nell'attività del socio due distinti profili: quello per cui detta attività va considerata oggetto di prestazione mutualistica, e quello per cui essa può essere resa anche in conseguenza dell'instaurarsi di un rapporto di lavoro subordinato o autonomo. Le ragioni dell'intervento non sono state solo quelle di contrastare una dilagante degenerazione del lavoro cooperativo, garantendo una maggiore tutela ai soci sul piano dei rapporti di lavoro, ma anche quelli di dare maggiore certezza e trasparenza al complesso intreccio di rapporti che fanno capo allo schema cooperativo, recuperare le cooperative di produzione e lavoro al gioco della concorrenza, incrementare il gettito fiscale e contributivo connesso al reddito da lavoro cooperativo. Rispetto a questi ambiziosi obiettivi va però registrata la mini "contorforma" attuata con la legge 30 del 2003, la quale è sembrata di nuovo voler sanare la preminenza del rapporto associativo su quello di lavoro, riaprendo così una disputa che si riteneva ormai chiusa circa la qualificazione del rapporto di lavoro del socio. La dottrina, tuttavia, non sembra ricavare dalla soppressione dell'aggettivo "distinto" un passo indietro rispetto all'opzione, da tutti indiscutibilmente attribuita alla legge n. 142 del 2001, per la duplicità del rapporto<sup>(34)</sup>. Piuttosto, il significato della novella legislativa sarebbe da ricollegare all'esigenza di sottolineare l'esistenza di un collegamento funzionale tra rapporto associativo e rapporto di lavoro<sup>(35)</sup>, peraltro già riconosciuto dalla dottrina anche prima della legge n. 30 del 2003<sup>(36)</sup>.

(34) In questo senso G. BOLEGO, *I rapporti di lavoro dei soci di cooperativa sociale*, in *Impresa sociale*, 2006, n. 4, spec. 21 ss.

(35) Come ben evidenziato da G. RICCI, *op. cit.*, 331.

(36) Si v., ad esempio, A. MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *ADL*, 2002, 618.

#### 4. La riforma dei servizi sociali del Duemila. Più qualità e più concorrenza, ma quali tutele per i lavoratori?

È in questo contesto che si giunge all'approvazione, nel Duemila, della legge quadro n. 328, che contiene un'ambiziosa proposta di rinnovamento dei servizi e degli interventi sociali in Italia, articolata sia in enunciazioni di principio che in previsioni di dettaglio, finalizzata ad innovare il sistema e, insieme, ad attribuirgli maggiore centralità nella società e nel sistema italiano del *welfare*<sup>(37)</sup>. La legge, fra l'altro, introduce anche innovazioni destinate ad incidere in profondità sul mercato del lavoro dei servizi sociali, come l'accreditamento, l'attivazione di un sistema di titoli sociali, la valorizzazione della qualità sociale dei servizi offerti dalle organizzazioni del terzo settore, la riforma delle Ipad.

In questa sede non è possibile entrare nel merito di una riforma di così grande respiro, i cui effetti potranno essere valutati solo nel medio-lungo periodo, alla luce peraltro anche dell'alterazione del quadro istituzionale prodotta dalla modifica del Titolo V della Costituzione, che ha attribuito la materia dell'assistenza sociale alla competenza esclusiva delle Regioni, lasciando allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali. Ciò ha sconvolto di fatto non solo il sistema delineato dalla legge n. 328, ma la sua stessa natura e funzione; mentre nella vigenza del vecchio testo dell'articolo 117 della Costituzione la legge citata costituiva il punto di riferimento delle normative regionali non solo rispetto ai principi ma anche rispetto all'impianto pianificatorio, programmatico e organizzativo, nel nuovo assetto costituzionale essa perde la sua funzione di linea guida vincolante per le Regioni, legittimate ormai a effettuare autonome scelte di politica sociale, con il solo limite dei livelli essenziali di prestazione indicati dallo Stato<sup>(38)</sup>.

(37) Cfr., per un'analisi di ampio respiro, cfr. il volume curato da C. GORI (a cura di) *op. cit.*, Il riferimento nel testo è all'introduzione del curatore.

(38) Cfr. A. GUALDANI, *La legge 328 dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in C. GORI (a cura di), *op. cit.*, 49, e F. PINTO (a cura di), *Diritto degli enti locali*, Giappichelli, Torino, 2004, vol. II. Va tuttavia rilevata l'assimilità esistente fra l'attribuzione alle Regioni della competenza legislativa esclusiva e il mantenimento in capo ai Comuni delle competenze amministrative, cosa che priva, fra l'altro, le istituzioni regionali delle risorse relative alle erogazioni monetarie (assegni e pensioni sociali, assegni di accompagnamento, vouchers, ecc.). Cfr. E. RANCI ORTIGOSA, *op. cit.*, 125.

Si tratta allora di comprendere in che misura i meccanismi che ora permettono ai vari soggetti che operano nel mercato l'accesso alla fornitura dei servizi sociali (accreditamenti, autorizzazioni, deleghe, convenzioni, appalti, *vouchers*, ecc.), incidano non soltanto sotto il profilo della maggior qualità richiesta (grazie al livello superiore di requisiti richiesti), nonché sotto quello di stimolo ad una maggior concorrenza tra i fornitori, ma anche sotto l'ulteriore e parallelo profilo della qualità del lavoro, in termini di maggiore o minore professionalizzazione e redditività. Le ricerche empiriche condotte nel settore dimostrano che l'intreccio fra modalità di erogazione dei servizi e condizioni di lavoro ha caratteri ambivalenti, così come ambivalente è l'atteggiamento delle organizzazioni datoriali<sup>(42)</sup>. Da una parte, vi è il riconoscimento diffuso da parte degli attori del sistema dell'esistenza di una relazione diretta fra qualità del servizio e qualità del lavoro di cura, che richiede continuità e stabilità della relazione con utenti, familiari e colleghi di lavoro. In quest'ottica, strumenti quali l'accreditamento c.d. misto, che comportano la definizione *a priori* di un livello di qualità imprescindibile, cui segue l'acquisto di una quota di servizi da parte dello stesso ente pubblico, sembrerebbero favorire un'occupazione di qualità, non precaria e di buon valore professionale. Dall'altra parte, i datori di lavoro non intendono rinunciare alla flessibilità e ai risparmi in termini di costo offerti dai contratti di lavoro atipici, e sono propensi a vederli come uno strumento necessario ad affrontare un mercato sempre più concorrenziale, in cui l'ente pubblico tende a intervenire sempre meno per indirizzare il mercato dei servizi. Questi nodi critici si presentano soprattutto nei casi di accreditamento c.d. puro, in cui l'ente pubblico, una volta accertata la qualità di una struttura, delega al singolo l'acquisto del servizio, formalmente affidando la regolazione del mercato all'utente, di fatto lasciando spazio (anche per le note asimmetriche informative a favore dei produttori che caratterizzano il settore) alle organizzazioni maggiormente orientate a perseguire condizioni di economicità, anche a scapito della qualità del servizio. Quando, come è accaduto in Lombardia con la recente sperimentazione del sistema dei *vouchers*, si fissano a un livello

relative al rapporto con *profit*, *no profit* e quasi mercato. Il PSSR è reperibile sul sito internet della Regione Lombardia ([www.regione.lombardia.it](http://www.regione.lombardia.it)).

(42) Si vedano le ricerche citate in nota n. 6.

Il recupero dell'impianto della legge n. 328 e della relativa attuazione potrebbe però avvenire proprio a questo riguardo. La formulazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali prevista dall'articolo 22 della legge costituisce un primo nucleo di misure cui i consigli regionali potrebbero ritenersi vincolati<sup>(43)</sup>, almeno fintantoché non sopraggiunga una diversa disciplina statale. Ma, soprattutto, l'impianto della l. n. 328 appare confermato dalle normative regionali predisposte in un periodo successivo alla riforma del Titolo V. A volte richiamandola esplicitamente, altre volte dando attuazione a principi in essa contenuti, la maggior parte delle Regioni ha legiferato riferendosi alla legge quadro ben oltre il "dovuto"<sup>(40)</sup>.

In buona sostanza, le Regioni hanno iniziato il lavoro di predisposizione dei propri sistemi integrati di servizi senza stravolgere, in virtù della nuova potestà legislativa, l'impianto configurato nella legge quadro. La Regione Lombardia non ha fatto eccezione, anche perché la normativa preesistente già seguiva a grandi linee la struttura del sistema integrato dei servizi sociali. Il che mostra che la riforma ha in verità legittimato un dominio locale dei servizi sociali da tempo realizzati nella nostra esperienza, talché anche gli indirizzi nei Piani socio sanitari regionali (PSSr) della Lombardia si pongono in sostanziale continuità con il passato. Come recita l'*incipit* del Piano Socio Sanitario 2002-2004, la Regione intende proseguire per la strada intrapresa "promuovendo la parità di diritti e i doveri tra soggetti erogatori pubblici e privati, *profit* e *no profit*"; il più recente Piano per il 2007-2009 riconferma questa indicazione, individuando nel sostegno al *no profit* uno degli obiettivi della politica sanitaria regionale<sup>(41)</sup>.

(39) P. CAPUTI, M.T. JAMBRENGHI, 2004, *I servizi sociali*, in F. PINTO (a cura di), *op. cit.*, 265.

(40) E. FERROLI, *Le leggi regionali sul sistema dei servizi sociali*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, 2005, 1 ss.; e ID., *Servizi sociali e revisione della Costituzione*, *ibidem*, 2002, 1 ss.; F. DI LASCIO, *La legislazione regionale in materia di assistenza sociale dopo la riforma del titolo V*, in *GiD*, 2003, 679 ss.; A. GUALDANI, *op. cit.*

(41) Il Piano Socio Sanitario 2007-2009, approvato dal Consiglio Regionale della Lombardia il 26 ottobre 2006, espressamente dichiara di voler "continuare il cammino intrapreso dal precedente piano socio-sanitario regionale, adeguando le sue azioni nuove esigenze di promozione della qualità e appropriatezza del servizio". Nella parte relativa ai progetti innovativi e al sostegno e sviluppo delle reti si trovano le indicazioni

minimo i requisiti per l'accredimento e per l'ammissione fra i patenti, lasciando agli utenti il compito di selezionare i fornitori sulla base delle loro esigenze, si pongono le condizioni perché anche nel settore di produzione di servizi sociali si mutui quella logica della produzione *just in time* e della organizzazione *lean* che ha caratterizzato la produzione di beni del periodo post-fordisto e perché, anche in questo caso, la conseguenza principale sui rapporti di lavoro sia la loro precarizzazione e dequalificazione.

Va osservato, tuttavia, che nella situazione lombarda esperienze di questo genere sono ancora ad uno stadio embrionale e sperimentale. Il settore continua ad essere dominato da un modello di erogazione dei servizi che vede mantenere un potere di regolazione del mercato in capo all'ente pubblico e che si fonda sulla presenza dominante di alcuni particolari soggetti erogatori, le *ex Ipb* <sup>(43)</sup>. L'altissima percentuale di ospitalità che tali istituzioni sono state in grado di offrire, insieme con il livello di spesa che ad essa è corrisposto, ha attribuito loro un ruolo fondamentale nel settore dei servizi socio-assistenziali della Regione. Nell'ultimo decennio esse sono state interessate da un tormentato processo di privatizzazione che ha mostrato in maniera emblematica le opportunità e i rischi che provocano l'abbandono dei mercati protetti e l'approdo alle incertezze procluse della concorrenza.

## 5. Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Ipb.

Il varco verso la privatizzazione delle Ipb è stato aperto da una sentenza della Corte Costituzionale del 1988, la n. 386. Fino ad allora erano tutti caduti nel vuoto i tentativi di scalfire l'assetto pubblicistico di un'istituzione creata dalla c.d. legge Crispi del 1890 da uno Stato che, non essendo in grado di istituire idonee forme di assistenza pubblica, scelse di considerare pubbliche quelle strutture assistenziali che benefattori, filantropi o pubbliche amministrazioni locali dell'epoca avevano creato per dare risposta al disagio sociale, con il vaneggiare di poterne controllare l'operato. Dal quel momento tale importante fonte di produzione di servizi sociali era stata gestita

(43) V. MARELLI, *I costi dell'assistenza informale agli anziani non autosufficienti in Lombardia*, in G. COSTA (a cura di), *op. cit.*, 73 ss.

secondo i principi ed i criteri invalsi per ogni amministrazione pubblica: disciplina amministrativa e gestione del personale secondo criteri pubblicistici. Con il decreto Presidente della Repubblica n. 616 del 1977 vi fu quello che generalmente fu visto come un tentativo di soppressione delle Ipb <sup>(44)</sup>. In un'ottica di attribuzione ai Comuni delle responsabilità relative alla fornitura di servizi sociali a cittadini in condizioni di bisogno, il decreto sanciva la devoluzione agli stessi enti territoriali dei patrimoni, delle funzioni e del personale delle centenate istituzioni, sancendone in buona sostanza la liquidazione (ad eccezione di quelle inerenti la sfera educativo religiosa) <sup>(45)</sup>. Su questa norma, tuttavia, cadde la dichiarazione di illegittimità costituzionale (per eccesso di delega) contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 173 del 1981. Il legislatore delegato, secondo la Consulta avrebbe potuto si trasferire alle Regioni le funzioni esercitate dalle Ipb, ma non aveva potestà tali da attribuire ai Comuni le funzioni esercitate da enti o istituzioni infraregionali. Si trattava, è evidente, di una pronuncia basata su considerazioni non di merito; tuttavia, essa bastò a limitare, se non ad annullare, negli anni seguenti ogni intento riformista. Nel 1988, invece, con la sentenza prima richiamata, la Corte entra in considerazioni di tipo sostanziale: la normativa risalente a quasi un secolo prima le appare ormai contraria al principio pluralistico cui si ispira la Costituzione, oltre che alla stessa mutata realtà sociale. Alla luce dei principi costituzionali di cui all'articolo 38, ult. comma <sup>(46)</sup>, non poteva considerarsi ammissibile che tutti gli enti aventi finalità assistenziali dovessero assumere la configurazione di istituzioni pubbliche, con la conseguenza che, nel nuovo quadro normativo di riferimento, le Ipb avrebbero dovuto essere considerate pubbliche o private a seconda delle specifiche caratteristiche organizzative e strutturali in concreto sussistenti.

Le argomentazioni della sentenza schiudevano così quel varco di cui si diceva prima (e che avrebbe ben potuto aprirsi con molti anni di anticipo): la ridefinizione della natura giuridica degli enti

(44) L'espressione è utilizzata da B. BARONI, *La vicenda delle IPAB dal d.p.r. 616/1977 alla l. 328/2000*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, 502 ss. Si veda anche A. SANTUARI, *Le Ipb tra fondazioni di diritto privato e aziende pubbliche di servizi alla persona: un'analisi delle legislazioni regionali*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2004, 95.

(45) Art. 25, d.P.R. n. 616/1977.

(46) "L'assistenza privata è libera"; così recita l'art. 38, comma 5, della Costituzione

qualificati come Irap, tramite accertamento giudiziale o per mezzo di procedure o provvedimenti di natura amministrativa. Recedendo i principi esposti nella suddetta sentenza, il Governo si affrettò a emanare un decreto nel quale elencava una serie di parametri funzionali al riconoscimento della effettiva natura delle Irap<sup>(47)</sup>. Allo stesso modo, anche le Regioni fissarono alcuni criteri, sostanzialmente in linea con quanto statuito dal Governo centrale<sup>(48)</sup>.

Pertanto, la giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione avrebbe ribadito costantemente che il riconoscimento dell'effettiva natura giuridica delle Irap prescindeva dagli indici forniti dalle fonti amministrative o legislative, risultando prevalenti in ogni caso i principi generali dell'ordinamento<sup>(49)</sup>.

Ai fini della nostra indagine, l'interesse per la situazione che venne a crearsi è evidente: le caratteristiche di rapporti di lavoro storicamente improntati alla disciplina del pubblico impiego, dovevano essere riviste caso per caso, in virtù della ridefinizione della natura, privatistica o pubblicistica dell'istituzione. Qualora le caratteristiche dell'istituzione avessero comportato la sua depubblicizzazione, i relativi rapporti di lavoro dovevano passare a sottostare alla diversa disciplina del lavoro privato. Il contenzioso che è scaturito da questa nuova situazione di incertezza normativa è stato di proporzioni notevoli, spinto soprattutto dai lavoratori aventi pretese per rapporti ormai esauriti<sup>(50)</sup>. Ed assai uniforme si è

(47) Il D.P.C.M. 16 febbraio 1990 fissava, tra gli altri, criteri quali il carattere associativo dell'ente o il carattere di istituzione promossa e amministrata da privati. Al riguardo nel 1990 la Corte Costituzionale tornava sul tema fornendo, nella sentenza n. 466, un ulteriore chiarimento: "La Presidenza del Consiglio ha dunque seguito il suggerimento contenuto nella sentenza di questa Corte n. 396 del 1988 che, una volta riconosciuta quella giudiziaria come la sede propria per la ricognizione della natura privatistica delle Irap, aveva tuttavia ammesso la possibilità di conseguire il medesimo risultato in via amministrativa al fine di evitare l'insorgenza di un eccessivo contenzioso ed il prolungarsi di una situazione di incertezza per quelle Irap la cui natura non è stata ancora definita".

(48) La Regione Lombardia approvò un'apposita legge dove vennero fissati i criteri per la "depubblicizzazione" delle Irap (l.r. n. 21/1990).

(49) Si v. ad esempio, Cass., sez. un., 7 maggio 1998 n. 4631, in RFI, 1998, voce *Istruzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 7; Cass., sez. un., 22 novembre 1999 n. 812, in GC, 2000, I, 995, con nota di G. GIACALONE.

(50) Tra i temi più ricorrenti dei ricorsi vi sono quello di ordini di servizio che dispongono la cessazione dei rapporti e quello dell'utilizzo indiscriminato dei rapporti a termine. Si vedano Cass., sez. un., 22 novembre 1999 n. 812, cit., e Cass., sez. un., 18 settembre 2002, n. 13666, in RFI, 2002, voce *Istruzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 10.

rivelata la relativa giurisprudenza che, nella maggior parte dei casi, ha limitato il proprio giudizio alla valutazione preliminare della natura dell'ente coinvolto, individuando il contenzioso, secondo le circostanze, alla giurisdizione amministrativa ovvero al giudice del lavoro<sup>(51)</sup>.

In questo periodo, l'unico provvedimento normativo intervenuto in materia (in forma di decreto legge poi convertito) è stata la legge n. 389 del 1989. Essa non ha posto regole o principi generali applicabili al passaggio dal regime pubblicistico a quello privatistico, ma ne ha regolato un aspetto particolare, seppur importante, relativo ai trattamenti pensionistici dei dipendenti il cui rapporto avesse perso la natura pubblica, sancendo il loro diritto di operare, entro un determinato termine, per il medesimo regime pensionistico obbligatorio e per il trattamento di fine rapporto dei dipendenti pubblici degli enti locali<sup>(52)</sup>. Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Irap e dei rapporti di lavoro che vi fanno capo sarebbe ripreso nel Duemila, con la delega conferita dalla legge quadro n. 328 al Governo per la revisione dello statuto giuridico di tali enti, sciogliendo definitivamente un'incertezza normativa perdurante da anni.

L'articolo 10 della legge n. 328 segna l'inizio della serie di provvedimenti che hanno dato ordine una volta per tutte all'intricata questione della natura degli enti, della gestione dei relativi patrimoni e dei rapporti di lavoro al suo interno. Affidando al Governo il compito di dare concreta attuazione a tali principi, il legislatore ha imposto una generale revisione degli enti, prevedendo una doppia possibilità: il mantenimento di una personalità giuridica pubblica (oppure la privatizzazione) o, se si preferisce, depubblicizzazione). Con riguardo alla disciplina dei rapporti con i dipendenti, il regime espressamente individuato è quello privatistico, indipendentemente

(51) Si vedano, tra le altre, Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 492, in RFI, 1999, voce *Istruzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 9, e Cass. 19 maggio 2003 n. 7843, in RIDL, 2004, II, 94, con nota di G. SPOLVERATO.

(52) Art. 4, comma 2, l. n. 389/1989: "2. I dipendenti delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, i quali continuano a prestare servizio presso l'ente anche dopo che esso abbia perduto il carattere di istituzione pubblica, hanno facoltà di conservare, a domanda, il regime pensionistico obbligatorio e il trattamento di fine servizio previsto per il personale dipendente dagli enti locali. La domanda deve essere presentata, a pena di decadenza, entro il termine di novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto ovvero dalla data di trasformazione della natura giuridica dell'ente, se posteriore".



applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello». Del nocciolo duro di regolazione connessa ai trasferimenti d'azienda dovrebbero, infine, far parte anche quelle norme che stabiliscono diritti di informazione e consultazione sindacali che discendono dall'articolo 47 della legge n. 428 del 1990.

Di tale problema la normativa speciale relativa alle *ex Ipab* delineata dal decreto legislativo n. 207 del 2001 non reca traccia, se non per prevedere l'istituzione di un comparto speciale di contrattazione collettiva per le ASP che si vanno a costituire. Si tratta, comunque, di un nuovo comparto *pubblico*. È vero che nell'ipotesi della costituzione di una fondazione privata che eserciti l'attività che era propria dell'*Ipab* la questione non sembra porsi poiché, al momento della trasformazione, non vi è ancora un contratto collettivo applicabile diverso dal precedente<sup>(59)</sup>. In questo caso non vi è un'impresa privata già esistente: il cessionario altri non è che il vecchio soggetto di diritto pubblico divenuto soggetto di diritto privato. Ma è vero anche che, per diverso contratto collettivo applicabile<sup>(60)</sup>, potrebbe intendersi il contratto collettivo o, per meglio dire, la miriade di contratti collettivi già applicati dai datori di lavoro privati operanti nel settore dei servizi alla persona. In ogni caso, il problema del passaggio a un diverso trattamento economico-normativo per i dipendenti delle *ex Ipab* si pone dopo la trasformazione, quando quell'effetto di sostituzione di cui si sta discorrendo può verificarsi perché la fondazione potrebbe stipulare (o aderire a) un nuovo contratto collettivo (immediatamente o, eventualmente, decorso un anno dal trasferimento, se si aderisce alla tesi secondo la quale l'articolo 2112 deve essere integrato da quanto disposto dalle direttive n. 77/187 e n. 98/50 a proposito di tale periodo minimo). E allora, quale potrà essere il «nuovo» contratto collettivo applicabile?

Guardando alla questione in termini generali, secondo la dottrina, «tenendosi saldamente ancorati al principio di libertà sindacale di cui all'articolo 39, comma 1, della Costituzione, la risposta non può che essere nel senso della piena libertà del cessionario di «scegliere» il contratto collettivo da applicare. La

(59) È quanto osserva M.V. BALLESTRETO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in LD, 2001, n. 2, 296, ritenendosi più in generale alle vicende di privatizzazione delle aziende di servizi pubblici.

è ancora più capiente di quella ampia nozione di «trasferimento d'azienda» elaborata sia dalla giurisprudenza nazionale che da quella della Corte di Giustizia<sup>(57)</sup>, che hanno inteso per tale ogni «trasferimento di una entità economica che abbia e mantenga una propria identità»<sup>(57)</sup>. È dunque possibile ricomprendere in questa nozione ampia di «trasferimento o conferimento di attività» anche la trasformazione da soggetto di diritto pubblico a soggetto di diritto privato dell'ente cui è imputata un'attività economica<sup>(58)</sup>.

Alla disciplina *standard* in tema di trasferimento d'azienda si accede, dunque, o attraverso l'articolo 34 o attraverso discipline speciali, quale appunto quella stabilita per i casi di privatizzazione delle *Ipab*. Nella maggior parte dei casi, la presenza vuoi della normativa speciale, vuoi di quella di *desanti* dell'articolo 34, che si applica in mancanza della prima, svuota d'importanza, in concreto, il problema dell'applicabilità della disciplina *standard* in tema di trasferimento d'azienda alle diverse ipotesi di modificazione soggettiva del datore di lavoro<sup>(59)</sup>. E, tuttavia, si ripresenta quando la disciplina speciale si palesa carente, come avviene proprio nel caso in esame. La «copertura» *standard* assicurata in caso di trasferimento d'azienda riguarda, infatti, non solo i diritti che trovano fonte nella legge o nel contratto individuale, ma anche quelli che derivano dai contratti collettivi. A differenza dei primi, questi ultimi non sono destinati a rimanere necessariamente e per sempre nel bagaglio del lavoratore. A norma dell'articolo 2112, comma 3, c.c., il cessionario (vale a dire il soggetto cui l'attività economica viene trasferita) «è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi

(57) Tale nozione è ripresa ora dal nuovo testo dell'art. 2112. Secondo la nuova formulazione, per trasferimento d'azienda si intende qualsiasi operazione che, per cessione o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, indipendentemente dal mezzo tecnico giuridico utilizzato. Sulla questione dell'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda alle ipotesi di trasformazione dei servizi pubblici si v. G. DE SIMONE, *La «privatizzazione» dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in LD, 2001, n. 2, spec. 261.

(58) M. NOVELLA, *Aspetti giurisdizionali delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in LD, 2001, n. 2, 251 ss.

(59) G. DE SIMONE, *op. cit.*, 260.

collettivo); la logica della *graduale omogeneizzazione* dei trattamenti applicabili ai lavoratori già alle dipendenze e a quelli appena inseriti nell'azienda del cessionario (nel qual caso si sosteneva l'opportunità di un contratto collettivo c.d. "d'ingresso", al quale affidare il compito di ricostruire tale trattamento).

L'innovazione legislativa va nella direzione di omogeneizzare i trattamenti *di arrivo*, consentendo che al vecchio contratto collettivo se ne sostituisca uno nuovo, a patto che il contratto collettivo del cessionario sia dello stesso livello (nazionale o aziendale o territoriale) di quello applicato dal cedente. La *ratio* di tale limite è abbastanza evidente: si vuole evitare che si proceda a esternalizzazioni a danno dei lavoratori trasferiti, realizzate cioè verso aziende che applichino contratti collettivi meno favorevoli.

Tuttavia, nel contesto delle privatizzazioni dei servizi pubblici locali, la questione della *qualità* della copertura contrattuale, più che dal livello della contrattazione, dipende da altre variabili, prima fra tutte dalla *natura pubblica* o privata del datore di lavoro<sup>(63)</sup>. Come si è ricordato più volte, nel settore considerato convivono molteplici regolazioni collettive che stabiliscono trattamenti sostanzialmente diversi in riferimento alle medesime figure professionali. I contratti che garantiscono migliori condizioni sono quelli applicati dai datori di lavoro pubblici (comparti della Sanità pubblica e degli Enti locali); fra i contratti che stabiliscono peggiori condizioni, si segnalano quelli applicati dalle cooperative sociali. Ciò spiega, peraltro, come si avrà modo di vedere meglio in seguito, perché in passato i processi di esternalizzazione dei servizi socio-assistenziali si siano realizzati soprattutto attraverso lo strumento dell'appalto a cooperative sociali. Si comprende allora l'importanza che ha assunto, nella vicenda in esame, la partita della disciplina collettiva applicabile e perché, in questo caso, l'elemento decisivo sia risultato non quello della conservazione dello stesso livello di regolazione (nazionale, aziendale, territoriale), ma quello della possibilità di superare o meno il trattamento collettivo garantito in passato da un datore di lavoro la cui natura era pubblica.

La soluzione a questo problema ha ritenuto di doverla dare il legislatore regionale, stabilendo al riguardo alcune norme che *potrebbero* ritenersi disciplina speciale rispetto a quella *standard*

(63) M.V. BALLESTRERO, *ibidem*, M. NOVELLA, *op. cit.*

scelta è obbligata, quando l'obbligo derivi dal vincolo di affiliazione sindacale; ma la scelta può essere di mera convenienza (vale a dire: scelta del contratto più conveniente), in difetto di affiliazione"<sup>(61)</sup>. I soli limiti che tale libertà incontra sono quelli stabiliti in ordine al trattamento economico minimo dall'articolo 36 della Costituzione, nonché i limiti che derivano dalla nuova formulazione del comma 3 dell'articolo 2112 c.c., relativamente ai contratti collettivi applicati e alla loro sostituzione. La precedente formulazione suonava così: «L'acquirente è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, salvo che siano costituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa dell'acquirente». Il nuovo testo recita: "Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, salvo che siano altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello». L'innovazione principale sta nell'ultima frase aggiunta al testo: «l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello», che risolve la questione relativa a quale contratto collettivo provochi quell'effetto di sostituzione di cui si sta ragionando, questione sulla quale in passato si erano avuti accessi contrasti dottrinali e giurisprudenziali.

Le diverse soluzioni proposte erano ispirate a logiche anch'esse diverse<sup>(62)</sup>: a) la logica della conservazione (quanto meno provvisoria) dell'omogeneità dei trattamenti "di partenza" (nel qual caso si sosteneva che la sostituzione potesse avvenire, in primo luogo, solo in conseguenza della stipulazione di un nuovo contratto collettivo di categoria o di un nuovo contratto aziendale e, in secondo luogo, non prima di un anno dal trasferimento); b) la logica della conservazione dell'omogeneità dei trattamenti "di arrivo" (nel qual caso si sosteneva che il contratto collettivo di provenienza restasse ultra attivo solo nel caso in cui il cessionario non fosse soggetto ad alcun contratto collettivo; in caso contrario, il contratto già applicato dal cessionario avrebbe sostituito il vecchio contratto

(61) M.V. BALLESTRERO, *ibidem*, 296.

(62) Si riprende qui la distinzione di prospettive proposta da M.V. BALLESTRERO, *ibidem*, 292 ss.

stabilita dall'articolo 2112 c.c. (il condizionale è d'obbligo, poiché, come si dirà fra un momento, la normativa regionale ha dato adito a condivisibili riserve sotto il profilo della loro legittimità costituzionale, poi risolte dalla stessa Corte Costituzionale). La logica ispiratrice, riprendendo la distinzione prima proposta, è quella della conservazione dell'omogeneità delle condizioni di partenza e della graduale omogeneizzazione delle condizioni di lavoro di vecchi e nuovi assunti. La legge regionale n. 1 del 2003, dopo aver riprodotto all'articolo 3, comma 6 le disposizioni previste dal decreto legislativo n. 207 del 2001 in materia di conservazione della continuità del rapporto e dei diritti maturati<sup>(64)</sup>, a proposito della successione dei contratti collettivi all'articolo 18, comma 13 stabilisce infatti: "Fino alla determinazione di un autonomo comparto di contrattazione, al personale delle Ipad che si trasformano in persone giuridiche di diritto privato, in servizio alla data di trasformazione, si applicano i contratti in essere. Al personale assunto successivamente alla trasformazione, in sede di contrattazione decentrata, è stabilita l'applicazione dei contratti in essere o di contratti compatibili ed omogenei con quelli applicati al personale già in servizio".

Mentre la prima disposizione non ha dato luogo a contrasti interpretativi, la seconda è stata oggetto di una controversa applicazione da parte di alcune delle neo-istituite Fondazioni, le quali hanno ritenuto di poter procedere direttamente all'applicazione al personale assunto in momenti successivi alla trasformazione dell'ente in soggetto di diritto privato di un diverso contratto collettivo (nella specie il contratto UNBEA, peggiorativo rispetto a quello degli Enti locali), limitandosi soltanto ad informare di ciò il sindacato. Tali comportamenti sono stati oggetto di alcuni ricorsi giudiziari per condotta ant sindacale, per avere i datori di lavoro disatteso l'obbligo, stabilito dalla legge regionale, di contrattare con il sindacato la scelta del contratto collettivo nazionale applicabile, fra quelli operanti nel settore, ai rapporti di lavoro delle ex Ipad.

(64) Articolo 3 comma 6, l.r. n. 18/2003: *La trasformazione delle IPAB in persone giuridiche di diritto privato senza scopo di lucro o in ASP, così come la fusione di IPAB di cui all'articolo 5, non costituiscono causa di risoluzione del rapporto di lavoro con il personale che, alla data di adozione degli atti di trasformazione o di fusione, abbia in corso un rapporto di lavoro; eventuali contratti di lavoro a termine sono mantenuti fino alla scadenza. Il personale conserva la posizione giuridica, nonché i trattamenti economici fondamentali ed accessori in godimento, compreso l'anzianità maturata.*

I ricorsi ex articolo 28 dello Statuto dei lavoratori presentati innanzi al Tribunale di Lecco e al Tribunale di Mantova hanno avuto un esito difforme nella fase di urgenza, ma convergente nell'esito finale. Mentre infatti il Tribunale di Lecco ha immediatamente dichiarato la manifesta non infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità sollevata nel corso del procedimento, il Tribunale di Mantova ha dapprima, nel decreto che chiudeva la fase di tutela sommaria, accolto il ricorso sindacale, per arrivare poi, nella fase di cognizione, alle stesse conclusioni dell'altro organo giudicante<sup>(65)</sup>.

Non è possibile qui ricostruire il complesso nodo di problemi giuridici sollevati dal caso in questione, in particolare con il possibile contrasto delle disposizioni della legge regionale con il principio di libertà sindacale di cui all'articolo 39 della Costituzione, che impedirebbe, nella prospettiva dei giudici, ogni intervento eteronomo "sui termini e sui modi della contrattazione collettiva"<sup>(66)</sup>. Quel che pare importante sottolineare è che, in occasione di tale controversia, hanno avuto modo di manifestarsi in concreto non solo i problemi di successione di contratti collettivi prima richiamati, ma anche un ben più complesso conflitto di norme e di competenze, relativo al riparto di poteri legislativi in materia di lavoro fra Stato e Regioni. La vicenda fornisce un buon esempio di quell'intreccio di fattori istituzionali e politici che sono all'opera nelle vicende in esame, sulla cui complessità si è cercato fin dall'inizio richiamare l'attenzione.

Una delle parti meno perspicue della riforma del Titolo V della Costituzione è costituita dalla ripartizione di competenze fra Stato e Regioni prevista dal nuovo testo dell'articolo 117 in riferimento ai rapporti di lavoro. L'incertezza dei confini deriva dalla difficoltà di individuare le materie riconducibili all'espressione *tutela e sicurezza del lavoro*, oggetto di competenza concorrente, da quelle rientranti

(65) Cfr. Trib. Lecco ordinanza 26 luglio 2004 (inedita); Trib. Mantova decreto 2 dicembre 2004 (inedito); Trib. Mantova ordinanza 3 giugno 2005, in *ADL*, 2006, 879 ss., con nota di R. SALOMONE, *Trasformazione delle Ipad in fondazioni private e contratto collettivo applicabile*.

(66) Di diverso avviso è R. SALOMONE, *op. cit.*, 890, il quale propone una lettura della previsione conforme all'art. 39 della Costituzione. La Corte Costituzionale ha seguito un'impostazione simile, perché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma in parola non tanto per contrasto con l'art. 39, quanto per contrasto con l'art. 117 della Costituzione. Si v. *infra*.

nell'*ordinamento civile*, riservare alla competenza esclusiva dello Stato. Secondo i due tribunali, materie quali quelle regolate dalla legge regionale, riguardanti la disciplina del rapporto ad opera della contrattazione collettiva, e appartenenti perciò, in senso lato, all'ordinamento sindacale, sono senz'altro da ricondurre nell'ambito delle materie di esclusiva competenza statale. La Corte Costituzionale, da questo punto di vista, non ha deluso le aspettative. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 18, comma 13, della legge regionale n. 1 del 2003, la Corte ha sottolineato come la previsione imponga ai datori di lavoro di "negoziare" in sede di contrattazione decentrata la scelta del contratto collettivo da applicare ai neo-assunti", tale imposizione, sia pure motivata dalla necessità di "evitare che i rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione siano disciplinati sulla base di contratti collettivi profondamente diversi", rispetto a quelli applicati ai vecchi dipendenti, "attiene certamente all'ordinamento civile, in quanto si risolve nel vincolo, imposto ad un soggetto privato, di tenere un comportamento prescritto dalla legge e, quindi, in un vincolo destinato ad incidere sul potere di autodeterminarsi". In altre parole, un obbligo a partecipare ad un procedimento negoziale le cui controparti sono "autoritativamente individuare" richiede la previsione di una legge statale, a prescindere poi dalla legittimità costituzionale della norma sotto altri profili, ad esempio per violazione dell'articolo 39 della Costituzione<sup>(67)</sup>.

Si tratta di una conclusione del tutto condivisibile. Se non tutto il diritto del lavoro può essere ricondotto all'"ordinamento civile",

(67) C. Cost. 14 dicembre 2006 n. 411, in *MGL*, 2007, 218 ss., con nota di A. VALTBONA, *Legge regionale e ordinamento del lavoro*, 228-229. La decisione si pone nel solco di altre pronunce in cui il limite dell'ordinamento civile viene individuato ogni qualvolta la legislazione regionale disciplini gli obblighi posti in capo al datore di lavoro; si v. ad esempio, C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, in *RGI*, II, 19 ss., con nota di V. ANGIOLINI, *Ordinamento civile e competenza regionale*. In materia di formazione dei lavoratori, la giurisprudenza è particolarmente significativa perché la formazione professionale è di competenza esclusiva delle Regioni; la Corte, in alcuni casi riguardanti la formazione nel contratto di apprendistato, ha escluso che la disciplina della formazione *interna* al contratto, in quanto incidente sull'equilibrio delle prestazioni contrattuali, possa essere considerata materia di competenza regionale proprio perché rientrate nell'"ordinamento civile"; si v. C. Cost. 13 gennaio 2005 n. 50, in *ADI*, 2005, 391 ss., con commento di A. PESSI, *Formazione e politiche attive dell'impegno nella giurisprudenza costituzionale*, 277 ss., e in *DRI*, 2005, 821 ss., con nota di S. SCAGLIARINI, *La formazione professionale tra Stato e Regioni: alcuni importanti chiarimenti*; C. Cost. 6 febbraio 2007 n. 24, in *MGL*, 2007, 218 ss.

non vi è dubbio sul fatto che l'intero diritto sindacale "sia stato ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza post-bellica in chiave di autonomia privata-collettiva, utilizzando categorie civilistiche"<sup>(68)</sup>. Fare dunque abbatanza chiaro che la Regione Lombardia, nel normare la questione della successione dei contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro delle *ex Ipb*, abbia invaso un campo riservato alla competenza statale. Il problema è che tale conflitto istituzionale ha determinato, nell'artesa della pronuncia della Consulta sul punto, una situazione di profonda incertezza normativa, che ha dato luogo a un vero e proprio blocco decisionale. È facilmente intuibile come i datori di lavoro, nell'impossibilità di conoscere in anticipo il trattamento da applicare ai propri dipendenti, non essendo in grado di valutare a priori i costi del personale, preferiscano ridurre al massimo le decisioni rispetto alle assunzioni, anche per mettersi al riparo da possibili azioni giudiziarie. Ma ciò, d'altro canto, non consente loro di far fronte come vorrebbero all'elevato *turn over* del settore. Dall'altra parte, le organizzazioni sindacali si sono trovate strette nel dilemma di favorire nuove assunzioni o la regolamentazione di rapporti che spesso nascondono ipotesi di appalto illecito di manodopera, ma a prezzo di creare una concorrenza al ribasso tra lavoratori, a causa delle peggiori condizioni di lavoro che le neo-Fondazioni intendono praticare ai nuovi assunti. È probabile che sia stata la consapevolezza dei danni che questo blocco decisionale arrecava tanto ai datori di lavoro quanto ai lavoratori, oltre che al sistema di rapporti sindacali, a spingere verso una soluzione concordata della vicenda. Nel settembre del 2005, per chiudere la questione, è stato siglato un Protocollo d'intesa tra organizzazioni sindacali e Confeserzi che, oltre ad aver avviato il processo di definizione di una nuova disciplina collettiva per i dipendenti delle *ex Ipb*, che dovrebbe giocare anche la funzione propria dei contratti d'ingresso, ha previsto l'applicazione dei contratti collettivi in essere al momento della trasformazione ai vecchi e nuovi assunti, fino alla stipula del nuovo contratto<sup>(69)</sup>.

In questo caso, è stato l'agire in condizioni di incertezza e di conflitto *strisciante che ha prodotto una spinta all'omogeneizzazione delle condizioni di lavoro*. Nelle pagine che seguono ci si soffermerà invece su una

(68) F. CARINCI, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADI*, 2003, 17 ss. (69) Il protocollo è reperibile all'indirizzo internet [www.wifflentihamagnati.it/](http://www.wifflentihamagnati.it/).

diversa tendenza, che sembra spingere verso la diversificazione e agevolare il ricorso alle esternalizzazioni. L'analisi sarà condotta all'interno di una disamina più generale dei costi e dei benefici che presenta l'accesso alle risorse di flessibilità offerte dal diritto del lavoro attuale.

## 7. Costi e benefici del diritto del lavoro della flessibilità.

### 7.1. Una premessa: l'importanza di chiamarsi pubblico.

L'analisi giuridica delle tipologie contrattuali utilizzabili nel settore dei servizi socio-assistenziali e dei costi ovvero dei benefici connessi al ricorso a forme di flessibilità organizzata non può prescindere da una fondamentale premessa.

Come si è visto, le trasformazioni attraverso cui è passato il settore dei servizi sociali ha favorito il progressivo ampliamento dei soggetti erogatori delle prestazioni, disegnando così un mercato composito in cui interagiscono enti pubblici e soggetti privati. In relazione alla natura, pubblica o privata, del gestore del servizio, muta la disciplina giuridica dei rapporti di lavoro attivabili, e aumenta la possibilità di far ricorso a strumenti di flessibilità del lavoro, anche in termini di flessibilità regolativa. Pertanto, come si è già avuto modo di osservare discutendo degli effetti che la privatizzazione delle Ispab ha comportato in termini di trattamento contrattuale collettivo applicabile, la tendenza in atto all'esternalizzazione verso il settore privato dei servizi di assistenza e di cura della persona incide profondamente sulla disciplina dei rapporti di lavoro. Occorre, infatti, rilevare come neppure la riconduzione del rapporto di lavoro pubblico alla disciplina privatistica, attuata nel nostro ordinamento a partire dal decreto legislativo n. 29 del 1993, abbia completamente omogeneizzato il trattamento economico e normativo dei lavoratori dei due settori. Nel settore pubblico permangono spiccati elementi di specialità della disciplina del rapporto, e forti differenze tra le discipline legate, da un lato, all'applicabilità di interi pezzi di disciplina lavoristica (è il caso della disciplina del lavoro a progetto) o, quanto meno all'applicabilità di sanzioni tipicamente proprie del settore privato per le ipotesi di illegittimo ricorso a contratti di lavoro flessibili, il che si traduce in un

inagibile vantaggio per i datori di lavoro pubblici; dall'altro, a far da contrappeso, al carattere generalmente più favorevole delle condizioni previste dai contratti pubblici rispetto a quelle vigenti nel settore privato, il che comporta maggiori vantaggi per i lavoratori del settore. Uno dei fattori che più incidono sulla preferenza per l'impiego pubblico manifestata dai lavoratori del settore dei servizi rispetto all'impiego presso soggetti privati dipende, in buona sostanza, da questa ultima circostanza.

Gli ultimi anni hanno fatto registrare un ricorso crescente da parte dei gestori pubblici alla flessibilità interna e a quella esterna, per far fronte ad esigenze organizzative non solo contingenti, ma anche stabili. Per quanto riguarda la prima forma di flessibilità, nel settore dei servizi socio-assistenziali si assiste ad un'ampia diffusione del ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato in relazione soprattutto a necessità di tipo contingente o occasionale, mentre per esigenze di carattere permanente la tipologia più di frequente utilizzata sembra essere il contratto di collaborazione coordinata e continuativa, specialmente con riguardo alle figure professionali più richieste, quali gli infermieri. Va precisato che spesso sono stati gli stessi lavoratori del settore, specie di quelli con qualificazioni particolarmente ricercate, a richiedere di far ricorso a tali tipologie contrattuali, in relazione a loro convenienze individuali. Un profilo diverso è quello che riguarda il ricorso a forme di esternalizzazione dei servizi, realizzate soprattutto attraverso lo strumento dell'appalto a cooperative sociali. Il decentramento della produzione di servizi e di beni è un aspetto che accomuna in verità sia il settore pubblico che quello privato; sussistono tuttavia significative differenze sul piano della disciplina giuridica. Ciò fa sì che l'acquisto della personalità giuridica di diritto privato comporti rilevanti conseguenze anche sotto il profilo dei vincoli all'esternalizzazione. La revisione della disciplina degli appalti di servizi, che ha inciso in senso negativo sulla loro convenienza per i soggetti privati, ha in qualche misura indotto gli operatori a guardare anche alle altre forme di flessibilità organizzata previste dalla legislazione del lavoro: il lavoro a tempo determinato, la somministrazione, il lavoro a progetto. Quella che segue è una breve rassegna di tali forme e dei problemi che il loro uso comporta, con particolare riguardo al settore oggetto del presente lavoro.

## 7.2. Le forme della flessibilità: il lavoro a tempo determinato, la somministrazione, il lavoro a progetto e le collaborazioni coordinate e continuative, gli appalti, il lavoro intermittente e ripartito.

La disciplina del *lavoro a tempo determinato* è stata interamente riscritta dal decreto legislativo n. 368 del 2001, con l'intento dichiarato di renderla maggiormente funzionale alle esigenze organizzative dei datori di lavoro e, al tempo stesso, di prevenire gli abusi commessi all'utilizzo improprio del contratto in parola. Per quanto attiene al primo profilo, la previsione della possibilità di ricorso al contratto a tempo determinato in presenza di "ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive" consente effettivamente di utilizzare il contratto in parola in una gamma molto ampia di ipotesi, tanto da renderne difficile la distinzione con il contratto di lavoro a tempo indeterminato<sup>(70)</sup>. La dottrina più attenta ha ritenuto, in proposito, che detta distinzione debba fondarsi sul requisito della *temporaneità* dell'esigenza fatta valere dal datore di lavoro per procedere ad un'assunzione a tempo determinato<sup>(71)</sup>. Ciò significa, in altre parole, che la stipulazione del contratto potrà ritenersi legittima solo qualora il datore di lavoro possa far valere un'esigenza *definita e delimitata nel tempo*, anche se rientrante nell'ordinaria attività dell'impresa. Nel settore socio-assistenziale, benché alcune delle attività svolte dagli operatori del settore possano rientrare nella definizione citata, il ricorso al contratto a termine si è avuto principalmente per la sostituzione di lavoratori assenti ed in un numero tutto sommato limitato di ipotesi. Le ragioni di un così scarso utilizzo sono collegate in primo luogo al maggior costo che il contratto a termine comporta rispetto al ricorso a collaborazioni occasionali o a progetto; occorre ricordare, a tal proposito, che la disciplina legislativa prevede l'obbligo di osservare il principio di parità di trattamento retroattivo e normativo nei confronti del lavoratore assunto a termine rispetto al

(70) Sulla disciplina del contratto a termine dopo il d.lgs. n. 368/2001 si v., tra i molti, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2004; M. BIAGI (a cura di), *Il "nuovo" lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002.

(71) V. SPEZIALE, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in D.L.R.I. 2002, 225 ss.

lavoratore a tempo indeterminato che svolge le medesime mansioni<sup>(72)</sup>. Si tratta di un elemento spesso decisivo nella scelta degli operatori del settore, che tendono a contenere i costi ricorrendo alle modalità di gestione più convenienti. Nel caso delle R.S.A. gestite da *ex Ipa* trasformate in Fondazioni o di diritto privato o in ASP, l'applicazione di detto principio porta ad attribuire al lavoratore assunto a termine il trattamento previsto dal contratto collettivo per gli Enti Locali, notoriamente più "costoso" rispetto a quelli applicati dalle cooperative sociali<sup>(73)</sup>. E per questa ragione che è alle cooperative che le *ex Ipa* fanno per lo più ricorso per aver la sostituzione del personale interno assente per qualsivoglia motivo. Al costo economico, inoltre, vanno aggiunte le difficoltà derivanti dalla ricerca e selezione del personale e dall'assolvimento delle pratiche amministrative relative all'assunzione del lavoratore, che fanno preferire anch'esse strumenti diversi dal contratto a termine.

Un diverso profilo della disciplina del contratto a termine, che incide in misura rilevante sulla sua utilizzabilità come strumento di flessibilità organizzativa nel settore considerato, deriva dalle regole che disciplinano la proroga, la successione di contratti a termine e la prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza inizialmente fissata o successivamente prorogata. La disciplina prevista dal decreto legislativo n. 368 del 2001 per queste ipotesi comporta, in linea generale, la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze del datore di lavoro che abbia utilizzato abusivamente il contratto medesimo. La medesima sanzione è ora applicabile anche nelle ipotesi in cui il ricorso al contratto a tempo determinato abbia superato il limite temporale massimo stabilito dalla legge<sup>(74)</sup>. La conversione del

(72) La parità di trattamento è estesa a tutti gli emolumenti di natura retributiva e alla contribuzione previdenziale.

(73) Tutto ciò, naturalmente, finché, ai sensi dell'art. 18, comma 13 della l. r. Lombarda n. 1/2003, non verrà individuato un distinto comparto di contrattazione collettiva, secondo un processo che sembra essere stato avviato, a partire dal citato Protocollo del 22 settembre 2005.

(74) Il riferimento è alla disciplina introdotta dall'art. 1, comma 40, della l. n. 247/2007, che ha inserito nel corpo dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 il comma 4-*bis*, a mente del quale la successione, pur legittima, di contratti a termine tra gli stessi soggetti per un periodo superiore a 36 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, comporta la conversione in contratto a tempo indeterminato. È ammessa, tuttavia, la stipulazione di un nuovo contratto, la cui durata massima deve essere stabilita dai contratti collettivi, purché con l'assistenza di un rappresentante sindacale e presso la Dpl. Sul punto si v. M.

rappporto, tuttavia, si verifica solo nei confronti del datore di lavoro *privato* e non nei confronti del datore di lavoro *pubblico*, al quale tuttavia il decreto legislativo n. 368 del 2001 si applica ai sensi dell'articolo 36, comma 1, decreto legislativo n. 165 del 2001<sup>(75)</sup>. In altre parole, il datore di lavoro pubblico non potrà mai vedersi convertire dal giudice il rapporto di lavoro inizialmente concluso a termine in contratto a tempo indeterminato, essendo soggetto semplicemente, nel caso di violazione delle disposizioni sopra citate, al risarcimento del danno<sup>(76)</sup>. Detta conseguenza sanzionatoria, come si vedrà, è esclusa anche in tutte le altre ipotesi di ricorso a tipologie contrattuali flessibili da parte di soggetti pubblici, in forza della generale previsione dell'articolo 36, comma 2, decreto legislativo n. 165 del 2001 (Testo Unico sul lavoro alle dipendenze della P.A.), ed è giustificata dalla norma dell'articolo 97 della Costituzione, che subordina l'accesso all'impiego nella P.A. allo svolgimento di un concorso, salvo ipotesi eccezionali. L'esclusione della conversione dei rapporti a termine sembrerebbe favorire le ASP, che mantengono ferma la natura di soggetti pubblici, così come le ASL ed i Comuni, nell'ipotesi di gestione diretta dei servizi socio-assistenziali. È bene segnalare, tuttavia, che un ostacolo all'utilizzazione del lavoro a termine nel settore pubblico può

TAVARELLI, *Le novità in materia di contratto a tempo determinato*, in *Clau*, 2008, n. 2, 110 ss.; A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nel Protocollo del luglio 2007*, in *MGL*, 2007, n. 10, 698 ss.

(75) L'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) così dispone: "Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa". La norma prosegue affidando alla contrattazione collettiva, tra l'altro, la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato. Sulla previsione si v. E. MARESCA, *op. cit.*, 344 ss.; sulla disciplina del contratto a termine nell'impiego pubblico prima del d.lgs. n. 368/2001 si veda M.L. DE MARGHERITI, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *GD LRI*, 2000, n. 23, 115 ss.

(76) L'esclusione della conversione del rapporto nel caso di violazione della disciplina del contratto a termine da parte di una pubblica amministrazione è stata considerata non contrastante con la direttiva n. 99/70/CE dalla Corte di Giustizia, a condizione che la normativa nazionale contenga "un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico". Si v. C. Giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrow*, e C. Giust. 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*, entrambe in *RGI*, 2007, II, 602 ss., con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze dalla P.a. al vaglio della Corte di Giustizia*.

derivare dalla necessità, affermata da una parte della dottrina, di svolgere la procedura concorsuale anche per le assunzioni a tempo determinato, stante la dizione dell'articolo 36, comma 1, appena citato<sup>(77)</sup>. Un simile vincolo può infatti scoraggiare l'assunzione a tempo determinato effettuata per far fronte ad esigenze imprevisite e di breve durata, come la sostituzione di un lavoratore assente per malattia. Infine, come si è accennato, la riscrittura dell'articolo 36, decreto legislativo n. 165 del 2001, da parte dell'articolo 3, comma 79, della legge n. 244 del 2007, limita ora l'utilizzo delle forme contrattuali flessibili all'interno della P.A. La nuova previsione sembra infatti capovolgere l'ottica precedente: alla solenne affermazione secondo la quale "le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato" fa seguito il divieto di ricorrere alle "forme contrattuali di lavoro flessibile (...)" se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi<sup>(78)</sup>.

Nel settore privato, al contrario, il contratto a tempo determinato potrebbe rivelarsi uno strumento idoneo a rispondere ad esigenze di lunga durata, ma caratterizzate comunque dal requisito della temporaneità. La disciplina introdotta dal decreto legislativo n. 368 del 2001, secondo la dottrina maggioritaria, consente la stipulazione del contratto a termine per periodi molto lunghi, superiori anche alla durata di tre anni prevista come limite massimo del contratto prorogato dall'articolo 4 del medesimo decreto legislativo. Da questo punto di vista, l'assunzione a termine può assumere la veste di strumento di gestione *ordinaria* dell'attività.

Un altro strumento di gestione flessibile del personale è rappresentato dalla *somministrazione di lavoro*, che vede coinvolti tre soggetti: l'Agenzia per il lavoro, che è il datore di lavoro formale, il soggetto utilizzatore e il lavoratore. Quest'ultimo è assunto e retribuito dall'Agenzia, ma viene inviato a svolgere la propria attività lavorativa presso l'utilizzatore (c.d. "missione"), in forza di un contratto di natura commerciale intercorrente tra Agenzia e utilizzatore. Anche il ricorso a detta tipologia contrattuale da parte dei gestori di servizi socio-assistenziali, come dimostrano le indagini condotte nel settore, è molto limitato; del resto, almeno nel

(77) In tal senso E. VINCENTI, *op. cit.*, 356; M.L. DE MARGHERITI, *op. cit.*, 121 ss.; *contra* L. FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *op. cit.*, 1082.

territorio lombardo, nonostante una tendenziale crescita del numero di lavoratori avviati con il contratto in parola registratisi negli ultimi anni, la somministrazione di lavoro, così come in precedenza il lavoro interinale, copre una quota di mercato molto limitata<sup>(76)</sup>. La disciplina giuridica della somministrazione di lavoro è stata introdotta dal decreto legislativo n. 276 del 2003, attuativo della legge n. 30 del 2003, che ha al tempo stesso abrogato la disciplina del lavoro temporaneo o interinale di cui agli articoli 1-11 della legge n. 196 del 1997 (c.d. Pacchetto "Treu")<sup>(77)</sup>. In seguito alle recenti modifiche introdotte dalla legge 24 dicembre 2007, n. 247<sup>(78)</sup>, la somministrazione di lavoro può avvenire esclusivamente a tempo determinato, a fronte di ragioni "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", secondo quanto prevede l'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003. È importante specificare fin d'ora che il ricorso al contratto di somministrazione

(76) Si v. il rapporto a cura della PROVINCIA DI MILANO, *Flessibile, molto flessibile. Rapporto 2003 sul mercato del lavoro e le politiche del lavoro in provincia di Milano*, F. Angeli, Milano, 2004, 130 ss.  
 (77) Sulla disciplina del lavoro temporaneo di cui alla l. n. 196/1997 si veda M. NAPOLI (a cura di), *Il "pacchetto Treu": Commentario alla L. 24 giugno 1996, n. 197*, in *NLCC*, 1998, 1171 ss.; L. GALVANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Giuffrè, Milano, 1997; M. TRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro interinale tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999.

(78) In precedenza, come noto, la somministrazione a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, era consentita in un numero abbastanza ampio di attività, che sembravano accomunate dal fatto di non appartenere al c.d. *core business* dell'impresa. Si trattava, per fare qualche esempio, di servizi di pulizia, di custodia, di portineria, di consulenza e assistenza nel settore informatico, nonché di servizi di trasporto. Si è sostenuto, in proposito, che non fosse possibile individuare un tratto unificante, né tantomeno una causale giustificativa, per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato; il legislatore, in questo caso si sarebbe limitato a delimitare il novero delle attività che potevano legittimamente formare oggetto del contratto, rinviando alla contrattazione collettiva l'eventuale ampliamento di esse (in tal senso cfr. P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-29*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Zanichelli, Bologna, 2004, 277). L'elencazione prevista dalla legge, tuttavia, era riferita ad attività a carattere industriale e, per questa ragione, mai si adattava al settore dei servizi socio-assistenziali. Maggiori potenzialità di utilizzo avrebbero potuto derivare, semmai, dalla previsione che affidava alla contrattazione collettiva l'individuazione di ulteriori ipotesi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, la questione avrebbe potuto dunque essere affrontata in sede di stipulazione del contratto collettivo per il settore.

per i datori di lavoro pubblici è soggetto alle medesime limitazioni ora viste per il contratto a tempo determinato<sup>(81)</sup>. Le causali che legittimano il ricorso alla somministrazione a tempo determinato sono, come si è accennato, le medesime previste per il lavoro a tempo determinato, tant'è vero che anche per essa si sono posti gli stessi problemi in ordine alla necessaria sussistenza del requisito della temporaneità ai fini della legittima stipulazione del contratto<sup>(82)</sup>.

Il maggior ostacolo segnalato dai soggetti erogatori di servizi socio-assistenziali rispetto al ricorso alla somministrazione di lavoro risiede nei costi elevati ad essa connessi; l'utilizzazione di un lavoratore somministrato costa mediamente il 25-30% in più rispetto al ricorso al contratto a termine. I vantaggi risiedono invece nella possibilità di ottenere in tempi brevi la prestazione lavorativa adatta a soddisfare le necessità dell'utilizzatore, senza dover sostenere gli oneri della ricerca e della selezione del dipendente, nonché della gestione amministrativa del rapporto di lavoro, che resta in capo all'Agenzia.

La somministrazione, a differenza dell'appalto, può avere ad oggetto anche lo svolgimento di mere prestazioni di lavoro rientranti nell'ordinaria attività dell'utilizzatore, e dunque il ricorso al contratto di somministrazione, in queste ipotesi, risulta molto meno "rischioso" dal punto di vista delle sanzioni applicabili.

(81) Nel vigore della precedente disciplina, in ogni caso, il ricorso al contratto di somministrazione da parte della pubblica amministrazione poteva avvenire solo a tempo determinato. Anche in questa ipotesi, la limitazione era giustificata dalla necessità di impedire che l'accesso stabile all'impiego presso la P.A. avvenisse attraverso strumenti diversi dal concorso pubblico. Sulla disciplina del lavoro interinale nelle P.A. prima del d.lgs. 276/2003 si veda L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2003, 55 ss. Sull'applicazione del d.lgs. n. 276/2003 nelle Pubbliche Amministrazioni si vedano F. BORGOGELI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *LD*, 2004, 69 ss.; C. ZOLI, *Commento all'art. 1*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cit., 18 ss.  
 (82) L. GUAGNANONE, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, 315 ss.

(relativamente) più conveniente il ricorso alla somministrazione. Sul punto, comunque, si tornerà più avanti (cfr. *infra*, paragrafo 8).

Lo strumento più utilizzato nel settore dei servizi socio-assistenziali per far fronte alle esigenze di manodopera aggiuntiva, anche in riferimento a servizi stabilmente erogati, continua a essere senz'altro l'*appalto di servizi*, nella maggior parte dei casi attraverso il ricorso alle prestazioni fornite da cooperative sociali.

La nuova disciplina degli appalti di servizi, ridisegnata dal decreto legislativo n. 276 del 2003, si è inserita in un quadro normativo in evoluzione, che vedeva, da un lato, la privatizzazione delle Ipa e, dall'altro, le riforme della disciplina della prestazione di lavoro nelle cooperative. Le trasformazioni ricordate hanno inciso notevolmente sull'approccio che le ex Ipa tradizionalmente avevano nei confronti degli appalti. Questi ultimi venivano considerati strumenti di gestione ordinaria del personale, che non creavano grossi problemi neppure dal punto di vista sanzionatorio, perché la natura pubblicistica delle Ipa escludeva la possibilità di applicare la disciplina della trasformazione del rapporto di lavoro nel caso di appalto svolto illegittimamente. Oggi per questi soggetti il problema della legittimità dell'appalto assume contorni diversi, proprio perché, come si avrà modo di chiarire, il ricorso all'appalto senza l'osservanza delle previsioni del decreto legislativo n. 276 del 2003 può portare all'imputazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle cooperative sociali direttamente in capo al soggetto che ne ha utilizzato le prestazioni, cioè la Fondazione, con le conseguenze che ne derivano in termini, per esempio, di accollo di differenti trattamenti tributivi e contributivi<sup>(83)</sup>.

L'individuazione dei requisiti di legittimità dell'appalto nel settore dei servizi socio-assistenziali è una questione estremamente delicata, tant'è che rispetto ad essa si è già sviluppato un notevole contenzioso, che ha richiesto anche l'intervento chiarificatore del Ministero del lavoro, come si avrà modo di dire. La prima osservazione da svolgere riguarda il concetto di "servizio" quale oggetto dell'appalto. L'individuazione del segmento di attività che può essere legittimamente oggetto di un contratto di appalto è infatti essenziale ai fini dell'applicazione della disciplina di cui al

(83) Che non si tratti di un'ipotesi peregrina è dimostrato dal numero di accertamenti che gli organi ispettivi degli enti previdenziali hanno svolto nel settore dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

decreto legislativo n. 276 del 2003. Con riguardo a questo profilo, la domanda alla quale occorre rispondere è la seguente: è necessario che il servizio sia inteso come attività che si colloca *al di fuori* del normale ciclo produttivo del committente?

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, il concetto di interposizione illecita, anche nel vigore della legge n. 1369 del 1960, non faceva affatto riferimento alla natura ordinaria o meno dell'attività oggetto della commessa, quanto alle modalità di svolgimento della stessa e alla natura genuinamente imprenditoriale del soggetto che organizza le prestazioni dei lavoratori. La Cassazione ha infatti sottolineato come l'appalto debba riguardare "uno dei servizi principali o ausiliari predisposti ai fini della realizzazione del ciclo produttivo" dell'impresa concedente l'appalto<sup>(84)</sup>. Il punto fondamentale sul quale si incentra, in altre parole, l'attenzione della giurisprudenza è l'individuazione di quel "risultato produttivo autonomo" che dovrebbe servire a distinguere l'appalto lecito da quello illecito. Con riguardo all'attività di erogazione di servizi, tuttavia, non è affatto chiaro che cosa si intenda per "servizio in sé compiuto ed autonomo"<sup>(85)</sup>, specialmente in quegli appalti in cui sia assolutamente prevalente la mera attività manuale o personale dei lavoratori rispetto all'organizzazione dei mezzi produttivi da parte dell'appaltatore. In riferimento all'attività svolte nelle R.S.A., dove il ricorso a questa forma di esternalizzazione dell'attività è più diffuso, un esempio di "servizio compiuto ed autonomo" può considerarsi quello dell'appalto avente ad oggetto lo svolgimento del servizio A.S.A., che riguarda le funzioni di pulizia, igiene e la somministrazione dei pasti. In questa ipotesi, infatti, il servizio si inserisce nelle attività ordinarie della residenza socio-sanitaria, non esaurendole integralmente (poiché gli operatori A.S.A. non svolgono funzioni sanitarie) ed essendo in sé ben definito. Un'altra ipotesi può essere quella, di frequente ricorrente nel settore, di gestione del servizio di assistenza notturna agli ospiti delle R.S.A.; anche in questo caso si tratta di un servizio ben definito, che risponde ad esigenze diverse rispetto all'assistenza diurna e che, dunque, può considerarsi "in sé compiuto ed autonomo". Nelle citate ipotesi, l'indagine circa la licità dell'appalto

(84) Cass., sez. un., 20 gennaio 1996 n. 446, in *FI*, 1996, I, 1720 ss.

(85) Così si esprime Cass. 29 agosto 2003 n. 12664, in *RIDL*, 2004, II, 49 ss.

si sposterà, inevitabilmente, sulle modalità di svolgimento del servizio stesso.

L'articolo 29 del decreto legislativo n. 276 del 2003, riprendendo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formata nel vigore della precedente disciplina, stabilisce che l'appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro "per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa". Gli elementi rilevanti ai fini della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalti devono essere tratti anche dall'articolo 84, secondo comma, del medesimo decreto legislativo, che riguarda i "codici di buone pratiche" da emanarsi da parte del Ministero del lavoro in materia di interposizione illecita e appalto genuino<sup>(86)</sup>, che prevede che i codici citati devono tener conto "della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa da parte dell'appaltatore"<sup>(87)</sup>.

Sull'interpretazione delle due norme si registrano diverse posizioni dottrinali, in particolare con riferimento agli appalti di servizi e, più specificamente, in relazione a quelli ad alta intensità di lavoro, che sono quelli prevalenti nel settore dei servizi socio-assistenziali. Secondo l'interpretazione più rigorosa, non può considerarsi sufficiente, ai fini della legittimità dell'appalto in questi settori, l'esercizio da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei propri dipendenti; in altre parole, l'attività organizzata non può esaurirsi nell'assunzione, gestione

<sup>(86)</sup> I suddetti codici avrebbero dovuto essere emanati entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, ma non risultano ancora pubblicati. Sul punto è intervenuta la circ. min. n. 48/2004 che, nel fornire alcuni chiarimenti sulle modalità di costituzione e funzionamento delle commissioni di certificazione, ha individuato alcune linee-guida che devono essere tenute presenti dalle commissioni medesime nella certificazione delle diverse tipologie di contratti di lavoro. Tali linee-guida, in ogni caso, fanno riferimento ai criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel vigore della precedente disciplina esaminati nel testo.

<sup>(87)</sup> Sulle questioni sollevate dalla previsione si v. R. ROMELI, *La distinzione tra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in M. TRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, 303 ss.

amministrativa e direzione degli stessi lavoratori"<sup>(88)</sup>, essendo invece necessaria la ricerca degli indici rivelatori dell'esercizio più complessivo di un'attività organizzata d'impresa. Secondo detta posizione dottrinale, gli elementi in parola possono essere intravisti, ad esempio, nella predisposizione dell'organizzazione prevenzionistica in materia di sicurezza sul lavoro da parte dell'appaltatore<sup>(89)</sup>, oppure nello svolgimento dell'attività di selezione e formazione del personale. Nel caso delle cooperative, l'indagine dovrebbe in particolare riguardare lo svolgimento effettivo della vita associativa, che risulta essere caratteristica distintiva del "reale e genuino cooperativismo"<sup>(90)</sup>.

Altra parte della dottrina ritiene invece che il legislatore, nel richiamare l'organizzazione dei mezzi "necessari" al compimento dell'opera o del servizio non abbia fatto altro che recepire la nozione di appalto contenuta nell'articolo 1655 c.c., dando per scontato che i mezzi non debbano necessariamente essere macchine o attrezzature<sup>(91)</sup>. In questa prospettiva, qualora l'imprenditorialità dell'appaltatore consista prevalentemente, se non esclusivamente, nell'attività di organizzazione di persone, sarà su tale elemento che dovrà essere commisurata la genuinità dell'appalto. A questo allude, secondo l'interpretazione riportata, la previsione legislativa quando stabilisce che l'organizzazione dei mezzi necessari può risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori<sup>(92)</sup>. Da questo punto di vista, si può ritenere che la differenza tra la somministrazione di mere prestazioni di lavoro e l'appalto di servizi *labour intensive* possa essere rintracciata proprio nella diversa ripartizione del potere direttivo e di controllo sui lavoratori, che sta in capo all'utilizzatore nella somministrazione e, al contrario, in capo all'appaltatore nella seconda ipotesi.

<sup>(88)</sup> F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 422.

<sup>(89)</sup> O. BONARDI, *op. cit.*, 17 ss.

<sup>(90)</sup> F. SCARPELLI, *op. cit.*, 422.

<sup>(91)</sup> R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsosa, Milano, 2004, 167 ss.

<sup>(92)</sup> R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 322; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 148.

1369 del 1960 devono ora essere riconsiderate alla luce dei criteri indicati dalla nuova normativa in materia, di modo che per dette tipologie di appalto non è affatto scontata la riconduzione alla nozione di appalto lecito, in quanto si tratta di attività in cui è assolutamente prevalente il dato della fornitura di mere prestazioni di lavoro. È però vero che l'allargamento della nozione di appalto lecito operato dall'articolo 29, decreto legislativo n. 276 del 2003 della licita quegli appalti caratterizzati dalla presenza di una genuina organizzazione imprenditoriale e dall'assunzione del rischio d'impresa, anche se in essi risulta molto limitato l'apporto di "capitali, macchinari, attrezzature". Alla luce delle considerazioni svolte, riesce più agevole comprendere la previsione secondo la quale l'organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'appalto "può anche risultare (...) dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto", risulta difficile, infatti, immaginare in cosa possa consistere l'organizzazione di mezzi *materiali* necessaria per l'esecuzione, per restare nel tema oggetto del presente saggio, di servizi socio-assistenziali.

Da questo punto di vista, l'appalto di servizi nel settore in questione può senza dubbio essere inquadrato negli appalti *labour intensive*, ovvero quelli in cui l'organizzazione di mezzi, capitali e attrezzature risulta essere nettamente inferiore rispetto all'organizzazione dell'attività dei dipendenti. La valutazione della legittimità dell'appalto, allora, deve necessariamente fare riferimento ai criteri richiamati, cioè *l'individuazione, quale oggetto dell'appalto, di un "servizio autonomo", l'assunzione del rischio d'impresa e l'esercizio del potere direttivo e di controllo nei confronti dei lavoratori* <sup>(93)</sup>.

<sup>(92)</sup> L'art. 5 prevedeva l'esclusione dell'applicazione del principio di parità di trattamento per alcune tipologie di appalti, probabilmente in virtù della loro considerazione come maggiormente "sicuri" dal punto di vista dell'elusione delle garanzie a tutela dei lavoratori. Si trattava di ipotesi quali appalti per installazione o montaggio di impianti e macchinari; lavori di manutenzione straordinaria; appalti per prestazioni sanitarie ed occasionali; di breve durata, non ricorrenti abitualmente nel ciclo produttivo e nell'organizzazione dell'impresa.

<sup>(93)</sup> In questo senso depone anche la risposta data dal Ministero del lavoro ad un interpello della Dpl di Modena sull'appalto di servizi infermieristici (cfr. Min lav, prot. n. 25/1/0015749 del 27 novembre 2007). Il Ministero ha sottolineato come l'appalto lecito sia caratterizzato, tra l'altro, dall'assunzione del rischio di impresa, che deve essere escluso quando, come spesso accade, il corrispettivo dell'appalto appare "meccanicamente commisurato al tempo impiegato dai lavoratori per eseguire il lavoro. Nello stesso

L'altro elemento rilevante ai fini della distinzione in esame è l'assunzione, da parte dell'appaltatore del rischio d'impresa. Con riguardo a questo aspetto, è importante segnalare che la giurisprudenza ha individuato in passato alcuni indici che potevano essere considerati rivelatori della mancanza di una vera e propria organizzazione d'impresa, primo tra tutti il fatto che il corrispettivo dovuto all'appaltatore fosse commisurato alle ore di lavoro prestate dai dipendenti di quest'ultimo <sup>(94)</sup>. In effetti, in quest'ultima ipotesi non si riscontrerebbe alcuna significativa differenza tra l'appalto e l'attività di fornitura professionale di manodopera, oggi svolta attraverso lo strumento della somministrazione, là dove il compenso dovuto all'Agenzia è calcolato sulla base della quantità di lavoro somministrato. Si tratta di un profilo che è importante segnalare, perché risulta spesso che nella prassi l'importo complessivo dell'appalto di servizi socio-assistenziali venga determinato sulla base della "quantità" di lavoro offerto dalla cooperativa sociale attraverso i propri soci e/o dipendenti.

In seguito dell'abrogazione della legge n. 1369 del 1960, cade anche la presunzione assoluta di ricorrenza di un appalto illecito nell'ipotesi di fornitura di "capitali, macchine e attrezzature" da parte dell'appaltante <sup>(95)</sup>, con la conseguenza che la valutazione circa il rilievo di detta fornitura ai fini della licita o meno dell'appalto dovrà essere svolta caso per caso, avendo riguardo alle concrete caratteristiche del servizio appaltato <sup>(96)</sup>. Per converso, le ipotesi considerate di per sé lecite dagli articoli 3 <sup>(97)</sup> e 5 <sup>(98)</sup> della legge n.

<sup>(92)</sup> Si vedano, ad esempio, Trib. Venezia 9 dicembre 2005, in *IPriv*, 2006, 595, e Trib. Padova 5 settembre 2000, in *IPriv*, 2001, 1354.

<sup>(94)</sup> Così disponeva infatti l'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960: "È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante".

<sup>(95)</sup> P. CHIRCO, *op. cit.*, 149.

<sup>(96)</sup> L'art. 3 prevedeva le ipotesi nelle quali doveva trovare applicazione il principio di parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, con assunzione di responsabilità solidale tra i due. Si trattava delle ipotesi di "lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore", nonché "le attività di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allaccamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività similari".

norma citata che alla giurisprudenza precedente<sup>(102)</sup>. Come si è già detto, all'ente pubblico che stipuli un contratto di appalto di opere o servizi che si riveli in seguito un appalto illecito, non è applicabile la sanzione della conversione del rapporto. Al rapporto di fatto intervenuto, allora, dovrà applicarsi la previsione dell'articolo 2126 c.c. (prestazione di fatto con violazione di legge), con la conseguenza che l'ente sarà tenuto al pagamento della retribuzione e a tutti gli obblighi del datore di lavoro per il periodo durante il quale il rapporto ha avuto esecuzione.

Uno degli strumenti più noti (e più discussi) introdotti dalla riforma del lavoro di cui al decreto legislativo n. 276 del 2003 è senza dubbio *il lavoro a progetto*, al quale il legislatore ha affidato il difficile compito di risolvere i problemi di qualificazione che in passato hanno interessato i *contratti di collaborazione coordinata e continuativa* (le cosiddette co.co.co.) di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c. Com'è noto, la questione riguardava, in particolare, l'individuazione dei tratti distintivi di tali contratti rispetto al contratto di lavoro subordinato, posto che nella prassi si era verificato un massiccio utilizzo dei primi in alternativa al secondo. Le ragioni che sottostavano alla scelta di tale tipologia contrattuale risultavano nella stranezza dei casi collegati al risparmio dei costi, non solo economici, ad essa connessi; le co.co.co. risultavano infatti sicuramente più economiche dal punto di vista retributivo e contributivo<sup>(103)</sup> e, inoltre, trattandosi di rapporti di lavoro autonomo, erano escluse dall'applicazione di tutta la disciplina di tutela prevista per il rapporto di lavoro subordinato dal codice civile e dalle leggi speciali. Le co.co.co. in altre parole, cominciarono ad essere utilizzate in alternativa al rapporto di lavoro subordinato, spesso senza che sussistesse nessuna differenza quanto alle modalità di coordinamento e di controllo sulla prestazione resa dal

(102) Si v. T.A.R. Piemonte 27 giugno 2006, in *MGL*, 2006, 856 SS., con commento di E.M. BARBERI, *Appalto di servizi e somministrazione di lavoro*. Si v. anche A. CORVINO, *Uno stop agli appalti fittizi nelle strutture sanitarie*, in *DRL*, 2007, 476 ss.

(103) L'obbligo di versare i contributi previdenziali anche in relazione alle collaborazioni coordinate e continuative è stato introdotto solo con l'art. 2, comma 26 della l. n. 335/1995 (*Riforma del sistema pensionistico*), che ha previsto l'applicazione ai compensi composti ai collaboratori coordinati e continuativi dell'aliquota contributiva del 10%, di cui 1/3 a carico del lavoratore e 2/3 a carico del committente. Pur essendo previsto l'incremento progressivo della suddetta aliquota (fino al 19%), il divario con il lavoro subordinato è ancora elevato, posto che per quest'ultimo la contribuzione previdenziale corrisponde circa al 33-35% della retribuzione.

Per quanto attiene ai profili sanzionatori, occorre infine ricordare che il riconoscimento dell'illecità dell'appalto comporta la possibilità per il lavoratore di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, con effetto dall'inizio della prestazione.

Il discorso che si è finora svolto riguarda esclusivamente, come si è accennato in apertura, i datori di lavoro privati. Per i datori di lavoro pubblici (Comuni, ASL, ASP), la questione della legittimità dell'appalto si pone in termini parzialmente diversi, come si è avuto modo di accennare più sopra. Si tratta, dunque, di stabilire quale sia la disciplina attuale degli appalti di opere e servizi quando il committente sia un'amministrazione pubblica, il problema si pone perché risulta espressamente abrogata la l. n. 1369 del 1960, mentre il decreto legislativo n. 276 del 2003 non si applica alle amministrazioni pubbliche e al loro personale<sup>(9)</sup>. Occorre in via preliminare chiarire che la mancata estensione al settore pubblico della disciplina di cui all'articolo 29, decreto legislativo 276 del 2003, non implica affatto, quale conseguenza, l'impossibilità per le amministrazioni pubbliche di ricorrere allo strumento dell'appalto di opere e servizi<sup>(100)</sup>. Piuttosto, il significato sembra essere quello di escludere l'applicazione delle previsioni in materia di responsabilità solidale tra committente e appaltatore per i crediti dei dipendenti di quest'ultimo<sup>(101)</sup>. In secondo luogo, è opportuno segnalare che i requisiti di legittimità dell'appalto previsti espressamente dall'articolo 29, benché non direttamente applicabili alle pubbliche amministrazioni in virtù di quanto detto sopra, saranno presumibilmente utilizzati dalla giurisprudenza quali indici della sussistenza di un appalto genuino. Le prime sentenze che si sono occupate della questione, in effetti, hanno fatto riferimento sia alla

documento, il Ministero sottolinea inoltre come un'autonoma organizzazione funzionale e gestionale non possa "identificarsi con la mera predispizione dei nomi di lavoro e/o gestione amministrativa delle retribuzioni", sulla scia della giurisprudenza di legittimità più recente. Si v. Cass. 21 luglio 2006 n. 16788, in *RFL*, 2006, *Voce Lavoro (rapporto)*, [3890].

Sull'intervento del Ministero si veda P. GREMIGNI, *Appalto di servizi informatici: le prescrizioni del Ministero*, in *GLM*, 2007, n. 49, 22 ss.

(99) Sul punto si v. F. BORGOGGIOLI, *op. cit.*, 69 ss.

(100) C. ZOLI, *op. cit.*, 18 ss.

(101) Tale possibilità si verificava anche nel vigore della previgente disciplina, per le ipotesi che la giurisprudenza riteneva escluse dall'applicazione della l. n. 1369/1960: si v., ad esempio, Cass. 1° febbraio 2001 n. 1428, in *OGL*, 2001, I, 319.

lavoratore; una simile situazione ha condotto, in molti casi, ad abusi, con conseguente apertura di numerose controversie giudiziarie.

La soluzione individuata dal legislatore per far fronte alla descritta situazione, riconducendo ciascuna tipologia contrattuale al proprio ambito di utilizzazione, è l'introduzione del lavoro a progetto e della definizione delle collaborazioni occasionali, di cui agli articoli 61 ss. del decreto legislativo n. 276 del 2003. Prima di esaminare, sia pure sommarariamente, la disciplina dei citati contratti, occorre ricordare che il ricorso al lavoro a progetto o alle collaborazioni coordinate e continuative, nel settore considerato dalla ricerca, sta acquisendo un rilievo significativo sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, come risulta anche dalle indagini empiriche. I soggetti pubblici e privati che erogano servizi socio-assistenziali, infatti, ricorrono spesso alle collaborazioni coordinate od occasionali, in relazione alle prestazioni lavorative più qualificare, per via della carenza di personale infermieristico, generalmente più artato dalle strutture ospedaliere<sup>(104)</sup>. In queste ipotesi, fra l'altro, la scelta della tipologia contrattuale non è affatto dovuta, come invece avviene nella maggior parte dei casi in altri settori, alla posizione di particolare debolezza del prestatore di lavoro, al quale viene "imposta" la scelta per le ragioni illustrate in precedenza. Spesso, per le professionalità particolarmente elevate e maggiormente richieste, il ricorso alle co.co.co o alle prestazioni occasionali è uno strumento che consente di conciliare il lavoro dipendente presso una struttura ospedaliera con le prestazioni rese come lavoratori autonomi al di fuori della struttura.

Anche nel caso del lavoro a progetto, tuttavia, la disciplina legislativa sembra essere più favorevole, ancora una volta, per i datori di lavoro pubblici rispetto a quelli privati, per i quali l'opinione diffusa è che l'introduzione del lavoro a progetto abbia complicato, invece che semplificato, il quadro normativo. Per le amministrazioni pubbliche, invece, in forza della generale esclusione dall'applicazione dell'intero decreto legislativo n. 276 del 2003 disposta dall'articolo 1, comma 2 del medesimo decreto, continua ad applicarsi la disciplina previgente<sup>(105)</sup>.

(104) Si veda ancora a S. NERI, *Il mercato del lavoro nei servizi di cura per gli anziani non autosufficienti*, cit., spec. 125 ss., per il caso lombardo  
(105) F. BORGOGELLI, *op. cit.*, 69 ss.

L'articolo 61 del decreto legislativo n. 276 del 2003, stabilisce che, ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'articolo 409, n. 3, c.p.c., con le eccezioni individuate dal comma 3 della medesima norma<sup>(106)</sup>, devono essere riconducibili ad "uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa". Al lavoratore a progetto la legge riconosce per la prima volta alcuni diritti, come quello ad una retribuzione equa e alla sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia o gravidanza, in modo da rendere meno ampio il divario di tutela rispetto al lavoro subordinato.

La nuova tipologia contrattuale è incentrata dunque sul "progetto, programma di lavoro o fase di esso" che, nell'ottica del legislatore, dovrebbe servire a distinguere nettamente le prestazioni di lavoro autonomo da quelle di lavoro subordinato. La dottrina e la giurisprudenza<sup>(107)</sup> che si sono occupate della questione hanno indicato, quali caratteristiche del progetto, la sua specificità, cioè il

(106) Sono esclusi dalla disciplina del lavoro a progetto, oltre agli agenti e ai rappresentanti di commercio: (1) le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali (es. l'avvocato); (2) i rapporti di collaborazione coordinata e continuata resi e utilizzati a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, associazioni di discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I.; (3) le prestazioni dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dei partecipanti a collegi e commissioni, nonché di coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia. Com'è evidente, nessuna delle prestazioni lavorative di cui ci si occupa nel presente saggio rientra nelle ipotesi di esclusione.

(107) Sul lavoro a progetto, sono state pubblicate diverse sentenze di merito. Si v. Trib. Torino 5 aprile 2005, in *GLN*, 2005, n. 22, 10 ss.; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *MGL*, 2006, 149, con nota di G. PELLACANI; Trib. Pistoia 17 marzo 2006, in *D&L*, 2006, 1075, con nota di A.D. CONTE, *Il progetto: un'attività "distinguita" dall'ordinario ciclo produttivo*; Trib. Milano 2 agosto 2006, in *RGL*, 2007, II, 271, con nota di M. VITALETTI, *Definizione e contenuto del "rapporto a progetto": tre anni di esperienza giurisprudenziale*; Trib. Pavia 13 febbraio 2007, in *D&L*, 2007, 433.

suo riferirsi ad un segmento dell'attività di impresa definito e compiuto, e la durata determinata nel tempo<sup>(108)</sup>.

L'individuazione del "progetto", per le tipologie di lavoro presenti nel settore oggetto della ricerca, risulta in alcuni casi un'operazione complessa, se si considera che le attività svolte sono spesso di carattere continuativo ed è perciò difficile individuare un segmento di attività compiuto e temporaneamente definito da affidare al lavoratore a progetto. Si pensi alle prestazioni fornite dal personale infermieristico, ad esempio. La questione non è di poco conto, perché la legge prevede che i rapporti di co.co.co. "instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso" sono considerati "rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto" (articolo 69, comma 1).

Le difficoltà segnalate si sono tradotte, ancora una volta, nella ricerca di soluzioni alternative, quali, ad esempio, il ricorso alle prestazioni occasionali, definite dall'articolo 61, comma 2, come i rapporti di durata non superiore a trenta giorni nell'anno solare con lo stesso committente e che prevedano un compenso non superiore a 5.000 euro. Quando ricorrono le condizioni indicate, le parti non sono tenute ad individuare uno specifico progetto ai fini della legittima stipulazione del contratto. Nell'ipotesi in cui si superino questi limiti, la fattispecie viene ricondotta al lavoro a progetto, con la conseguenza della possibile conversione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato<sup>(109)</sup>.

Il lavoro occasionale è stato assoggettato dall'articolo 44 della legge n. 326 del 2003 alla medesima contribuzione previdenziale prevista per i lavoratori a progetto, ma solo qualora il reddito annuo complessivo derivante da tale tipologia di attività sia superiore a 5.000 euro. L'intenzione del legislatore sembra essere quella di scongiurare il ricorso alla tipologia contrattuale in esame solo per finalità di abbattimento dei costi. Nel settore oggetto della presente ricerca, in ogni caso, non si registra un significativo ricorso al

<sup>(108)</sup> La necessità della determinazione della durata del contratto si ricava dall'art. 62, comma 1, lett. a), che prevede che il contratto di lavoro a progetto debba essere stipulato in forma scritta e contenere l'indicazione della durata "determinata o determinabile, della prestazione di lavoro". Su questi aspetti, in generale, si v. A. PERULLI *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in F. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 707 ss.

<sup>(109)</sup> Oppure, secondo alcuni Autori, in contratto di lavoro autonomo occasionale ai sensi dell'art. 2222 c.c. In tal senso, ad es., A. PERULLI, *ibidem*, 732.

contratto di lavoro occasionale, probabilmente per la natura stessa delle attività richieste, che mal si conciliano con i limiti temporali e di reddito stabiliti dalla legge nei confronti di ogni singolo committente.

Come si è detto, l'applicazione della disciplina del lavoro a progetto e delle collaborazioni occasionali è limitata ai dati di lavoro privati, stante la generale esclusione dall'applicazione della riforma del lavoro prevista dall'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276 del 2003. Anche in questo caso, per le amministrazioni pubbliche continuerà ad applicarsi la disciplina previgente; di conseguenza esse potranno continuare a stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa senza l'indicazione di un progetto, programma e fase di lavoro. Se si tiene conto che le dimensioni del fenomeno nel settore pubblico sono considerevoli<sup>(110)</sup> e che spesso proprio in detto settore si riscontrano fenomeni elusivi, si avverte ancora una volta la sensazione che il passaggio al regime di gestione privatistico dei rapporti di lavoro abbia comportato l'accrescimento, piuttosto che l'alleggerimento dei vincoli normativi. La sensazione è tanto più forte se si considera il caso delle R.S.A. gestite da ex Ipad, per le quali il diverso regime normativo applicabile ai rapporti di lavoro dipende dalla scelta effettuata in sede di trasformazione.

Per concludere l'analisi delle tipologie contrattuali flessibili introdotte dalla riforma del mercato del lavoro di cui al decreto legislativo n. 276 del 2003 e che presentano alcuni profili di interesse per il settore considerato, dalla ricerca, occorre ricordare alcune tipologie che potrebbero rivelarsi utili per far fronte ad esigenze temporanee, ma ricorrenti, oppure ad esigenze di mantenimento di un determinato livello di prestazione: *il lavoro intermittente e il lavoro ripartito*.

La diffidenza manifestata dagli operatori del settore verso gli strumenti indicati sembra dovuta più ad un atteggiamento di attesa che alla vera e propria convinzione che si tratti di tipologie contrattuali poco utilizzabili nel settore considerato. Una spinta verso l'apertura a strumenti di flessibilità diversi da quelli tradizionali può probabilmente derivare dalla contrattazione collettiva, alla

<sup>(110)</sup> Di oltre 500.000 rapporti di collaborazione parla A. PERULLI, *op. cit.*, 738.

quale è affidato il compito di integrare e precisare le previsioni legali.

Per quanto riguarda il contratto di lavoro intermittente, l'apertura alla contrattazione collettiva, prevista originariamente dall'articolo 34, decreto legislativo n. 276 del 2003, che lo affidava al compito di individuare le esigenze giustificatrici del ricorso al contratto, è stata riconfermata dalla legge n. 247 del 2007, di attuazione del Protocollo sul *welfare* <sup>(117)</sup>, pur a fronte dell'abrogazione della relativa disciplina <sup>(118)</sup>. La contrattazione collettiva è infatti abilitata a prevedere una fattispecie per molti versi analoga a quella abrogata, ma nei soli settori del turismo e dello spettacolo. Nel settore oggetto di analisi, dunque, deve ritenersi esclusa la possibilità di ricorrere alla descritta tipologia contrattuale.

Il contratto di lavoro ripartito (o *job sharing*), disciplinato dagli articoli 41 e ss. del decreto legislativo n. 276 del 2003, è un contratto di lavoro con il quale due lavoratori si obbligano in solido a fornire una prestazione corrispondente ad un posto di lavoro a tempo pieno, con l'impegno a sostituirsi vicendevolmente in caso di impedimento. Il contratto in parola, di scarso utilizzo nella pratica, potrebbe rivelarsi uno strumento utile a responsabilizzare i lavoratori in ordine alla continuità di erogazione della prestazione, oltre che a contenere il fenomeno dell'assenteismo. Le difficoltà principali nell'utilizzo della tipologia in esame riguardano i rapporti tra i lavoratori impegnati nel contratto, dato che l'impegno a sostituirsi a vicenda richiede un'elevata sintonia tra i due. In effetti, le ipotesi più diffuse di ricorso a tale contratto hanno riguardato coniugi e servizi, come quelli di portineria, in cui lo svolgimento della prestazione non richiede un elevato grado di professionalità.

(111) Sulle misure previste dal Protocollo in materia di lavori atipici si v. L. MENGHINI, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, in *LG*, 2007, 961 ss.  
 (112) Il contratto di lavoro intermittente, previsto dagli artt. 33-40 del d.lgs. n. 276/2003, prevedeva l'impegno del lavoratore a tenersi a disposizione del datore di lavoro per l'effettuazione ogni volta che se ne presentasse la necessità. Il contratto in parola era dunque uno strumento idoneo a far fronte ad esigenze che si verificano periodicamente, ma in modo imprevedibile; la disponibilità del lavoratore era compensata con uno specifico emolumento retributivo, l'indennità di disponibilità, il cui importo doveva essere determinato dai contratti collettivi e comunque non poteva essere inferiore al minimo previsto con decreto del Ministro del lavoro. Sulla disciplina del lavoro intermittente si v. R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in *AA. VV.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, *D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 401 ss.; A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in *M. MAGNANI*, P. A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 415 ss.

In conclusione, può dirsi che, nella fase attuale, molti degli strumenti di flessibilità forniti dalle recenti riforme legislative risultano scarsamente utilizzati dai datori di lavoro del settore dei servizi, in primo luogo per il permanere di incertezze interpretative in ordine alle condizioni di licita del ricorso ai vari tipi contrattuali. Va detto che questo genere di problema si è presentato anche negli altri settori, tanto che i primi bilanci sull'attuazione della legge n. 30 del 2003 e del decreto legislativo n. 276 del 2003 ne stanno ridimensionando la portata innovativa o ne stanno mettendo in luce i contraddittori effetti di produzione di nuove rigidità (contraddittori quanto meno rispetto agli intenti espressi dal legislatore) <sup>(113)</sup>. In altri casi, le nuove tipologie contrattuali sono percepite come poco rispondenti alle specifiche esigenze organizzative del settore, o tali da comportare maggiori costi rispetto alle forme più tradizionali di flessibilità (in primo luogo l'appalto e le collaborazioni coordinate). È proprio a questo proposito che l'analisi condotta in ordine alla nuova disciplina degli appalti e ai vincoli che essa pone alle *ex ipso* divenute ormai soggetti di diritto privato ha messo in luce un singolare paradosso: in questo caso la privatizzazione, lungi dal dimostrarsi uno strumento idoneo a flessibilizzare la gestione dei rapporti di lavoro, sembra divenuto invece un fattore di rigidità organizzata. Il paradosso può essere superato, tuttavia, se si considera che il sottostare alle regole valide per tutti potrebbe far parte di una nuova strategia regolativa che miri non a riconoscere speciali agevolazioni alle imprese sociali "amiche", quanto a costruire le condizioni perché i fornitori privati più efficienti ed efficaci emergano, e perché non si creino forti rendite di posizione che sbarrino l'ingresso nel campo delle politiche sociali a nuovi potenziali attori <sup>(114)</sup>.

(113) È il caso della prima fase applicativa della nuova disciplina relativa al lavoro

progetto.

(114) C. RANCI, *La sperimentazione dei mercati sociali*. Un bilancio, in C. RANCI (a cura di), *op. cit.*, 301.

## 8. Il lavoro delle badanti tra ritorno al passato e istanze di riconoscimento.

È ormai un dato ampiamente dimostrato dalle ricerche empiriche che la crescente domanda di lavoro di cura proveniente dalle famiglie con anziani non autosufficienti ha favorito il diffondersi del ricorso all'assistenza svolta a domicilio dalle c.d. badanti<sup>(115)</sup>. Le ragioni alla base del fenomeno sono diverse, ma quella principale è certamente riconducibile al maggior impegno lavorativo delle donne<sup>(116)</sup>, sulle quali grava ancor oggi in misura preponderante l'impegno della cura e dell'assistenza dei familiari "fragili". Le famiglie, lo si è ricordato più volte, non sono più in grado di soddisfare al proprio interno queste esigenze; si assiste così ad una "ridistribuzione delle responsabilità e dei compiti di cura tra famiglia, stato e mercato"<sup>(117)</sup>. Da questo punto di vista, la disponibilità delle lavoratrici extracomunitarie, per lo più irregolari<sup>(118)</sup>, ad occupare una quota del mercato del lavoro lasciata sostanzialmente scoperta dai lavoratori italiani ha incrementato le dimensioni del fenomeno in misura considerevole, specie negli ultimi anni.

A ciò si deve aggiungere il fatto che il sistema di welfare italiano fa solo parzialmente fronte ai bisogni di cura che le famiglie

(115) Si è scelto di utilizzare il termine "badante" prevalentemente al femminile per la quasi totalitaria presenza delle donne nello specifico settore di attività, come dimostrano anche le ricerche empiriche. Si veda M. SOCCI, *Le donne straniere impiegate nel lavoro di cura per gli anziani. Un nesso tra welfare e mercato del lavoro*, paper del Dipartimento di Studi Sociali, Università di Brescia, 2004, reperibile all'indirizzo [www.unibs.it/afp/page.1021.0.0.0.apfno-de=225](http://www.unibs.it/afp/page.1021.0.0.0.apfno-de=225); AGENZIA SANITARIA EMILIA-ROMAGNA, *Domanda di cure domiciliari e donne migranti*, 2005, reperibile all'indirizzo [www.regione.emilia-romagna.it/agenzia/colloidi/index.htm](http://www.regione.emilia-romagna.it/agenzia/colloidi/index.htm).

(116) C. SARACENO, *La contabilità di responsabilità familiare e attività lavorativa in Italia: paradosso di equilibrio imperfetto*, in P. F. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 44.

(117) F. COSENTINO, M. INNORTA, *Qualità del lavoro e qualità della vita: la cura per gli anziani non autosufficienti tra lavoro formale, lavoro sommerso e lavoro domestico*, in L. FREY, G. PAPPADÀ (a cura di), *Aumento dell'occupazione e precarietà nell'assistenza socio sanitaria domiciliare agli anziani*, F. Angeli, Milano, 2005, 130 ss.

(118) Il dato è confermato anche dalle ricerche empiriche svolte in alcune realtà territoriali. Si veda, ad esempio, oltre alle ricerche citate alla nota 109, la ricerca curata dall'Osservatorio Regionale per l'Integrazione e la Multiculturalità della Regione Lombardia, *Un'assistenza senza confini. Welfare, famiglie in affanno, abitanti domotari immigrati*, 2005, reperibile all'indirizzo internet [www.ssmu.org/ORKM/](http://www.ssmu.org/ORKM/).

sollevano e che, dunque, questi sono soddisfatti principalmente attraverso reti informali<sup>(119)</sup>. Se la maggiore disponibilità di risorse economiche erogate da Stato ed enti territoriali<sup>(120)</sup> da destinare al lavoro di cura ha favorito il diffondersi del ricorso alle badanti, è altresì vero che il medesimo fenomeno ha contribuito solo parzialmente all'emersione dal sommerso delle prestazioni lavorative svolte. Da questo punto di vista, risulta fondamentale la previsione di una specifica destinazione per le somme erogate; la dove si è previsto che l'assegno sia attribuito solo in presenza di un collaboratore regolarmente assunto, si può riconoscere una funzione di incentivo all'emersione dal sommerso delle prestazioni lavorative<sup>(121)</sup>. Negli altri casi, non è neppure detto che l'importo dell'assegno venga utilizzato per l'acquisto di prestazioni di cura, anche irregolari, sul mercato; più spesso l'erogazione economica viene considerata un'integrazione al reddito dell'anziano o del caregiver principale.

Un intervento in questo settore, in vista della regolazione complessiva del mercato del *care*, deve perciò tenere in considerazione i fattori segnalati. Fino ad oggi, per la verità, provvedimenti normativi volti all'emersione dall'irregolarità delle prestazioni di lavoro delle badanti sono stati occasionali e non adeguatamente supportati da forme di sostegno economico alle famiglie, che nella stragrande maggioranza dei casi ricorrono a prestazioni irregolari per il minor costo del lavoro ad esse collegato. Da questo punto di vista, si può considerare poco più che un palliativo anche la previsione della riduzione dei contributi previdenziali dovuti

(119) F. DECIMO, *Quando emigrano le donne. Percorsi e reti femminili della mobilità transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2005, 80 ss.

(120) Il riferimento è alle provvidenze erogate dallo Stato, come l'assegno di accompagnamento, al quale si sono aggiunti, in alcune Regioni, ulteriori benefici. Si v. in G. COSTA (a cura di), *op. cit.*, 27 ss.; nonché i saggi raccolti in S. PASQUINELLI (a cura di), *Nuovi strumenti di sostegno alle famiglie. Assegni di cura e voucher sociali*, Carocci, Roma, 2007.

(121) In alcuni casi, l'erogazione o la maggiorazione del contributo pubblico è subordinata alla verifica della regolarità della posizione lavorativa dell'assistente familiare. Da questo punto di vista, l'utilizzo del *voucher* o di forme di sostegno finanziario alle famiglie potrebbe contribuire all'emersione dal sommerso del lavoro irregolare. Si v. in proposito il rapporto IRES di D. MESINI, S. PASQUINELLI, G. RUSMINI, *Il lavoro privato di cura in Lombardia*, in *Qualicare*, n. 8-2007, reperibile all'indirizzo internet [www.qualificare.info](http://www.qualificare.info); M. AMBROSINI, *Una persona di famiglia? Oltre la privatizzazione dei rapporti di lavoro*, *ibidem*, 2007, n. 8.

(115) Si è scelto di utilizzare il termine "badante" prevalentemente al femminile per la quasi totalitaria presenza delle donne nello specifico settore di attività, come dimostrano anche le ricerche empiriche. Si veda M. SOCCI, *Le donne straniere impiegate nel lavoro di cura per gli anziani. Un nesso tra welfare e mercato del lavoro*, paper del Dipartimento di Studi Sociali, Università di Brescia, 2004, reperibile all'indirizzo [www.unibs.it/afp/page.1021.0.0.0.apfno-de=225](http://www.unibs.it/afp/page.1021.0.0.0.apfno-de=225); AGENZIA SANITARIA EMILIA-ROMAGNA, *Domanda di cure domiciliari e donne migranti*, 2005, reperibile all'indirizzo [www.regione.emilia-romagna.it/agenzia/colloidi/index.htm](http://www.regione.emilia-romagna.it/agenzia/colloidi/index.htm).

(116) C. SARACENO, *La contabilità di responsabilità familiare e attività lavorativa in Italia: paradosso di equilibrio imperfetto*, in P. F. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in A. TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2005, 44.

(117) F. COSENTINO, M. INNORTA, *Qualità del lavoro e qualità della vita: la cura per gli anziani non autosufficienti tra lavoro formale, lavoro sommerso e lavoro domestico*, in L. FREY, G. PAPPADÀ (a cura di), *Aumento dell'occupazione e precarietà nell'assistenza socio sanitaria domiciliare agli anziani*, F. Angeli, Milano, 2005, 130 ss.

(118) Il dato è confermato anche dalle ricerche empiriche svolte in alcune realtà territoriali. Si veda, ad esempio, oltre alle ricerche citate alla nota 109, la ricerca curata dall'Osservatorio Regionale per l'Integrazione e la Multiculturalità della Regione Lombardia, *Un'assistenza senza confini. Welfare, famiglie in affanno, abitanti domotari immigrati*, 2005, reperibile all'indirizzo internet [www.ssmu.org/ORKM/](http://www.ssmu.org/ORKM/).

nell'ipotesi di somministrazione di lavoro domestico, su cui si tornerà tra poco, per l'elevato costo comunque connesso al ricorso alle Agenzie.

L'analisi del fenomeno del lavoro delle badanti, sia dal punto di vista sociologico che da quello giuridico, è resa estremamente complicata dal fatto che le prestazioni di lavoro regolari sono quantitativamente pari, se non inferiori, a quelle irregolari. Non è un caso che numerosi interventi normativi in materia, di cui si parlerà più avanti, abbiano come obiettivo principale l'emersione dal sommerso di questa tipologia di attività. Le ragioni che spingono le famiglie a ricorrere al lavoro non regolato atengono principalmente ad esigenze di risparmio dei costi. Non si possono trascurare, poi, gli ostacoli di tipo normativo istituzionale, e, in particolare le difficoltà collegate all'ottenimento di un permesso di soggiorno per lavoro subordinato, che, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, richiede un rapporto di lavoro già in essere al momento dell'ingresso in Italia. Il requisito in questione è tanto più limitativo per le badanti proprio per la particolare natura della loro attività, destinata a svolgersi nell'ambito domestico e tale da presupporre contatti fra le parti del rapporto preliminari al perfezionamento del contratto. Le ricerche empiriche dimostrano, non a caso, che i canali di reclutamento più utilizzati sono prevalentemente di tipo informale, come il ricorso ad amici/conoscenti, organizzazioni religiose e, nelle ipotesi peggiori, vere e proprie forme di caporalato<sup>(122)</sup>.

In assenza di una specifica definizione, legislativa o contrattuale, della figura professionale in parola, l'attività svolta dalla badanti è stata inquadrata generalmente nell'ambito del lavoro domestico, sia perché destinata a svolgersi nel domicilio del datore di lavoro, sia per il contenuto della prestazione, ritenuto molto vicino a quello dei collaboratori domestici. È un'idea diffusa che le mansioni delle badanti non richiedano una particolare professionalità, quanto una elevata flessibilità e adattabilità, con prestazioni di lunga durata, che arrivino a coprire anche l'intero arco della giornata. È evidente come in questa visione del lavoro delle badanti sia implicita una sottovalutazione di fondo del lavoro di cura che, per il fatto di

(122) B. DA ROIT, C. CASTEGNARO (a cura di), *Chi cura gli anziani non autosufficienti?*, F. Angeli, Milano, 2004; M. SOCCI, *op. cit.*

svolgersi nell'ambito familiare e senza un corrispettivo monetario, viene per lo più percepito come un lavoro privo di valore economico (se non addirittura di valore in sé). Si tratta di una questione ben nota agli studiosi della divisione sessuale dei ruoli familiari e a quanti si sono cimentati nel difficile compito di calcolare l'apporto del lavoro di cura alla produzione del reddito familiare e, su una scala macro, a quella del reddito nazionale. Essa oggi si ripresenta, tuttavia, in termini nuovi: il fatto che tale lavoro sia affidato non più alla famiglia ma al mercato, produce una richiesta *sociale* di riconoscimento della sua specificità e del suo particolare valore in termini di contenuti assistenziali e relazionali, oltre che di penosità. Si tratta di un'istanza iniziale, ancora poco percepibile per la debolezza contrattuale e sindacale di questa figura, ma destinata a farsi più forte se è vero che, come alcuni studiosi del fenomeno fanno presente, la situazione nel mercato del lavoro delle badanti pare destinata a rafforzarsi per due fenomeni paralleli: da una parte, l'aumento del numero di anziani che non potranno contare su un familiare che svolga o almeno organizzi e supervisioni il lavoro di cura; dall'altra, l'assottigliarsi dei flussi di immigrati/e temporanei o comunque a breve termine dai paesi dell'Est, che renderà più scarsa l'offerta di forza lavoro e, di conseguenza, più forte il potere negoziale di questo gruppo di lavoratori<sup>(123)</sup>.

Già da ora questa richiesta di riconoscimento ha trovato risposta in alcune Regioni attraverso l'introduzione di corsi di formazione dedicati alla nuova professione emergente, che consentono in molti casi di acquisire crediti formativi spendibili nei percorsi per l'acquisizione delle qualifiche di ASA o di OSS<sup>(124)</sup>.

Per quanto riguarda la legislazione nazionale, il primo intervento in materia di badanti si può ritenere quello contenuto nella c.d. Legge Bossi-Fini sull'immigrazione (legge 30 luglio 2002, n. 189), in vista della regolamentazione delle posizioni di migliaia di lavoratrici extracomunitarie impiegate nel lavoro di cura. L'articolo 33 della legge 189 del 2002 ha avuto anche la funzione di fornire una prima definizione legislativa dell'attività in parola, come "attività di assistenza a componenti della famiglia affetti da patologie o da

(123) F. BETTO, G. SOLINAS, *GALCA Project. Final Report*, Fondazione G. Brodolini, Roma, 2005.  
(124) Si v. ad esempio, le schede pubblicate con il titolo *L'assistente familiare: indagine regionale*, in *Alis*, 2004, 141 ss.

handicap che ne limitano l'autosufficienza" ovvero "lavoro domestico di sostegno al bisogno familiare". Si tratta di una definizione ancora molto ampia, ma utile per tracciare una linea di demarcazione con il lavoro domestico "classico"; tanto più importante se si pensa che il Cnl per il lavoro domestico del 2001 (125) non prevedeva espressamente la figura della badante, creando anche qualche difficoltà di inquadramento nella categoria contrattuale (126). Attualmente, in sede di rinnovo del contratto nazionale, le parti hanno provveduto a riclassificare il personale, adeguando le declaratorie contrattuali alla reale attività svolta dalle lavoratrici domestiche (127).

L'articolo 33 della legge prevedeva la possibilità di regolarizzare la posizione delle badanti attraverso il versamento di un importo forfetario a titolo di contributi previdenziali e la verifica della sussistenza di alcuni requisiti legati, in particolare, alla corrispondenza di una retribuzione non inferiore a quella prevista dal

(125) Cnl sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico 8 marzo 2001, reperibile sul sito [www.cnel.it](http://www.cnel.it). Il contratto è stato rinnovato nel febbraio del 2007 e prevede una nuova classificazione dei lavoratori addetti ai servizi domestici.

(126) Non risultava chiarissimo, ad esempio, se le badanti potessero essere comprese nella 2ª categoria contrattuale, che riguardava "coloro che svolgono mansioni relative alla vita familiare con la necessaria specifica professionale (ad esempio: assistente all'infanzia o baby sitter, autista, cuoco, cameriere, guardarobiere, addetto alla struttura, custode o portinaio di ville o case private, lavoratore generico che abbia compiuto il periodo di servizio di cui al successivo art. 12 e ogni altro lavoratore che non rientri nella 1ª specie, nella 1ª o nella 3ª categoria)" ovvero nella 1ª categoria, che interessa invece "coloro che con piena autonomia e responsabilità presiedono all'andamento della casa per esplicito incarico delegato dal datore di lavoro, o comunque svolgono mansioni per le quali occorre una specifica elevata competenza professionale (ad esempio: addetto alla compagnia, istitutore, governante, direttore di casa, maggioramento, cuoco o chef, infermiere diplomato generico, assistente geriatrico)". L'inquadramento più corretto era sembrato quest'ultimo, in virtù del riferimento all'assistenza geriatrico; cfr., in proposito, Trib. Roma 13 maggio 2005 n. 6571, in *GLan*, 2005, n. 30, 50.

(127) In particolare, la classificazione dei lavoratori è articolata su 8 livelli, distanti a seconda della complessità delle mansioni, della responsabilità e dell'autonomia gestionale assegnata al lavoratore, del grado di qualificazione professionale e dell'assistenza fornita a persone autosufficienti o meno. Si v. il contratto collettivo nazionale di lavoro sulla disciplina del lavoro domestico, 13 febbraio 2007, reperibile all'indirizzo [www.milnigpoit.org/articolo69794.html](http://www.milnigpoit.org/articolo69794.html). Nel settore, tuttavia, esiste anche un diverso contratto, siglato dai sindacati autonomi dei lavoratori domestici e da alcune federazioni dei proprietari immobiliari il 20 marzo 2007, che riprende la classificazione appena illustrata, ponendo i problemi indicati nel testo e nella nota precedente. Il testo di questo contratto può essere consultato all'indirizzo internet [www.mipiroma.it/](http://www.mipiroma.it/).

contratto collettivo nazionale di lavoro (128). Gli effetti nel breve periodo della legge sono stati piuttosto rilevanti, se si pensa che sono state presentate circa 340.000 domande di regolarizzazione; più discutibile è l'utilizzo della tecnica della sanatoria come strumento ordinario di gestione dell'immigrazione irregolare (129). In realtà, nel settore del *care*, così come in quelli in cui la presenza degli immigrati extracomunitari è altrettanto massiccia, occorre pensare politiche *ad hoc*, che tengano conto della specificità della domanda di lavoro (130). Uno degli elementi da considerare, ad esempio, è la natura intrinsecamente temporanea dell'occupazione nel settore in esame (131), che richiederebbe interventi mirati. Un primo passo in tale direzione è la riserva, contenuta nel decreto annuale di programmazione di posti per i lavoratori domestici, nell'ambito della quota per lavoro subordinato (132).

Al di là di tale previsione, gli interventi rivolti a favorire l'occupazione regolare degli immigrati impiegati nel lavoro di cura hanno riguardato soprattutto agevolazioni di tipo fiscale. In particolare, la Legge Finanziaria per il 2005 ha previsto la possibilità di dedurre dal reddito imponibile le spese sostenute per gli addetti di dedurre, fino al limite di euro 1.820 (133). A ciò si aggiunge la possibilità, già prevista dalla legge n. 342 del 2000, di dedurre dal reddito complessivo ai fini Irpef, fino all'importo di euro 1.549,37, i contributi previdenziali versati per gli addetti ai servizi domestici (134).

(128) A. BOIANI, S. SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 325 ss.

(129) B. DA ROIT, C. GOMI, *Regolare il mercato privato per l'assistenza: una sfida per le politiche pubbliche in Tendenza nuove*, 2003, 385 ss.; N. CASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in L.D., 2003, 289 ss.

(130) E. REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in A. TURSI (a cura di), *op. cit.*, 38 ss.; C. LUCIFORA, *Economia sommersa e lavoro nero*, Il Mulino, Bologna, 2003, 108 ss.

(131) B. DA ROIT, C. GOMI, *op. cit.*, 387.

(132) Il decreto flussi per il 2007, ad esempio, prevede una quota di 170.000 ingressi per lavoro subordinato non stagionale e per lavoro autonomo (art. 1), di cui 65.000 riservati agli ingressi "per motivi di lavoro domestico o di assistenza alla persona" (art. 3). Cfr. d.P.C.M. 30 ottobre 2007, in *GU*, 30 novembre 2007, n. 279.

(133) Cfr. l'art. 1, comma 349, della l. n. 311/2004.

(134) D. CIRIOI, C. DE LELLIS, *Sgran per coff e badanti, regolarizzazione a più vie*, in *ItaliaOggi Sette*, 21 marzo 2005, 9.

La riduzione dei costi sostenuti dalle famiglie per l'attività delle badanti è una delle leve principali per favorire la regolarizzazione delle posizioni lavorative in questione, proprio perché le agevolazioni fiscali sono condizionate "all'acquisto delle prestazioni nel mercato regolare"<sup>(135)</sup>. Come si è visto per i buoni sociali, infatti, solo lo stretto collegamento tra benefici economici e lavoro di cura regolare permette di svolgere un controllo sulla destinazione e sull'efficacia delle risorse erogate.

Sempre sulla riduzione del costo legato all'assunzione di una badante è incentrata la previsione relativa alla somministrazione, ripresa da una circolare del Ministro del lavoro<sup>(136)</sup>. La circolare precisa che le agevolazioni contributive previste dall'articolo 117 della legge n. 388 del 2000 in relazione al contratto di lavoro temporaneo (o interinale) continuano ad applicarsi anche all'ipotesi di somministrazione di personale domestico per l'assistenza alla persona o al nucleo familiare. Ciò significa che i contributi Inps previsti per i lavoratori domestici, nella misura ridotta stabilita dal decreto presidente della Repubblica n. 1403 del 1971<sup>(137)</sup>, si applicheranno anche nell'ipotesi in cui i lavoratori siano assunti da un'Agenzia di somministrazione per lo svolgimento di un periodo di lavoro domestico presso un privato. La previsione è di rilievo, perché in assenza di essa avrebbero dovuto applicarsi i più elevati contributi previsti per il settore terziario, nel quale sono inquadrate le imprese di somministrazione ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 276 del 2003<sup>(138)</sup>, dato che i lavoratori somministrati sono assunti e retribuiti dalle agenzie. L'applicazione della norma in parola può produrre effetti benefici, perché contribuisce al contenimento del costo della somministrazione; occorre però sottolineare che la riduzione contributiva in parola risulterà annullata dal compenso da corrispondere all'Agenzia, che incide in misura considerevole sul costo complessivo del lavoratore.

Un cenno merita anche, in conclusione, la disciplina del lavoro accessorio previsto dagli articoli 70 ss. del decreto legislativo n. 276

(135) B. DA ROIT, C. GORI, *op. cit.*, 388.  
 (136) Si tratta della circ. n. 7/2005, pubblicata in *GU*, 14 marzo 2005, n. 60.  
 (137) D.P.R. n. 1403/1971, in *GU*, 10 aprile 1971, n. 94, *Disciplina dell'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, nonché dei lavoratori addetti a servizi di massaggio e di pulizia dei locali*.  
 (138) L. GUAGLIANONE, *op. cit.*, 314.

del 2003, perché la legge prevede espressamente che detta tipologia di attività possa riguardare anche la prestazione di lavoro di cura e possa essere svolta da lavoratori extracomunitari. L'obiettivo che il legislatore intende conseguire attraverso l'introduzione del lavoro accessorio è, fra l'altro, l'emersione dal sommerso di alcune prestazioni lavorative e la tutela di lavoratori a rischio di esclusione sociale. Il funzionamento del meccanismo delineato dal legislatore, sulla scorta dell'esperienza di alcuni Paesi europei<sup>(139)</sup>, è molto simile a quello dei *voucher* sociali: il soggetto interessato ad una prestazione di lavoro accessorio acquista da un concessionario<sup>(140)</sup> un buono, il cui valore nominale è stabilito da un decreto del Ministro del lavoro<sup>(141)</sup>, che dà diritto alla prestazione di attività di natura "meramente occasionale" svolta da soggetti a rischio di esclusione sociale. Le attività lavorative devono essere riconducibili alle tipologie indicate dall'articolo 70, decreto legislativo n. 276 del 2003 che individua, tra l'altro, i "piccoli lavori domestici a carattere temporaneo, compresa l'assistenza domiciliare ai bambini, alle persone anziane, ammalate o con handicap". Tra i soggetti che possono svolgere questo tipo di attività vi sono, per quanto di interesse in questa sede, i "lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia", nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro. Il lavoratore percepisce il proprio compenso dal concessionario, al quale restituisce i buoni ricevuti dall'utilizzatore della prestazione; è bene precisare che il compenso è esente da imposizione fiscale e non comporta la perdita dello stato di disoccupazione da parte del prestatore di lavoro accessorio.

Il contratto ora descritto sembra, in realtà, poco adeguato alle esigenze del mercato del *care*, che richiede in generale prestazioni di lungo periodo ed la stabilità del rapporto con l'assistente familiare. Vi è chi, infatti, non ha mancato di sottolineare la

(139) In particolare, il riferimento è all'esperienza belga del *contrat de travail À la*, sinteticamente descritto in A. TURSI, P.A. VARESI, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Ipsa, Milano, 2004, 172 ss.

(140) La legge prevede che le aree territoriali entro cui avviare una prima fase di sperimentazione e i concessionari dei servizi in parola debbano essere individuati da un decreto del Ministro del lavoro. Il dm 30 settembre 2005 ha individuato le aree di Verbania, Milano, Varese, Treviso, Bolzano, Venezia, Lucca, Latina, Bari e Catania ed ha stabilito che il concessionario del servizio venga individuato all'esito dell'esperimento di una gara, cui provvederà Itella Lavoro spa.  
 (141) Il dm 30 settembre 2005 ha fissato in 10 € il valore nominale del buono e nel 5% di detto valore l'importo che il concessionario può trattenere a titolo di rimborso spese.

manca di accordo tra le previsioni del decreto legislativo n. 276 del 2003 e il sistema di interventi e servizi sociali, nell'ambito del quale "il servizio alla persona risulta collocato pure in una logica di sostegno statale, che appare anzi allo stato assorbente". In una simile situazione, il ricorso al lavoro accessorio potrebbe risultare scoraggiato dall'impari concorrenza con il servizio pubblico<sup>(142)</sup>.

Più che la previsione di una pluralità di tipologie contrattuali, la regolazione del mercato dell'assistenza domiciliare, come si è detto, richiede, accanto alla previsione di misure di incentivazione e di sostegno economico alle famiglie, soprattutto la promozione della professionalità dei lavoratori addetti all'assistenza degli anziani non autosufficienti. Sembra andare in questa direzione, la proposta, avanzata dagli enti locali, di considerare la lavoratrice privata "come una risorsa che va coordinata nella rete dei servizi e qualificata con una formazione *ad hoc*", certificata a livello nazionale<sup>(143)</sup>. A questi interventi dovrebbe aggiungersi, poi, un'adeguata politica dell'immigrazione, che favorisca l'ingresso di lavoratori dotati delle qualificazioni richieste dal mercato, sulla falsariga di quanto avviene, ad esempio, per gli infermieri. Una previsione interessante in proposito è contenuta in una recente legge regionale del Friuli Venezia Giulia<sup>(144)</sup>, che riguarda la possibilità per la Regione di stipulare convenzioni con soggetti pubblici e privati "per la ricerca, selezione e prima formazione nei Paesi di origine di persone straniere da impiegare nell'assistenza familiare in ambito regionale". La legge prevede inoltre che alle persone così individuate sia "assicurato titolo di preferenza nell'ambito delle quote di ingresso di lavoratori stranieri extracomunitari assegnate alla Regione".

(142) M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 841 ss.

(143) Si v. il documento *Presente e futuro delle professioni sociali per il nuovo welfare territoriale*, presentato da Anci, Upi, Federsanita, Legautonomie e pubblicato in *Asi*, 2004, 121 ss., spec. 128.

(144) Si tratta della Lr. n. 25/2004, *Interventi per la qualificazione e il sostegno dell'attività di assistenza familiare*.

## 9. Conclusioni: due spine contrapposte all'omogeneizzazione e alla differenziazione delle condizioni di lavoro.

Nelle pagine precedenti abbiamo esaminato l'intreccio di fattori sociali, normativi e istituzionali che hanno portato ad una crescente differenziazione delle condizioni di lavoro nel settore dei servizi socio-assistenziali. Come si è anticipato, tuttavia, non è chiaro se la tendenza oggi prevalente sia quella dell'accentuarsi delle differenze di *status* e di regimi normativi o quella di una tendenziale omogeneizzazione dei trattamenti. Sono, infatti, all'opera, spine che agiscono in entrambe le direzioni.

Un primo fattore che produce una spinta indiretta alla differenziazione è la sempre maggiore integrazione tra pubblico e privato che si è realizzata sulla scorta sia della legislazione regionale, che dei modelli di intervento forniti dalla legge quadro del 2000. La c.d. sussidiarietà orizzontale, ossia la creazione di un sistema a rete fra soggetti pubblici e privati di programmazione e gestione dei servizi sociali, secondo le indicazioni fornite dalla legge quadro n. 328 del 2000 e, più di recente, dal nuovo testo dell'articolo 118 della Costituzione, nella misura in cui consente che diverse tipologie di soggetti possa acquistare la veste di fornitori di servizi e, di conseguenza, quella di datori di lavoro, comporta la possibilità che una medesima attività lavorativa venga prestata sulla base di tipologie contrattuali e condizioni di trattamento economico e normativo diverse. Ciò non implicherebbe, di per sé, conseguenze negative per i lavoratori che, in condizioni di carenze di offerta di lavoro, potrebbero anzi giovare di tale situazione e scegliere il datore di lavoro "migliore" (è il caso degli infermieri professionali che, per le condizioni strutturalmente favorevoli all'offerta, sono riusciti a esercitare un notevole controllo sul mercato della loro professione). Semionché, nella generalità dei casi, le condizioni di una concorrenza al ribasso si determinano a causa di quello che, in questo rapporto, è stato individuato come uno dei maggiori problemi del settore, vale a dire quello di un *debole governo pubblico delle regole di accesso alla rete dei servizi*<sup>(145)</sup>. L'assenza di una regia permette

(145) Si v. G. COSTA, *Sistemi locali di welfare per la non autosufficienza a confronto*, e B. DA ROIT, *Politiche regionali a confronto: Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto*, in G. COSTA (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente 49 ss. e 27 ss., e l'analisi ivi svolta dei diversi modelli regionali di governo dell'accesso ai servizi e alle prestazioni.

l'accesso al mercato dei servizi a soggetti che erogano servizi di bassa qualità, forniti da lavoratori sottopagati; essi sono destinati a prevalere, in un sistema caratterizzato da una forte concorrenza, su altri soggetti che praticano prezzi maggiori e remunerano meglio i lavoratori. La possibilità che sia il mercato stesso a operare un correttivo a questa corsa al ribasso, facendo sì che gli utenti scelgano i fornitori che erogano i servizi migliori, appare poco realistica, dato che si tratta di un mercato contraddistinto da forti asimmetrie informative.

Il mancato governo della rete produce dunque disparità rilevanti ma anche nella composizione del mercato del lavoro (in termini di maggiore segmentazione) e nelle condizioni di lavoro applicate (in termini di maggiore precarizzazione).

Sembrerebbe che il potenziamento dell'autonomia decisionale e normativa delle Regioni, in conseguenza della riforma in senso federalista della Costituzione, non possa che approfondire tali disparità, quanto meno nel senso che, in una situazione che vede accentuarsi la "sussidiarietà verticale", ciascun ente regionale potrebbe veder rafforzata la propria facoltà di adottare versioni estreme di "sussidiarietà orizzontale". Sennonché il nuovo testo dell'articolo 117 riserva allo Stato la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali". Questa disposizione è destinata ad avere, nell'ambito della riforma costituzionale in tema di attribuzioni normative, "un impatto non meno significativo del mutamento del tipo di competenza legislativa regionale"<sup>(146)</sup>. Non bisogna, a questo riguardo, farsi fuorviare dalla scarsa incidenza che hanno avuto finora le disposizioni della legge quadro n. 328 in materia di definizione dei livelli essenziali dei servizi che devono essere offerti dal sistema, né dall'approccio gradualista che ha guidato l'individuazione di tali livelli, in considerazione dei forti differenziali territoriali. Seppur è probabile che questi limiti permangano anche in futuro, tendendo poco realistica la

(146) A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003, 11.  
 (147) R. FINOCCHI GHERSI, *La legge quadro sui servizi sociali e la riforma del titolo V*, in A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *op. cit.*, 56 ss.

prospettiva di una uniformazione a breve degli interventi e della loro qualità, non può sfuggire la funzione qualitativamente differente che il limite dei livelli essenziali gioca nel quadro del nuovo decentramento istituzionale. La determinazione statale dei livelli essenziali è destinata a incidere in modo profondo sulle scelte regionali perché "il principio di eguaglianza e la rilevanza costituzionale dei diritti sociali... determinano la forma di Stato non meno della realizzazione dell'autonomia e del regionalismo e limitano in una certa misura la libertà degli enti territoriali di disporre pienamente delle scelte relative al quanto e al come assicurare il godimento"<sup>(148)</sup>. Al limite dei livelli essenziali è affidata proprio la definizione della misura di diversità accettabile in un sistema che aspira a coniugare decentramento e di eguaglianza (149), come ha fatto osservare la stessa Corte Costituzionale, definendo la materia di riserva statale come "un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di un'adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto"<sup>(150)</sup>. Tale limite, ha precisato ancora la Corte ha carattere trasversale, incidendo sulla legislazione regionale a prescindere che essa abbia carattere concorrente o esclusivo<sup>(151)</sup>. Partendo da tali premesse è possibile che la Corte accolga, in materia di servizi socio-assistenziali, una concezione del limite simile a quella adottata in materia di tutela della salute, dove l'individuazione del livello essenziale coincide con l'espressa indicazione, da parte del legislatore statale, dei tipi di prestazioni da erogare<sup>(152)</sup>; la legislazione regionale potrà prevedere garanzie ulteriori rispetto a tale nucleo essenziale, ma non scendere al di sotto di esso. Ciò, a sua volta, dovrebbe incidere anche sulla qualità e la remuneratività del lavoro di chi rende tali prestazioni, ponendo un limite alle tendenze di *race to the bottom* prima ricordate. Quanto ciò possa costituire un argine reale alla differenziazione territoriale dei servizi socio-assistenziali (che ha costituito, del resto,

(148) A. ALBANESE, C. MARZUOLI (a cura di), *op. cit.*, 12.

(149) F. MALZANI, *La riforma del Titolo V e il limite dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Previdenza e Assistenza Pubblica e Privata*, 2004, 911 ss.

(150) C. Cost. 27 marzo 2003, n. 88, in *FI*, 2003, I, 2915 ss.

(151) C. Cost. 26 giugno 2002, n. 282, in *Giur. Cost.*, 2002, 2012, con nota di A. D'ATENA.

(152) C. Cost. 27 marzo 2003, n. 88, cit.

una costante del sistema italiano) è presto per dirlo. Quel che interessava rilevare, in questa sede, è che, a livello di condizioni normative di esercizio dei poteri delle Regioni, le attuali dinamiche istituzionali (che sono una delle variabili prese in considerazione in questa ricerca, al fine di valutare le trasformazioni intervenute nelle condizioni di lavoro del settore) vanno non solo nella direzione della diversificazione, ma anche in quella della riconduzione delle diversità ad una logica unitaria. Ciò potrebbe, di conseguenza, invertire, o quanto meno frenare, la tendenza alla differenziazione degli *status* lavorativi.

Altro discorso va fatto, ovviamente, per le condizioni politiche e sociali e per i vincoli finanziari che incidono sul corso dell'azione pubblica. Ma anche in questo caso è possibile vedere all'opera opposte tendenze. Mentre, da un lato cresce la frammentazione sindacale e si moltiplicano i fenomeni di conflitti fra gruppi di lavoratori, dall'altro sono in corso vicende di riaggregazione delle categorie professionali e di ricomposizione delle aree di contattazione collettiva, che potrebbero portare al superamento dell'attuale situazione di esasperato pluralismo sindacale e all'omogeneizzazione dei trattamenti dei lavoratori. È possibile, peraltro, che il riallineamento avvenga verso il basso e non verso l'alto. Ad es., il tipo di tutele garantito dalla ex Ipad ai propri dipendenti difficilmente potrà essere riconosciuto ai lavoratori delle cooperative sociali, anche se gli uni lavorano a fianco degli altri. Ma, anche in questo ambito, è possibile osservare un graduale ravvicinamento delle posizioni dei lavoratori. Le stesse cooperative, costrette ad applicare il diritto comune e non più destinate di un diritto speciale di favore, potrebbero decidere di recuperare lo svantaggio competitivo perso a causa della fine del regime di esclusione dai vincoli vigenti per le imprese ordinarie investendo di più in imprenditorialità e in riqualificazione professionale dei lavoratori.

Tutte queste considerazioni riguardano il mercato formale. Quello informale continua a restare un arcipelago sommerso, su cui si scaricano conflitti, contraddizioni, disparità di trattamento. Al momento, è questa la disuguaglianza più marcata e quella alla quale è più difficile porre rimedio.

## DIRITTO SINDACALE E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

### Parte III