

quadrimestrale

dicembre

2008

Aris Accornero Bruno Caruso Carlo Dell'Aringa
Raffaele De Luca Tamajo Mario Rusciano
Lorenzo Zoppoli

P1223

diritti lavori mercati

1
2008

U. Romagnoli

M. Barbera, C. Alessi Lavoro e servizi socio-assistenziali
in Lombardia

F. Borgogelli La riforma del lavoro pubblico:
quale lezione dopo 15 anni

A. Brancasi La finanza pubblica a 10 anni dalla "riforma Bassanini"

A. Lassandari Interesse dell'impresa e tutela antidiscriminatoria

L.E. Nusco Rassegna critica su

La previdenza complementare

A. Zoppoli Intervento su Le sentenze Viking e Laval
della Corte di giustizia

P. Monda La valutazione dei dipendenti pubblici
(note su una proposta Anci)

L. Bellardi I contratti collettivi di secondo livello

C. Treves Le prospettive del diritto del lavoro nell'Unione europea

grafica di Sergio Prozzillo

editoriale scientifica

12

diritti lavori mercati

quadrimestrale anno sesto gennaio/aprile 2008

spedizione abbonamento postale gruppo IV, contiene meno del 7% di pubblicità

comitato di direzione

Aris Accornero Università di Roma La Sapienza, **Bruno Caruso** Università di Catania, **Carlo Dell'Aringa** Università Cattolica di Milano, **Raffaele De Luca Tamajo** Università di Napoli Federico II, **Mario Rusciano** Università di Napoli Federico II, **Lorenzo Zoppoli** Università di Napoli Federico II

direttori

Mario Rusciano (responsabile), **Lorenzo Zoppoli**

coordinatori

Fulvio Corso seconda università di Napoli, **Lorenzo Gaeta** università di Siena, **Paolo Pascucci** università di Urbino, **Rosario Santucci** università del Sannio, **Antonio Viscomi** università Magna Graecia di Catanzaro, **Antonello Zoppoli** università di Napoli Federico II

segreteria di redazione

Rosario Santucci università del Sannio (redattore capo), **Massimiliano Delfino** università di Napoli Federico II, **Mario Quaranta** università di Salerno, **Paola Saracini** università del Sannio

i saggi sono sottoposti alla valutazione di referee anonimi

comitato di redazione

Anna Alaïmo univ. di Catania, **Fabrizio Amendola** Giudice del lavoro del Tribunale di Napoli, **Arianna Avondola** univ. di Napoli Federico II, **Marzia Barbera** univ. di Brescia, **Luca Calcaterra** univ. Suor Orsola Benincasa - Napoli, **Maria Casola** Giudice del lavoro del Tribunale di Napoli, **Mario Cerbone** univ. di Napoli Federico II, **Pietro Curzio** Giudice del lavoro della Corte di Appello di Bari, **Donata Gottardi** univ. di Verona, **Antonio Lo Faro** univ. di Catania, **Marco Esposito** univ. di Napoli Parthenope, **Umberto Gargiulo** univ. Magna Graecia di Catanzaro, **Antonio Loffredo** univ. di Siena, **Vincenzo Luciani** univ. di Salerno, **Gaetano Natullo** univ. del Sannio, **Gabriella Nicosia** univ. di Catania, **Valeria Nuzzo** seconda univ. di Napoli, **Francescopaolo Panariello** Giudice del lavoro della Corte di Appello di Napoli, **Angelo Pandolfo** univ. di Roma La Sapienza, **Giancarlo Ricci** univ. di Catania, **Roberto Romei** univ. di Firenze, **Carmine Russo** univ. Magna Graecia di Catanzaro, **Maria Teresa Salimbeni** univ. Suor Orsola Benincasa - Napoli, **Raffaello Santagata** univ. di Napoli Federico II, **Dario Simeoli** Giudice del lavoro del Tribunale di Napoli, **Laura Tebano** univ. di Napoli Federico II, **Anna Trojsi** univ. Magna Graecia di Catanzaro, **Loredana Zappalà** univ. di Catania

editore

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39

Tel. 081.5800459 fax 081.4971006

es@editorialescientificasrl.it

www.editorialescientificasrl.it

indice

26 SET. 2008

1223

Biblioteca Centrale Interfacoltà
Università degli Studi di Brescia

n° inventario 19975
Anno 2008 b.c. 12130

editoriale

- 1 UMBERTO ROMAGNOLI
Il mestiere di giurista del lavoro, oggi

saggi

- 5 MARZIA BARBERA, CRISTINA ALESSI
I rapporti di lavoro nei servizi socio-assistenziali: il caso Lombardia
- 53 FRANCA BORGOGELLI
La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni
- 83 ANTONIO BRANCASI
La finanza pubblica a dieci anni dalla "riforma Bassanini"
- 95 ANDREA LASSANDARI
Interesse dell'impresa e tutela antidiscriminatoria: considerazioni sulla disciplina comunitaria e nazionale

giurisprudenza

- note e rassegne critiche
- 121 LUISA EMILIA NUSCO
La previdenza complementare (RASSEGNA CRITICA)

interventi

- 151 ANTONELLO ZOPPOLI
Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)

osservatorio

- 163 "Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni. La proposta Anci su valutazione e responsabilità del personale" (estratto del documento)



ratori giuridici che, per occuparsi di problemi del lavoro alcuni decenni addietro si erano preparati a rispondere a domande del tipo cosa debba intendersi per diritto del lavoro e cosa ci si debba aspettare da lui, esitano nelle risposte perché percepiscono che la concezione cui sono stati educati desta moti di fastidio e insofferenza, anche l'ortodossia lavoristica novecentesca perde la sua base di legittimità.

Non è che ricerca scientifica e *partisanship* abbiano smesso di convivere nel mestiere dei giuristi, costituzionalisti o del lavoro che siano. Infatti, in sintonia con la nozione di scienza giuridica, che è eminentemente dialettica, la tecnica giuridica è essenzialmente una tecnica argomentativa e gli argomenti che il giurista sviluppa sono e restano argomenti: come tali, confutabili tanto *de lege lata* quanto, e soprattutto, *de lege ferenda*. Piuttosto, è il segno della *partisanship* che è mutato, perché l'originario orizzonte culturale di riferimento non è più condiviso e il diritto – quello del lavoro incluso – non è separabile dal contesto di cui è, ad un tempo, parte dipendente e costitutiva.

Marzia Barbera, Cristina Alessi

I rapporti di lavoro nei servizi socio-assistenziali: il caso Lombardia *

SOMMARIO: **1.** Le trasformazioni intervenute del 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 2000. Più qualità e più concorrenza, ma quali tutele per i lavoratori? **5.** Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Ipab. **6.** Gli effetti della privatizzazione sulla disciplina dei rapporti di lavoro. **7.** Costi e benefici del diritto del lavoro della flessibilità. Una premessa: l'importanza di chiamarsi pubblico. **8.** (*segue*) Le forme della flessibilità: il lavoro a tempo determinato, la somministrazione, il lavoro a progetto e le collaborazioni coordinate e continuative, gli appalti. **9.** Il lavoro delle badanti tra ritorno al passato e istanze di riconoscimento. **10.** Conclusioni: due spinte contrapposte all'omogeneizzazione e alla differenziazione delle condizioni di lavoro.

I. *Le trasformazioni intervenute del settore dei servizi socio-assistenziali e la loro incidenza sul mercato del lavoro e sulla 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 pro-

* Il presente lavoro riproduce, in forma ridotta, il saggio pubblicato in MONTUSCHI (a cura di), *Studi in onore di Yasuo Suwa*, Giuffrè, 2008. Il saggio 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.

duttori¹. 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 peggio 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 '90, 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 *esternalizzazione* dei lavori di cura (favorita da misure quali gli assegni di cura e, più di recente, i *voucher*²), oltre a proporre reti inedite di rapporti attraverso i quali gli utenti acquisiscono informazioni e maturano scelte, hanno anche prodotto effetti originali sul mercato del lavoro, ancora poco percepiti e analizzati dagli stessi studiosi delle dinamiche di tale mercato³. Se fenomeni quali l'introduzione dei *voucher* 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 qualificato⁴, l'impiego, quale alternativa all'auto-addossamento dei compiti di cura, di personale domestico a pagamento in regime di coabitazione (per il quale è

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

² Il c.d. *voucher* socio sanitario è un titolo di acquisto di prestazioni erogate da operatori accreditati (cc.dd. "pattanti"), tra i quali l'utente ha libertà di scelta. Sul punto si v. NERI, *Il mercato del lavoro nei servizi di cura per gli anziani non autosufficienti*, in COSTA (a cura di), *Politiche per la non autosufficienza in età anziana. Attori, risorse e logiche a partire dal caso lombardo*, Carocci, 2007, p. 117 ss.; FRANCALANCI, TOSO, *Spesa sociale e meccanismi di mercato: i buoni servizi (vouchers)*, Working Paper del Dipartimento di Economia Politica, Università di Modena, in www.dep.unimore.it/materiali_discussione.asp. Sull'utilizzo dei *voucher* nel quadro delle politiche pubbliche di assistenza si v. BELTRAMETTI, *Vouchers. Presupposti, usi e abusi*, il Mulino, 2004, spec. p. 55 ss.

³ V. le osservazioni di BRUN, *Lavoro sommerso e servizi di cura fra politiche del lavoro, dell'immigrazione e socio-assistenziali*, in questa rivista, 2005, p. 305 ss.

⁴ NERI, *op. cit.*

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 complementarità fra 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 cui una delle differenze fondamentali tra i diversi sistemi europei, corre lungo la linea della de-familizzazione dei compiti di cura, considerato uno dei frutti più significativi della crescita dei sistemi di *welfare*⁵.

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 *processi di tipo istituzionale* che hanno investito tale sistema, a partire dal radicale rinnovamento dei suoi lineamenti di base tracciato dalla l.q. 8 novembre 2000 n. 328, 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 Ipab (vale a dire uno dei pilastri fondamentali su cui si è costruito il sistema assistenziale italiano⁶) 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 regola-

⁵ RANCI, *La sperimentazione dei mercati sociali. Un bilancio*, in ID., *L'assistenza agli anziani*, cit., p. 294.

⁶ RANCI, *Il ruolo delle Ipab*, in *PSS*, 2002, n. 18, p. 2.

zione di diritto privato dei rapporti 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 l. 14 febbraio 2003 n. 30 di riforma del mercato del lavoro, dal d.lgs. di attuazione 10 settembre 2003 n. 276 e da altri coevi interventi legislativi. Alcune indagini empiriche recentemente svolte nel settore⁷, 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, e, in altri casi, 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 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 oriz-

⁷ Si v., ad es., la ricerca svolta per la Fondazione Cariplo sul caso lombardo, i cui risultati sono pubblicati nel volume a cura di COSTA, *op. cit.*, e il *dossier* n. 106/2005 della Regione Emilia-Romagna, *La sostenibilità del lavoro di cura*, in www.regione.emilia-romagna.it/agenziasan/collloss/index.htm.

zontale (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 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 multietnico nella 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 sindacale⁸, d'altro canto l'ampliamento e la maggiore articolazione dell'offerta di servizi hanno 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, sia che 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

⁸ ZANFRINI, *Processi d'innovazione nei servizi alla persona. Un'indagine sugli Assistenti Socio-Sanitari*, Mimeo, 2004.

parte dell'attività di produzione dei servizi) 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'art. 117 ha dato luogo a innumerevoli dubbi interpretativi, dovuti al fatto che la mancanza di una previsione esplicita rendeva incerta la riconducibilità dell'assistenza sociale alla "beneficenza pubblica" o alla "assistenza sanitaria ed ospedaliera" (materie rientranti entrambe nella competenza concorrente Stato-Regioni), la riforma costituzionale ha definitivamente assegnato alle Regioni la potestà di legiferare in materia⁹, riservando alla competenza statale la determinazione dei livelli essenziali concernenti i diritti sociali da garantire su tutto il territorio nazionale¹⁰.

Va ricordato, tuttavia, che, già nella vigenza del precedente assetto costituzionale, il d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, di attuazione della l.d. 22 luglio 1975 n. 382 (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. Oltre a ciò, il suddetto d.P.R. 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 contraddistinguerla a lungo nel tempo, sino ai giorni nostri.

⁹ 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.

¹⁰ Sulle ricadute della riforma del Titolo V Cost. nelle materie lavoristiche si vvv., tra i tanti, i contributi pubblicati in LD n. 3/2001; PALLINI, *Commento all'art. 117 Cost.*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Il diritto del lavoro. Vol. 1. Costituzione, Codice Civile e leggi speciali*, Giuffrè, 2004, p. 374 ss.; MALZANI, *Federalismo e diritto del lavoro in Italia e Spagna: modelli a confronto*, Promodis, 2004.

La l.d. 15 marzo 1997 n. 59 e il d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112 demandarono nuovamente ai Comuni l'erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali, nonché la progettazione e la realizzazione della rete dei servizi sociali. In questo quadro, 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 l.q. 328/00, che qualche commentatore non ha esitato a definire come la "seconda grande normativa sociale sistematica" intervenuta nel nostro paese, dopo l'approvazione della l. 23 dicembre 1978 n. 833 istitutiva del servizio sanitario nazionale¹¹, i servizi socio-assistenziali conoscono per la prima volta una riorganizzazione complessiva. Fino a quel momento l'assistenza e la cura degli anziani erano state 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 Ipab 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 protagoniste. Ciò non aveva risparmiato 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 discriminazione¹².

La riforma nel 1992 del Servizio sanitario nazionale¹³ mirava a riportare la gestione delle risorse principali sotto il diretto controllo delle Regioni, mediante l'istituzione delle Asl, e a realizzare un generale contenimento dei costi. Disponendo l'aziendalizzazione delle Usl (le quali assumono personalità giuridica e mutano la loro denominazione in Asl) e privandole degli organi politici collegiali, il legislatore le sottrae al con-

¹¹ Per un confronto sul contesto politico culturale che ha portato all'approvazione delle due leggi si veda RANCI ORTIGOSA, *I contenuti della 328. I temi e lo scenario*, in GORI (a cura di), *La riforma dei servizi sociali in Italia*, Carocci, 2004, p. 21 ss.

¹² Alcune valutazioni sul tema si possono leggere in FINOCCHI GHERSI, *L'istituzione del sistema integrato dei servizi sociali*, in GDA, 2001, p. 113 ss.

¹³ D.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502 e 7 dicembre 1993 n. 517; seguiti dopo più di un quinquennio dal d.lgs. 229/99.

trollo dei Comuni, i quali recupereranno però una parte del loro ruolo nel sistema sanitario successivamente, con il d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229¹⁴. 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 d.lgs. 229/99 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*¹⁵. 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 comunali (servizi in gestione diretta) o presso enti quali le Ipab (servizi in convenzione).

Va ricordato, tuttavia, che fin dagli anni '70 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 *privatizzazione* del rapporto con le pubbliche amministrazioni, realizzata con il d.lgs. 29 febbraio 1993 n. 29.

¹⁴ Per una ricostruzione degli aspetti salienti del processo di riforma dei Servizi sanitari si veda NERI, *Il Servizio sanitario nazionale dal 1992 ad oggi*, in BORDOGNA, PONZELLINI (a cura di), *Qualità del lavoro e qualità del servizio negli ospedali*, Carocci, 2004, p. 30 ss.

¹⁵ La Regione Lombardia ha dato attuazione a tali principi approvando norme specifiche contenute nella l.r. 11 luglio 1997 n. 31, modificata dalla l.r. 2 febbraio 2001 n. 3 e dalla l.r. 20 dicembre 2002 n. 32.

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) dei rapporti del settore pubblico spiccati connotati di specialità rispetto ai rapporti del settore privato¹⁶.

Figure quali l'assistente sociale e l'operatore socio-assistenziale comparivano nei contratti collettivi degli Enti locali e del comparto Sanità e tuttora le declaratorie che esemplificano gli inquadramenti categoriali le prevedono¹⁷. I rapporti di lavoro delle stesse figure operanti alle dipendenze delle Ipab vennero da subito ricondotti al comparto degli Enti locali¹⁸. Il d.P.R. 5 marzo 1986 n. 68 attribuirà ancora le Ipab al comparto Regioni ed Enti locali, ma a condizione che esse svolgessero funzioni prevalentemente assistenziali. Da ciò si poteva desumere che, per le istituzioni a orientamento prioritariamente sanitario, il comparto di riferimento dovesse essere invece quello della Sanità. Tale distinzione è stata mantenuta dalla contrattazione quadro sulla definizione dei comparti. Sia il ccnq del 1998 che quello del 2002, infatti, attribuiscono i rapporti di lavoro del personale delle 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 assenti¹⁹. Ci si riferisce al-

¹⁶ Per un'analisi della prima riforma in materia, introdotta dalla l. q. 29 marzo 1983 n. 83, si veda RUSCIANO, TREU (a cura di), *Commentario alla l. 29 marzo 1983, n. 93 (legge-quadro del pubblico impiego)*, in NLCC, 1984, p. 593 ss.

¹⁷ 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 www.cnel.it.

¹⁸ Si v., 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 Ipab (dapprima sotto la categoria degli enti pubblici non economici, in seguito con esplicita previsione) figurano nell'ambito di efficacia degli accordi.

¹⁹ In proposito si v. NERI, *Il mercato del lavoro*, cit., p. 121.

l'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 datori 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. Dunque, anche nel pubblico vi sono stati degli *outsiders* che hanno stentato ad entrare nel fortino dei lavori sicuri, con la differenza, rispetto a quanto è accaduto nel settore privato fino a tempi recenti, che precari si poteva restare per molti anni, anche per sempre, a meno che non fosse intervenuta un'eventuale sanatoria, sul modello di quella introdotta dalla finanziaria per il 2007 per i contratti a termine, ad esempio²⁰.

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 '80, allorché ha inizio la fase del ridimensionamento dell'intervento diretto dello Stato e della *depubblicizzazione strisciante* 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 organizzativa 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"²¹. 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

²⁰ Il riferimento è all'art. 1, co. 519, della l. 27 dicembre 2006 n. 296, 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 MONTEMARANO, *Pubblico impiego: tutte le novità nella Finanziaria 2007*, in *GL*, 2007, n. 2, p. 78 ss.

²¹ CANDUCCI, *Servizi sociali e enti no profit: vizi e virtù dei diversi strumenti di relazione pubblico-privato sociale*, in *SPP*, 2003, p. 658 ss.

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 *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 dibattuti²² 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 innestare un effetto di *race to the bottom*), abbandonato, fra l'altro, nel corso degli anni '90, 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 quella di una 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 co-

²² Si v. PAVOLINI, *Verso nuovi modelli di regolazione dei servizi sociali per gli anziani: primi passi nell'esperienza italiana*, in RANCI, *L'assistenza agli anziani*, cit., p. 196 ss.

sti del personale Comuni, Asl e Ipab hanno fatto ricorso prevalentemente a convenzioni con cooperative sociali. In tal modo, hanno potuto procedere alla sostituzione di personale, avviare servizi temporanei, reperire competenze professionali inesistenti nella propria organizzazione²³. 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 retributive, contributive e normative, derivante 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 *sconto normativo* è fornito proprio 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 società²⁴. L'opinione giurisprudenziale, 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 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 fornitrici di mere prestazioni di lavoro, senza alcun apporto di attività di carattere imprenditoriale e senza reali finalità mutualistiche. La l. 3 aprile 2001 n. 142 ha ten-

²³ Questi aspetti sono analizzati da COSTA, *Rigidità organizzative ed esternalizzazione dei servizi*, in PSS, 2002, p. 12 ss.

²⁴ Si v., ad es., Cass. 9 marzo 2004 n. 4799, in *Rep. FI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890; Cass. 21 ottobre 2003 n. 15750, in *IP*, 2003, p. 1289. Sul finire degli anni '90, 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, c. 1198, con nota di 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. RICCI G., *Il lavoro nelle cooperative tra riforma e controriforma*, in questa rivista, 2003, spec. p. 323 ss.

tato 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 quelle 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 "controriforma" attuata con la l. 30/03, la quale è sembrata di nuovo voler sancire 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 l. 142/01, per la duplicità del rapporto²⁵. 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 lavoro²⁶, peraltro già riconosciuto dalla dottrina anche prima della l. 30/03²⁷.

4. La riforma dei servizi sociali del 2000. Più qualità e più concorrenza, ma quali tutele per i lavoratori?

È in questo contesto che si giunge all'approvazione, nel 2000, della l. 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 *wel-*

²⁵ In questo senso BOLEGO, *I rapporti di lavoro dei soci di cooperativa sociale*, in *ISoc*, 2006, n. 4, spec. p. 21 ss.

²⁶ Come ben evidenziato da RICCI G., *op. cit.*, p. 331.

²⁷ Si v., ad esempio, MARESCA, *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *ADL*, 2002, p. 618.

fare²⁸. 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 Ipab.

La modifica del Titolo v della Costituzione ha attribuito la materia dell'assistenza sociale alla competenza esclusiva delle Regioni, lasciando allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali. Nel nuovo assetto costituzionale la l. 328/00 viene a perdere 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 Stato²⁹. Il recupero dell'impianto della l. 328/00 e della relativa attuazione potrebbe però avvenire proprio a questo riguardo. La formulazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali prevista dall'art. 22 della legge costituisce un primo nucleo di misure cui i consigli regionali potrebbero ritenersi vincolati³⁰, almeno fintantoché non sopraggiunga una diversa disciplina statale. Ma, soprattutto, l'impianto della l. 328/00 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"³¹.

Si tratta a questo punto 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, *voucher*, ecc.), incidano non soltanto sotto il profilo della maggior qualità (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

²⁸ Cfr., per un'analisi di ampio respiro, il volume curato da GORI, *La riforma dei servizi*, cit., il riferimento nel testo è all'introduzione del curatore.

²⁹ Cfr. GUALDANI, *La legge 328 dopo la riforma del Titolo v della Costituzione*, in GORI (a cura di), *La riforma dei servizi*, cit., pp. 49 e PINTO F. (a cura di), *Diritto degli enti locali*, Giappichelli, 2004, II.

³⁰ CAPUTI e JAMBRENGHI, *I servizi sociali*, in PINTO F., *op. cit.*, p. 265.

³¹ FERIOLI, *Le leggi regionali sul sistema dei servizi sociali*, in PSS, 2005, p. 1 ss. e ID., *Servizi sociali e revisione della Costituzione*, *ibidem*, 2002, p. 1 ss.; DI LASCIO, *La legislazione regionale in materia di assistenza sociale dopo la riforma del titolo v*, in GDA, 2003, p. 679 ss.; GUALDANI, *La legge 328*, cit.

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. 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 cd. 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 asimmetrie 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 *voucher*, si fissano a un livello minimo i requisiti per l'accreditamento e per l'ammissione fra i pattanti, 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-fordista 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* Ipab³². 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 procellose della concorrenza.

5. Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Ipab

Il varco verso la privatizzazione delle Ipab 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 vantaggio di poterne controllare l'operato. Dal quel momento tale importante fonte di produzione di servizi sociali era stata gestita secondo i principi ed i criteri invalsi per ogni amministrazione pubblica: disciplina amministrativa e gestione del personale secondo criteri pubblicistici. Con il d.P.R. 616/77 vi fu quello che generalmente fu visto come un tentativo di soppressione delle Ipab³³. 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 centenarie istituzioni, sancendone in buona sostanza la liquidazione (ad eccezione per quelle inerenti la sfera educativo religiosa)³⁴. Su questa norma,

³² MAPELLI, *I costi dell'assistenza informale agli anziani non autosufficienti in Lombardia*, in COSTA (a cura di), *Politiche per la non autosufficienza*, cit., p. 73 ss.

³³ L'espressione è utilizzata da BARONI, *La vicenda delle IPAB dal d.p.r. 616/1977 alla l. 328/2000*, in BALBONI, BARONI, MATTIONI, PASTORI, *Il Sistema integrato dei servizi sociali*, Giuffrè, 2003, p. 502 ss. Si veda anche SANTUARI, *Le Ipab tra fondazioni di diritto privato e aziende pubbliche di servizi alla persona: un'analisi delle legislazioni regionali*, in FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, il Mulino, 2004, p. 95.

³⁴ Art. 25, d.P.R. 616/1977.

tuttavia, cadde la dichiarazione di illegittimità costituzionale (per eccesso di delega) contenuta nella sentenza della Corte Costituzionale n. 173 del 1981. Le argomentazioni della sentenza schiudevano 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 qualificati come Ipab, tramite accertamento giudiziale o per mezzo di procedure o provvedimenti di natura amministrativa. Recependo 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 Ipab³⁵. Allo stesso modo, anche le Regioni fissarono alcuni criteri, sostanzialmente in linea con quanto statuito dal Governo centrale³⁶.

Peraltro, la giurisprudenza successiva delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione avrebbe ribadito costantemente che il riconoscimento dell'effettiva natura giuridica delle Ipab prescindeva dagli indici forniti dalle fonti amministrative o legislative, risultando prevalenti in ogni caso i principi generali dell'ordinamento³⁷.

La prima conseguenza di siffatta interpretazione risiede nel fatto che 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 comportassero 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 esauriti³⁸. Ed assai uniforme si è rivelata la relativa giurisprudenza che, nella maggior parte dei casi, ha limitato il proprio giudizio alla valutazione preliminare

³⁵ 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.

³⁶ La Regione Lombardia approvò un'apposita legge dove vennero fissati i criteri per la "depubblicizzazione" delle Ipab (l.r. 27 marzo 1990 n. 21).

³⁷ Si v., ad esempio, Cass., Sez. Un., 7 maggio 1998 n. 4631, in *RFI*, 1998, voce *Istituzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 7; Cass., Sez. Un., 22 novembre 1999 n. 812, in *GC*, 2000, I, p. 995, con nota di GIACALONE.

³⁸ Tra i temi più ricorrenti dei ricorsi vi sono quello di ordini di servizio che disponevano la cessazione dei rapporti e quello dell'utilizzo indiscriminato dei rapporti a termine. Si vedano Cass. civ., Sez. Un., n. 812/1999, cit., e Cass., Sez. Un., 18 settembre 2002 n. 13666, in *RFI*, 2002, voce *Istituzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 10.

della natura dell'ente coinvolto, indirizzando il contenzioso, secondo le circostanze, alla giurisdizione amministrativa ovvero al giudice del lavoro³⁹.

Il lungo viaggio verso la privatizzazione delle Ipab e dei rapporti di lavoro che vi fanno capo sarebbe ripreso nel 2000, con la delega conferita dalla l.q. n. 328 al Governo di rivedere *ex novo* lo statuto giuridico di tali enti, sciogliendo definitivamente un'incertezza normativa perdurante da anni. L'art. 10 della l. 328/00 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 dalla trasformazione statutaria prescelta. Tali scarni ma rilevanti principi hanno trovato attuazione nel d.lgs. 4 maggio 2001 n. 207. In linea generale, con la previsione di cui all'art. 4, co. 3, vengono riprodotte alcune delle regole generalmente previste nei casi di trasferimenti d'azienda, a tutela dei lavoratori alle dipendenze del cedente: l'impossibilità di configurare il trasferimento in sé quale giustificazione di recesso dal contratto di lavoro⁴⁰, il diritto di mantenere i propri rapporti, a tempo indeterminato o a termine (in tal caso almeno fino alla scadenza dello stesso), oltre che i benefici derivanti dall'anzianità sin a quel momento maturata. Un'altra disposizione (art. 11) stabilisce una regolazione specifica per i rapporti che i dipendenti avranno nelle Ipab trasformate in Aziende per i servizi alla persona (ASP), prevedendo l'istituzione di uno specifico comparto di contrattazione collettiva, nonché di una procedura selettiva e pubblicizzata in tema di assunzioni.

L'ultimo atto del lungo viaggio delle Ipab verso la privatizzazione, sempre secondo il d.lgs. 207/01, doveva essere costituito dalla normativa re-

³⁹ Si vedano, tra le altre, Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999 n. 492, in *RFI*, 1999, voce *Istituzioni pubbliche di assistenza* [3790], n. 9 e Cass. 19 maggio 2003 n. 7843, in *RIDL*, 2004, II, p. 94, con nota di SPOLVERATO.

⁴⁰ Art. 4, co. 3, d.lgs. 207/01: "L'attuazione del riordino non costituisce causa di risoluzione del rapporto di lavoro col personale dipendente che alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo abbia in corso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Il personale dipendente conserva i diritti derivanti dall'anzianità complessiva maturata all'atto del riordino. Eventuali contratti di lavoro a termine sono mantenuti fino alla scadenza".

gionale di attuazione. La Regione Lombardia ha provveduto con la l.r. 13 febbraio 2003 n. 1 e il relativo regolamento n. 11/03, con i quali ha stabilito i criteri e le modalità di trasformazione della natura giuridica delle Ipab, lasciando ai singoli enti la facoltà di scegliere fra la forma pubblica di azienda speciale pubblica e quella di fondazione privata; una simile scelta, del resto, riflette quella adottata anche in altre Regioni⁴¹. Anche questa legge, come si dirà fra un momento, contiene alcune importanti disposizioni in tema di rapporti di lavoro.

6. Gli effetti della privatizzazione sulla disciplina dei rapporti di lavoro

La privatizzazione delle Ipab ha prodotto diverse conseguenze in termini di tendenza alla diversificazione delle attività, di "aziendalizzazione" dell'organizzazione interna, di evoluzione della domanda di lavoro, di attivazione di nuove dinamiche sindacali. In questa sede ci si limiterà ad esaminare gli effetti della privatizzazione sulla disciplina individuale e collettiva dei rapporti di lavoro.

Come si è accennato in precedenza, l'art. 4, co. 3, d.lgs. 207/01 declina, attraverso una disciplina speciale, le regole che l'art. 2112 cod. civ. stabilisce in via generale per il settore privato al fine di rendere relativamente autonome le vicende del rapporto di lavoro dalle successioni nella titolarità dell'impresa. Salvo che (come nel caso in questione) esista una disciplina speciale, tali regole *standard* (che, nella sostanza, garantiscono la continuità dei rapporti di lavoro e fanno salvi i diritti maturati in costanza di rapporto) trovano applicazione, secondo quanto stabilito dall'art. 31, d.lgs. 165/01⁴², anche alle ipotesi nelle quali il mutamento riguardi la natura giuridica, il "tipo", di datore di lavoro, che da pubblico diventa privato. L'art. 31, d.lgs. 165/01, ha previsto infatti che l'art. 2112 cod. civ., nonché l'art. 47, l. 29 dicembre 1990 n. 428, debbano regolare anche i casi di "trasferimento o conferimento di attività svolte da amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture ad altri soggetti, pubblici o privati", fatte salve eventuali discipline spe-

⁴¹ Sul punto si v. BANDINI ZANIGNI, *Dalla legge 328/2000 alle leggi regionali: la riforma delle IPAB*, in *DE*, 2005, p. 315 ss.

⁴² L'art. 31, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (Testo unico sul lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) riproduce il testo dell'art. 34, d.lgs. 29/93, successivamente modificato dal d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80. Si v. MAINARDI, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati* (art. 34), in CARINCI F., D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, II, 2ª ed., Giuffrè, 2000, p. 967 ss.

ciali che svolgano una analoga funzione di garanzia delle posizioni dei lavoratori⁴³. Come è stato osservato, la nozione di “trasferimento o conferimento di attività” è ancora più capiente di quella ampia nozione di “trasferimento d'azienda” elaborata sia dalla giurisprudenza nazionale che da quella della Corte di Giustizia, che hanno inteso per tale ogni “trasferimento di una entità economica che abbia e mantenga una propria identità”⁴⁴. 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 economica⁴⁵.

Alla disciplina *standard* in tema di trasferimento d'azienda si accede, dunque, o attraverso l'art. 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 *default* dell'art. 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 lavoro⁴⁶. Esso, 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, secondo le previsioni dell'art. 2112, co. 3, cod. civ. Del nocciolo duro di regolazione connessa ai trasferimenti d'azienda dovreb-

⁴³ Sulla disciplina di cui all'art. 31 si v. BASENGHI, *Commento all'art. 31. Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro. III. Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2004, p. 223 ss.; STANCANELLI, *Sub art. 31*, in VOLPE ET AL., *L'impiego pubblico. Commento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Giuffrè, 2003, p. 613 ss.

⁴⁴ 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 contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di 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. DE SIMONE, *La “privatizzazione” dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in LD, 2001, spec. p. 261.

⁴⁵ NOVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in LD, 2001, p. 251 ss.

⁴⁶ DE SIMONE, *op. cit.*, p. 260.

bero, infine, far parte anche quelle norme che stabiliscono diritti di informazione e consultazione sindacali che discendono dall'art. 47, l. 428/90.

Di tale problema la normativa speciale relativa alle *ex* Ipab delineata dal d.lgs. 207/01 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 tratterà, 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 precedente⁴⁷. In questo caso non vi è un'impresa privata già esistente: il cessionario altro non è che il vecchio soggetto di diritto pubblico divenuto soggetto di diritto privato. Ma è vero anche che, per diverso “*contratto collettivo applicabile*”, 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'art. 2112 debba essere integrato da quanto disposto dalle Direttive 77/187/CE del 14 febbraio 1977 e 98/50/CE del 29 giugno 1998 a proposito di tale periodo minimo). E allora, quale potrà essere il “nuovo” contratto collettivo applicabile?

Le diverse soluzioni proposte dalla dottrina erano ispirate a logiche diverse⁴⁸: 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

⁴⁷ È quanto osserva BALLESTRERO, *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in LD, 2001, p. 296, riferendosi più in generale alle vicende di privatizzazione delle aziende di servizi pubblici.

⁴⁸ Si riprende qui la distinzione proposta da BALLESTRERO, *ibidem*, p. 292 ss.

alcuna contratto collettivo; in caso contrario, il contratto già applicato dal cessionario avrebbe sostituito il vecchio contratto collettivo); c) 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 lavoro⁴⁹. 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 delle 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 avrebbero potuto ritenersi disciplina speciale rispetto a quella *standard* stabilita dall'art. 2112 cod. civ., se su di esse non fosse intervenuta la dichiarazione di illegittimità

⁴⁹ BALLESTRERO, *ibidem*; NOVELLA, *op. cit.*

costituzionale (si v. *infra*). La logica ispiratrice era quella del mantenimento dell'omogeneità delle condizioni di partenza e della graduale omogeneizzazione delle condizioni di lavoro di vecchi e nuovi assunti. La l.r. lombarda 1/03, dopo aver riprodotto all'art. 3, co. 6, le disposizioni previste dal d.lgs. 207/01 in materia di conservazione della continuità del rapporto e dei diritti maturati⁵⁰, a proposito della successione dei contratti collettivi all'art. 18, co. 13, ha infatti stabilito: "Fino alla determinazione di un autonomo comparto di contrattazione, al personale delle IPAB 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 UNEBA, 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 antisindacale, 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* Ipab. Detti ricorsi hanno avuto un esito difforme nella fase di urgenza, ma convergente nell'esito finale: mentre 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 giudicante⁵¹.

⁵⁰ Articolo 3, co. 6, l.r. 1/03: "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".

⁵¹ Cfr. Trib. Lecco, ordinanza 26 luglio 2004 (inedita); Trib. Mantova, decreto 2 dicembre 2004 (inedito); Trib. Mantova, ordinanza 3 giugno 2005, in *ADL*, 2006, p. 879 ss., con nota di SALOMONE, *Trasformazione delle Ipab in fondazioni private e contratto collettivo applicabile*.

Non è possibile qui ricostruire il complesso nodo di problemi giuridici sollevati dal caso in questione, in particolare in ordine al possibile contrasto delle disposizioni della legge regionale con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost., che impedirebbe, nella prospettazione dei giudici, ogni intervento eteronomo "sui termini e sui modi della contrattazione collettiva"⁵². Quel che pare importante sottolineare è che, in occasione di tale controversia, hanno avuto modo di manifestarsi in concreto non solo i problemi in merito alla 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. Secondo i due tribunali, infatti, 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 ai sensi del nuovo testo dell'art. 117 Cost. La Corte costituzionale, da questo punto di vista, non ha deluso le aspettative. Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, co. 13, della l.r. 1/03, 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 suo potere di autodeterminarsi". In altre parole, un obbligo a partecipare ad un procedimento negoziale le cui controparti sono "autoritativamente individuate" richiede la previsione di una legge statale, a prescindere poi dalla legittimità costituzionale della norma sotto altri profili, ad esempio per violazione dell'art. 39 Cost.⁵³

Si tratta di una conclusione del tutto condivisibile. Se non tutto il diritto del lavoro può essere ricondotto all'"ordinamento civile", non vi è dubbio sul fatto che l'intero diritto sindacale "sia stato ricostruito dalla dot-

trina e dalla giurisprudenza post-bellica in chiave di autonomia privata-collettiva, utilizzando categorie civilistiche"⁵⁴. Pare dunque abbastanza chiaro che la Regione Lombardia, nel normare la questione della successione dei contratti collettivi applicabili ai rapporti di lavoro delle ex Ipab, abbia invaso un campo riservato alla competenza statale. Il problema è che tale conflitto istituzionale ha determinato, nell'attesa della pronuncia della Consulta sul punto, una situazione di profonda incertezza normativa, che ha dato luogo a un vero e proprio blocco decisionale, perché i datori di lavoro, nell'impossibilità di conoscere in anticipo il trattamento da applicare ai propri dipendenti, hanno preferito ridurre al massimo le decisioni rispetto a chi e a quanti assumere, anche per mettersi al riparo da possibili azioni giudiziarie, anche a costo di non poter far fronte efficacemente all'elevato *turn over* del settore. Le stesse organizzazioni sindacali si sono trovate strette nel dilemma di favorire nuove assunzioni o la regolarizzazione di rapporti che spesso nascondono ipotesi di appalto illecito di manodopera, a prezzo di creare una concorrenza al ribasso fra lavoratori. La consapevolezza dei danni che questo blocco decisionale arrecava tanto ai datori di lavoro quanto ai lavoratori, oltre che al sistema di rapporti sindacali, ha spinto verso una soluzione concordata della vicenda, attraverso la sigla di un Protocollo d'intesa fra organizzazioni sindacali e Confservizi che ha previsto l'applicazione dei contratti collettivi in essere al momento della trasformazione ai vecchi e nuovi assunti, fino alla stipula del nuovo contratto⁵⁵.

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 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. Una premessa: l'importanza di chiamarsi pubblico

Le trasformazioni attraverso cui è passato il settore dei servizi sociali hanno favorito il progressivo ampliamento dei soggetti erogatori delle pre-

⁵² Di diverso avviso è SALOMONE, *op. cit.*, p. 890, il quale propone una lettura della previsione conforme all'art. 39 Cost.

⁵³ C. Cost. 14 dicembre 2006 n. 411, in *MGL*, 2007, p. 218 ss., con nota di VALLEBONA, *Leggi regionali e ordinamento del lavoro*, pp. 228-229.

⁵⁴ CARINCI F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 17 ss.

⁵⁵ Il protocollo è reperibile all'indirizzo internet www.uilfplemiliaromagna.it/.

stazioni, 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. 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 d.lgs. 29/93, abbia completamente uniformato il trattamento economico e normativo dei lavoratori dei due settori. Nel settore pubblico permangono spiccati elementi di specialità della disciplina del rapporto, e forti differenziazioni legate, da un lato, all'inapplicabilità di interi pezzi di disciplina lavoristica (è il caso della disciplina del lavoro a progetto) o, quanto meno all'inapplicabilità di sanzioni tipicamente proprie del settore privato per le ipotesi di illegittimo ricorso a contratti di lavoro flessibili, il che si traduce in un innegabile vantaggio per i datori di lavoro pubblici; dall'altro, a far da contrappeso, al carattere generalmente più favorevole delle condizioni previste dai contratti collettivi 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 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 ri-

corso 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 organizzativa previste dalla legislazione del lavoro: il lavoro a tempo determinato, la somministrazione, il lavoro a progetto.

8. (segue) *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*

Com'è noto, la disciplina del *lavoro a tempo determinato* è stata interamente riscritta dal d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, con l'intento dichiarato di renderla maggiormente funzionale alle esigenze organizzative dei datori di lavoro e, al tempo stesso, di prevenire gli abusi connessi 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 indeterminato⁵⁶, che resta tuttavia la regola ovvero, secondo la dizione della direttiva comunitaria, la "forma comune" dei rapporti di lavoro⁵⁷. La dottrina più attenta ha ritenuto, in proposito, che detta distin-

⁵⁶ Sulla disciplina del contratto a termine dopo il d.lgs. 368/01 si v., tra i molti, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2004; BIAGI (a cura di), *Il "nuovo" lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, 2002.

⁵⁷ La legge 24 dicembre 2007 n. 247 ha inserito nel corpo dell'art. 1, d.lgs. 368/01 la previsione secondo la quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato", che riprende la citata previsione della dir. 99/70/CE in materia. Sul punto si rinvia ad ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul Welfare: prime osservazioni*, Working Paper n. 68-2008it del Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona" di Catania, reperibile all'indirizzo internet www.lex.unict.it/eurolabor.

zione debba fondarsi sul requisito della *temporaneità* dell'esigenza fatta valere dal datore di lavoro per procedere ad un'assunzione a tempo determinato⁵⁸. 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 retributivo e normativo nei confronti del lavoratore assunto a termine rispetto al lavoratore a tempo indeterminato che svolga le medesime mansioni⁵⁹. 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. 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 d.lgs. 368/01 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 medesimo⁶⁰. Detta conseguenza, tuttavia,

⁵⁸ SPEZIALE, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *DLRI*, 2002, p. 225 ss.

⁵⁹ La parità di trattamento è estesa a tutti gli emolumenti di natura retributiva e alla contribuzione previdenziale.

⁶⁰ Le previsioni in materia di successione di contratti a termine sono state recentemente modificate dalla l. 24 dicembre 2007 n. 247, attuativa delle previsioni del Protocollo sul *Welfare* siglato il 23 luglio 2007. Si rinvia nuovamente ad ALESSI, *La flessibilità del lavoro*, cit.

si verifica solo nei confronti del datore di lavoro *privato* e non nei confronti del datore di lavoro *pubblico*, al quale tuttavia il d.lgs. 368/01 si applica ai sensi dell'art. 36, co. 1, d.lgs. 165/01⁶¹. 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. 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'art. 36, co. 2, d.lgs. 165/01 (t.u. sul lavoro alle dipendenze della P.A.), ed è giustificata dalla norma dell'art. 97 Cost. che subordina l'accesso all'impiego nella P.A. allo svolgimento di un concorso, salvo ipotesi eccezionali. È bene segnalare, tuttavia, che alcuni ostacoli all'utilizzazione del lavoro a termine nel settore pubblico possono derivare, da un lato, dalla necessità, affermata da una parte della dottrina, di svolgere la procedura concorsuale anche per le assunzioni a tempo determinato⁶² e, dall'altro, dai limiti e dai tetti quantitativi introdotti dalla legge finanziaria per il 2008 al ricorso ai contratti a tempo determinato⁶³.

Un altro strumento di gestione flessibile del personale è rappresentato dalla *somministrazione di lavoro*. 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, nonostante una tendenziale crescita del numero di lavoratori avviati con il contratto in pa-

⁶¹ L'art. 36, co. 1, d.lgs. 165/01, come modificato dalla l. 24 dicembre 2007 n. 244, pur imponendo forti limitazioni, autorizza il ricorso alle "forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa". Sull'applicazione del d.lgs. 368/01 nei confronti della p.a. si v. VINCENTI, *Le assunzioni a tempo determinato*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, cit., p. 344 ss.; sulla disciplina del contratto a termine nell'impiego pubblico prima del d.lgs. n. 368/01 si v. DE MARGHERITI, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *QDLRI*, 2000, n. 23, p. 115 ss.

⁶² In tal senso VINCENTI, *op. cit.*, p. 356; DE MARGHERITI, *op. cit.*, p. 121 ss.; *contra* FIORILLO, *Il reclutamento del personale pubblico*, in CARINCI F., D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 1082.

⁶³ Il riferimento è all'art. 3, co. 79, l. 244/07 che ha modificato il testo dell'art. 36, d.lgs. 165/01 prevedendo che le pp.aa. possano avvalersi delle tipologie flessibili di lavoro solo per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, che in questi casi debba comunque essere privilegiato il ricorso all'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni e che, infine, il lavoratore assunto con contratto a termine non possa vedersi rinnovare il contratto né essere assunto con altra tipologia contrattuale.

rola registratasi negli ultimi anni, la somministrazione di lavoro, così come in precedenza il lavoro interinale, copre una quota di mercato molto limitata⁶⁴.

La disciplina giuridica della somministrazione di lavoro è stata introdotta dal d.lgs. 276/03, attuativo della l. 30/03, che ha al tempo stesso abrogato la disciplina del lavoro temporaneo o interinale di cui agli artt. I-II della l. 24 giugno 1997 n. 196 (c.d. Pacchetto "Treu")⁶⁵. La somministrazione di lavoro può ormai avvenire esclusivamente a tempo determinato⁶⁶, sia per i datori di lavoro privati che pubblici⁶⁷, a fronte di ragioni "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Le causali che legittimano il ricorso alla tipologia contrattuale in esame sono dunque 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 contratto⁶⁸. La somministrazione, a differenza dell'appalto, può avere ad oggetto anche lo svolgimento di mere prestazioni di lavoro rientranti nell'ordinaria attività dell'utilizzatore, dunque il ricorso al contratto di somministrazione, in queste ipotesi, risulta molto meno "rischioso" dal punto di vista delle sanzioni applicabili, anche se decisamente più costoso dal punto di vista economico. Per questa ragione lo strumento più utilizzato nel set-

⁶⁴ 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*, FrancoAngeli, 2004, p. 130 ss.

⁶⁵ Sulla disciplina del lavoro temporaneo di cui alla l. 196/97 si v. NAPOLI (a cura di), *Il "pacchetto Treu". Commentario alla L. 24 giugno 1996, n. 197*, in *NLCC*, 1998, p. 1171 ss.; GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Giuffrè, 1997; TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, 1999.

⁶⁶ La l. 247/07 ha abolito il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, originariamente previsto dal d.lgs. 276/03 in alcune ipotesi tassativamente individuate dall'art. 20 del medesimo decreto. Sul punto si v. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *GL*, 2008, 2, p. 124 ss.

⁶⁷ Il ricorso al contratto di somministrazione per i datori di lavoro pubblici era già limitato alla sola tipologia a tempo determinato, secondo le previsioni dell'art. 86, co. 9, d.lgs. 276/03. Sull'applicazione del d.lgs. 276/03 nelle Pubbliche Amministrazioni si v. BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *LD*, 2004, p. 69 ss.; ZOLI, *Commento all'art. 1*, in *AA. VV.*, *Il nuovo mercato del lavoro. d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Zanichelli, 2004, p. 18 ss.

⁶⁸ GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato*, in *MAGNANI, VARESI* (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, 2005, p. 315 ss.

tore 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*, spesso stipulato con cooperative, sociali e non.

La nuova disciplina degli appalti di servizi, ridisegnata dal d.lgs. 276/03, si è inserita in un quadro normativo in evoluzione, che vedeva, da un lato, la privatizzazione delle Ipab e, dall'altro, la riforma della disciplina della prestazione di lavoro nelle cooperative. Queste trasformazioni hanno inciso notevolmente sull'approccio che le ex Ipab tradizionalmente avevano nei confronti degli appalti, considerati strumenti di gestione ordinaria del personale, che non creavano grossi problemi neppure dal punto di vista sanzionatorio, perché la natura pubblicistica delle Ipab 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 d.lgs. n. 276/03 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 retributivi e contributivi.

L'art. 29, d.lgs. 276/03, riprendendo l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi 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'art. 84, secondo comma, del medesimo d.lgs., che riguarda i "codici di buone pratiche" da emanarsi da parte del Ministero del lavoro in materia di interposizione illecita e appalto genuino⁶⁹, che prevede che i codici citati devono

⁶⁹ I suddetti codici avrebbero dovuto essere emanati entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. 276/03, ma non risultano ancora pubblicati. Sul punto è intervenuta la circolare ministeriale n. 48/2004 del 15 dicembre 2004 che, nel fornire alcuni chiarimenti sulle modalità di costituzione e funzionamento delle commissioni di certificazione, ha individuato

tener conto “della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico d’impresa da parte dell’appaltatore”⁷⁰.

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 prestato dai dipendenti di quest’ultimo⁷¹.

In seguito dell’abrogazione della l. 23 ottobre 1960 n. 1369, cade anche la presunzione assoluta di ricorrenza di un appalto illecito nell’ipotesi di fornitura di “capitali, macchine e attrezzature” da parte dell’appaltante, con la conseguenza che la valutazione circa il rilievo di detta fornitura ai fini della liceità o meno dell’appalto dovrà essere svolta caso per caso, avendo riguardo alle concrete caratteristiche del servizio appaltato⁷². L’allargamento della nozione di appalto legittimo operato dall’art. 29, d.lgs. 276/03, tiene probabilmente conto della necessità di mantenere nell’area della liceità 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”, come avviene nel settore dei servizi socio-assistenziali. 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 della ricerca, di ser-

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.

⁷⁰ Sulle questioni sollevate dalla previsione si v. ROMEI, *La distinzione tra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d’azienda*, Giuffrè, 2006, p. 303 ss.

⁷¹ Si v., ad esempio, Trib. Venezia 9 dicembre 2005, in *IPrev*, 2006, p. 595; Trib. Padova 5 settembre 2000, in *IP*, 2001, p. 1354.

⁷² CHIECO, *op. cit.*, p. 149.

vizi socio assistenziali. 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*. In questo senso, del resto, si è orientata la giurisprudenza più recente formatasi sulla questione⁷³.

Per quanto attiene ai profili sanzionatori, occorre infine ricordare che il riconoscimento dell’illiceità 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 somministrazione.

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 committente sia un’amministrazione pubblica; il problema si pone perché risulta espressamente abrogata la l. 1369/60, mentre il d.lgs. 276/03 non si applica alle amministrazioni pubbliche e al loro personale⁷⁴. Occorre in via preliminare chiarire che la mancata estensione al settore pubblico della disciplina di cui all’art. 29, d.lgs. 276/03, non implica affatto, quale conseguenza, l’impossibilità per le amministrazioni pubbliche di ricorrere allo strumento dell’appalto di opere e servizi⁷⁵. 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’ultimo⁷⁶. In secondo luogo, è opportuno segnalare che i requisiti di legittimità dell’appalto previsti espressamente dall’art. 29, benché non direttamente applicabili alle pubbliche amministrazioni in virtù di quanto detto sopra, cominciano ad essere utilizzati dalla giurisprudenza quali indici della legittimità dell’appalto⁷⁷. Quanto alle

⁷³ Si v., ad esempio, Tar Piemonte 27 giugno 2006 n. 2711, in *MGL*, 2006, n. 11, p. 856 ss.; Tar Brescia, 4 marzo 2008 n. 212, inedita.

⁷⁴ Sul punto si v. BORGOGELLI, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁷⁵ ZOLI, *op. cit.*, p. 18 ss.

⁷⁶ Tale possibilità si verificava anche nel vigore della previgente disciplina, per le ipotesi che la giurisprudenza riteneva escluse dall’applicazione della l. 1369/60: si v., ad esempio, Cass. 1° febbraio 2001 n. 1428, in *OGL*, 2001, I, p. 319.

⁷⁷ Si v., ad es., Tar Brescia 4 marzo 2008, cit.

conseguenze sanzionatorie, 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'art. 2126 cod. civ. (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 d.lgs. 276/03 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'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. 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 stragrande maggioranza dei casi collegate 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 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.

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 artt. 61 ss., d.lgs. 276/03. Prima di esaminare, sia pure sommariamente, 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 acquistando 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 qualificate, per via della carenza di personale infermieristico, generalmente più attratto dalle strutture ospedaliere⁷⁸. Spesso, per le professionalità particolarmente elevate e maggiormente richieste, il ricorso alle co.co.co. o

⁷⁸ Si rinvia ancora a NERI, *Il mercato del lavoro*, cit., spec. p. 125 ss., per il caso lombardo.

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 semplificare, il quadro normativo. Per le amministrazioni pubbliche, invece, in forza della generale esclusione dall'applicazione dell'intero d.lgs. 276/03 disposta dall'art. 1, co. 2 del medesimo decreto, continua ad applicarsi la disciplina previgente⁷⁹.

Restando, per il momento, nell'ambito del lavoro *privato*, è opportuno analizzare i principali profili di disciplina della tipologia contrattuale in esame, in modo da evidenziarne le opportunità e le criticità.

La nuova tipologia contrattuale è incentrata 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 giurisprudenza⁸⁰ che si sono occupate della questione hanno indicato, quali caratteristiche del progetto, la sua specificità, cioè il suo riferirsi ad un segmento dell'attività di impresa definito e compiuto, e la durata determinata nel tempo⁸¹. L'individuazione del "progetto", per le tipologie di lavoro presenti nel settore in esame, 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 temporalmente definito da affidare al lavoratore a progetto. Si pensi alle prestazioni fornite dal personale infermie-

⁷⁹ BORGOGELLI, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁸⁰ Sul lavoro a progetto sono state pubblicate diverse sentenze di merito. Si v. Trib. Torino 5 aprile 2005, in *GL*, 2005, n. 22, p. 10 ss.; Trib. Ravenna 24 novembre 2005, in *MGL*, 2006, p. 149, con nota di PELLACANI; Trib. Pistoia 17 marzo 2006, in *D&L*, 2006, p. 1075, con nota di CONTE, *Il progetto: un'attività "distinguibile" dall'ordinario ciclo produttivo*; Trib. Milano 2 agosto 2006, in *RGL*, 2007, II, p. 271, con nota di VITALETTI, *Definizione e contenuto del "rapporto a progetto": tre anni di esperienza giurisprudenziale*; Trib. Pavia 13 febbraio 2007, in *D&L*, 2007, p. 433.

⁸¹ La necessità della determinazione della durata del contratto si ricava dall'art. 62, co. 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. PERULLI *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 707 ss.

ristico, 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" (art. 69, co. 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'art. 61, co. 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 €. 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 indeterminato⁸². Nel settore socio-assistenziale, in ogni caso, non si registra un significativo ricorso al 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 datori di lavoro privati, stante la generale esclusione dall'applicazione della riforma del lavoro prevista dall'art. 1, co. 2, d.lgs. 276/03. 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 considerevoli⁸³, 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 Ipab*, per le quali il diverso regime normativo applicabile ai rapporti di lavoro dipende dalla scelta effettuata in sede di trasformazione.

⁸² Oppure, secondo alcuni Autori, in contratto di lavoro autonomo occasionale ai sensi dell'art. 2222 cod. civ. In tal senso, ad es., PERULLI, *ibidem*, p. 732.

⁸³ Di oltre 500.000 rapporti di collaborazione parla PERULLI, *op. cit.*, p. 738.

Quanto alle altre tipologie contrattuali flessibili introdotte dalla riforma del mercato del lavoro di cui al d.lgs. 276/03, gli operatori del settore hanno manifestato una diffidenza che 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. Il riferimento è, in questo caso, soprattutto al *job sharing*⁸⁴, dato che il lavoro intermittente, che tuttavia risultava poco "attraente" per il settore socio-assistenziale, è stato abrogato dalla l. 247/07⁸⁵. Una spinta verso l'apertura a strumenti di flessibilità diversi da quelli tradizionali può probabilmente derivare dalla contrattazione collettiva, alla quale è affidato il compito di integrare e precisare le previsioni legali.

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 socio assistenziali, in primo luogo per il permanere di incertezze interpretative in ordine alle condizioni di liceità 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 l. 30/03 e del d.lgs. 276/03 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)⁸⁶. 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 Ipab* 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 organizzativa. Il para-

⁸⁴ Il contratto di lavoro ripartito (o *job sharing*) è disciplinato dagli artt. 41 e ss., d.lgs. 276/03, 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

⁸⁵ La l. 247/07 ha previsto, per la verità, che il contratto di lavoro intermittente possa essere reintrodotta, a date condizioni, dalla contrattazione collettiva, ma esclusivamente nei settori del turismo e dello spettacolo.

⁸⁶ È il caso della prima fase applicativa della nuova disciplina relativa al lavoro progetto.

dosso 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 attori⁸⁷.

9. 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. badanti⁸⁸. Le ragioni alla base del fenomeno sono diverse, ma quella principale è certamente riconducibile al maggior impegno lavorativo delle donne⁸⁹, 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"⁹⁰. Da questo punto di vista, la disponibilità delle lavoratrici extracomunitarie, per lo più irregolari⁹¹, ad occupare una quota del mercato del lavoro la-

⁸⁷ RANCI, *La sperimentazione dei mercati sociali*, cit., p. 301.

⁸⁸ 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 v. 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/atp/page.1021.0.0.0.atp?node=225; AGENZIA SANITARIA EMILIA-ROMAGNA, *Domanda di cure domiciliari e donne migranti*, 2005, reperibile all'indirizzo www.regione.emilia-romagna.it/agenziasan/collidoss/index.htm.

⁸⁹ SARACENO, *La conciliazione di responsabilità familiare e attività lavorativa in Italia: paradossi ed equilibri imperfetti*, in *Polis*, 2003, p. 3 ss.; REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in TURSI (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Giappichelli, 2005, p. 44.

⁹⁰ COSSENTINO, INNORTA, *Qualità del lavoro e qualità della vita: la cura per gli anziani non autosufficienti tra lavoro formale, lavoro sommerso e lavoro domestico*, in FREY, PAPPADÀ (cura di), *Aumento dell'occupazione e precarietà nell'assistenza socio sanitaria domiciliare agli anziani*, FrancoAngeli, 2005, p. 130 ss.

⁹¹ Il dato è confermato anche dalle ricerche empiriche svolte in alcune realtà territoriali. Si v., ad esempio, oltre a quelle già citate, la ricerca curata dall'Osservatorio Regionale per l'Integrazione e la Multiethnicità della Regione Lombardia, *Un'assistenza senza confini*.

sciata 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 sollevano e che, dunque, questi sono soddisfatti principalmente attraverso reti informali⁹². Se la maggiore disponibilità di risorse economiche erogate da Stato ed enti territoriali⁹³ 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. 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.

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 abbiamo come obiettivo principale l'emersione dal sommerso di questa tipologia di attività. L'accesso al mercato del lavoro "regolare" incontra anche ostacoli di tipo normativo istituzionale, ad esempio 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

Welfare "leggero", famiglie in affanno, aiutanti domiciliari immigrate, 2005, reperibile all'indirizzo internet www.ismu.org/ORIM.

⁹² DECIMO, *Quando emigrano le donne. Percorsi e reti femminili della mobilità transnazionale*, il Mulino, 2005, p. 80 ss.

⁹³ 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 proposito DA ROTT, *Politiche regionali a confronto: Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto*, in OSTA (a cura di), *Politiche per la non autosufficienza*, cit., p. 27 ss.; nonché i saggi raccolti in PASQUINELLI (a cura di), *Nuovi strumenti di sostegno alle famiglie. Assegni di cura e voucher sociali*, Carocci, 2007.

di tipo informale, come il ricorso ad amici/conoscenti, organizzazioni religiose e, nelle ipotesi peggiori, vere e proprie forme di caporalato⁹⁴.

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 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 sessuata 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 lavoratori⁹⁵.

Già da ora questa richiesta di riconoscimento ha trovato risposta in alcune Regioni attraverso l'introduzione di corsi di formazione dedicati alla

⁹⁴ DA ROIT, CASTEGNARO (a cura di), *Chi cura gli anziani non autosufficienti?*, FrancoAngeli, 2004; SOCCI, *op. cit.*

⁹⁵ BETTIO, SOLINAS, *GALCA Project. Final Report*, Fondazione G. Brodolini, Roma, 2005.

nuova professione emergente, che consentono in molti casi di acquisire crediti formativi spendibili nei percorsi per l'acquisizione delle qualifiche di ASA o di OSS⁹⁶.

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 (l. 30 luglio 2002 n. 189), in vista della regolarizzazione delle posizioni di migliaia di lavoratrici extracomunitarie impiegate nel lavoro di cura. L'art. 33 della l. 189/02 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 *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 ccnl per il lavoro domestico del 2001⁹⁷ non prevedeva espressamente la figura della badante, creando anche qualche difficoltà di inquadramento nella categorie contrattuali⁹⁸. 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 domestiche⁹⁹.

⁹⁶ Si v., ad esempio, le schede pubblicate con il titolo *L'assistente familiare: indirizzi regionali*, in *Alss*, 2004, p. 141 ss.

⁹⁷ Ccnl sulla disciplina del rapporto di lavoro domestico 8 marzo 2001, reperibile nel sito www.cnel.it. Il contratto è stato rinnovato nel febbraio del 2007 e prevede una nuova classificazione dei lavoratori addetti ai servizi domestici.

⁹⁸ 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 capacità professionale (ad esempio: assistente all'infanzia o baby sitter, autista, cuoco, cameriere, guardarobiere, addetto alla stiratura, 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 super, 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 svolgano mansioni per le quali occorra una specifica elevata competenza professionale (ad esempio: addetto alla compagnia, istitutore, puericultrice, governante, direttore di casa, maggiordomo, capo cuoco o chef, infermiere diplomato generico, assistente geriatrico)". L'inquadramento più corretto era sembrato quest'ultimo, in virtù del riferimento all'assistente geriatrico; cfr., in proposito, Trib. Roma 13 maggio 2005 n. 6571, in *GL*, 2005, 30, p. 50.

⁹⁹ In particolare, la classificazione dei lavoratori è articolata su 8 livelli, distinti 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 auto-

L'art. 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 corresponsione di una retribuzione non inferiore a quella prevista dal contratto collettivo nazionale di lavoro¹⁰⁰. 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 irregolare¹⁰¹. 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 lavoro¹⁰². Uno degli elementi da considerare, ad esempio, è la natura intrinsecamente temporanea dell'occupazione nel settore in esame¹⁰³, che richiederebbe interventi mirati. Un primo passo in tale direzione è la riserva, contenuta nel decreto annuale di programmazione degli ingressi di cittadini extracomunitari, di un certo numero di posti per i lavoratori domestici, nell'ambito della quota per lavoro subordinato¹⁰⁴.

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 all'assistenza personale dello stesso contribuente o

sufficienti o meno. Si v. il ccnl sulla disciplina del lavoro domestico, 13 febbraio 2007, reperibile all'indirizzo www.meltingpot.org/articolo9794.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: <http://www.uppi.roma.it/>.

¹⁰⁰ BOLLANI, SPATARO, *Immigrazione e regolazione postuma del mercato del lavoro: la tecnica delle sanatorie*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 325 ss.

¹⁰¹ DA ROIT, GORI, *Regolare il mercato privato per l'assistenza: una sfida per le politiche pubbliche*, in *TN*, 2003, p. 385 ss.; ASTELLI, *Politiche dell'immigrazione e accesso al lavoro nella legge Bossi-Fini*, in *LD*, 2003, p. 289 ss.

¹⁰² REYNERI, *Gli immigrati in un mercato del lavoro segmentato e spesso sommerso*, in Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, cit., p. 38 ss.; LUCIFORA, *Economia sommersa e lavoro nero*, il Mulino, 2003, p. 108 ss.

¹⁰³ DA ROIT, GORI, *op. cit.*, p. 387.

di uno dei suoi familiari, fino al limite di € 1.820¹⁰⁴. A ciò si aggiunge la possibilità, già prevista dalla l. 21 novembre 2000 n. 342, di dedurre dal reddito complessivo ai fini Irpef, fino all'importo di € 1.549,37, i contributi previdenziali versati per gli addetti ai servizi domestici¹⁰⁵.

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"¹⁰⁷. 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 lavoro¹⁰⁸. La circolare precisa che le agevolazioni contributive previste dall'art. 117, l. 388/00 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 d.P.R. 31 dicembre 1971 n. 1403¹⁰⁹, 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'art. 25, d.lgs. 276/03¹¹⁰, dato che i lavoratori sommini-

¹⁰⁴ 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* n. 279 del 30 novembre 2007.

¹⁰⁵ Cfr. l'art. 1, co. 349, l. 30 dicembre 2004 n. 311.

¹⁰⁶ CIRIOLI, DE LELLIS, *Sgravi per colf e badanti, regolarizzazione a più vie*, in *ItaliaOggi Sette*, 21 marzo 2005, p. 9.

¹⁰⁷ DA ROIT, GORI, *op. cit.*, p. 388.

¹⁰⁸ Si tratta della circolare n. 7/2005 del 22 febbraio 2005, pubblicata in *GU* n. 60 del 14 marzo 2005.

¹⁰⁹ 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 riassetto e di pulizia dei locali*.

¹¹⁰ GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, cit., p. 314.

strati 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.

La regolazione del mercato dell'assistenza domiciliare 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"¹¹¹. 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 Giulia¹¹², 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".

10. *Conclusioni: due spinte 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

¹¹¹ Si v. il documento *Presente e futuro delle professioni sociali per il nuovo welfare territoriale*, presentato da Anci, Upi, Federsanità, Legautonomie e pubblicato in *Alss*, 2004, p. 121 ss., spec. p. 128.

¹¹² Si tratta della l.r. 24 ottobre 2004 n. 25, *Interventi per la qualificazione e il sostegno dell'attività di assistenza familiare*.

sia quella dell'accentuarsi delle differenze di *status* e di regimi normativi o quella di una tendenziale omogeneizzazione dei trattamenti. Sono, infatti, all'opera, spinte 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 sei servizi sociali, secondo le indicazioni fornite dalla l.q. 328/00 e, più di recente, dal nuovo testo dell'art. 118 Cost., 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 giovarsi 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). Sennonché, 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*¹¹³. L'assenza di una regia permette 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 si tratta di un mercato contraddistinto da forti asimmetrie informative.

Il mancato governo della rete produce dunque disparità rilevanti non

¹¹³ Si v. COSTA, *Sistemi locali di welfare per la non autosufficienza a confronto*, e DA ROIT, *Politiche regionali a confronto: Lombardia, Emilia-Romagna e Veneto*, in COSTA (a cura di), *Politiche per la non autosufficienza*, cit., risp. p. 49 ss. e p. 27 ss., e l'analisi ivi svolta dei diversi modelli regionali di governo dell'accesso ai servizi e alle prestazioni.

solo in ordine alla quantità e qualità dei servizi sociali erogati, 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'art. 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"¹¹⁴. 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 vuoi della forte differenziazione territoriale dei servizi attualmente offerti, vuoi dell'opportunità di conservare modalità diverse di erogazione¹¹⁵. Seppure è probabile che questi limiti permangano anche in futuro, rendendo poco realistica la 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 assicurarne il godimento"¹¹⁶. Al limite dei livelli essenziali è affidata proprio la definizione della misura di diversità accettabile in un si-

¹¹⁴ ALBANESE, MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, il Mulino, 2003, p. II.

¹¹⁵ FINOCCHI GHERSI, *La legge quadro sui servizi sociali e la riforma del titolo V*, in ALBANESE, MARZUOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 56 ss.

¹¹⁶ ALBANESE, MARZUOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 12.

stema che aspira a coniugare decentramento ed eguaglianza¹¹⁷, 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"¹¹⁸. Tale limite, ha precisato ancora la Corte ha carattere trasversale, incidendo sulla legislazione regionale a prescindere che essa abbia carattere concorrente o esclusivo¹¹⁹. 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 erogare¹²⁰; 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, 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

¹¹⁷ 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 *PAPP*, 2004, p. 911 ss.

¹¹⁸ C. Cost. 27 marzo 2003 n. 88, in *FI*, 2003, I, c. 2915 ss.

¹¹⁹ C. Cost. 26 giugno 2002 n. 282, in *GCost.*, 2002, p. 2012, con nota di D'ATENA.

¹²⁰ C. Cost. n. 88/03, *cit.*

fenomeni di conflitti fra gruppi di lavoratori, dall'altra sono in corso vicende di riagggregazione delle categorie professionali e di ricomposizione delle aree di contrattazione 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 Ipab* 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 riavvicinamento delle posizioni dei lavoratori. Le stesse cooperative, costrette ad applicare il diritto comune e non più destinatarie 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.

Franca Borgogelli

La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni*

SOMMARIO: 1. L'attuazione della riforma del lavoro pubblico: bilanci e proposte. 2. Le criticità nell'attuazione della riforma. 2.1. Il regime giuridico delle progressioni verticali. 2.2. I contratti non standard. 3. Tornare allo "spirito" della riforma.

1. L'attuazione della riforma del lavoro pubblico: bilanci e proposte

Trascorsi quindici anni dall'avvio del processo di riforma della regolamentazione del lavoro pubblico – caratterizzato da un *continuum* di interventi normativi¹ – il bilancio insoddisfacente circa i risultati raggiunti in termini di efficienza, produttività, economicità dell'organizzazione e dell'azione delle pubbliche amministrazioni ha condotto a prospettare ulteriori modifiche della disciplina: introdotta da un vivace dibattito sui media, a cui hanno fatto seguito iniziative in sede parlamentare² e

* Saggio destinato agli Studi in onore del prof. Edoardo Ghera.

¹ Per il quadro delle fasi della riforma del lavoro pubblico dall'inizio degli anni '90 v. ora CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2007, p. 32 ss. Sulla disciplina del pubblico impiego alle soglie dell'avvio del processo di avvicinamento alla disciplina del lavoro privato v. GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, XX, Giuffrè, 1970, p. 293 ss.; GHERA, *Pubblico impiego. Rapporto di lavoro e attività sindacale*, Cacucci, 1975; RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

² V. in particolare il progetto di legge delega per l'istituzione di una "Authority sull'impiego pubblico", dal titolo "Norme in materia di valutazione dell'efficienza e del rendimento delle strutture dei dipendenti pubblici", elaborato da un gruppo di giuristi coordinati da ICHINO e MATTARELLA e presentato alla Camera dei Deputati (primo firmatario on. Turci) e al Senato (primo firmatario sen. Polito) nel dicembre 2006. Sulla proposta cfr. ICHINO, *I Nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della amministrazione pubblica*, Mondadori, 2006 e *Aspetti tecnici della proposta sui nullafacenti*, in www.lavoce.info 8 settembre 2006; per il dibattito da questa suscitato v. i numerosi interventi sui siti www.lavoce.info e www.astridonline.it, nonché i rilievi critici di CARUSO e ZAPPALÀ, *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance*, in *LPA*, 2007, p. 19 ss.; ZOPPOLI