



21 NOVEMBRE 2018

La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici

di Paola Bozzao

Professore associato di Diritto del lavoro
Sapienza – Università di Roma

La soggettività giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici *

di Paola Bozzao

Professore associato di Diritto del lavoro
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Il lavoro nel terzo settore: le fonti regolative - 2. La dimensione occupazionale del terzo settore - 3. Lavoro, terzo settore e disciplina dei contratti pubblici: cenni. - 4. L'incerta individuazione della disciplina contrattuale applicabile. - 5. Retribuzioni e terzo settore. - 6. Il lavoro dei volontari e dei soggetti svantaggiati. - 6.1 Il volontariato. - 6.2 I soggetti svantaggiati.

1. Il lavoro nel terzo settore: le fonti regolative

La nuova cornice normativa degli enti del terzo settore (di seguito, ETS), delineata dalla legge delega n. 106/2016 e dai suoi decreti attuativi (in particolare, i d.lgs. nn. 112 e 117 del 2017, e s.m.i.¹), si rivolge a un'ampia platea di soggetti giuridici privati, nominati e non²: le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso; ma anche le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituite per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Questi enti, pur mantenendo alcune specificità di disciplina, costituiscono – nelle intenzioni del legislatore – una categoria unitaria, assoggettata a regole condivise e destinataria – a fronte dell'assunzione di determinati obblighi formali - di specifici vantaggi; con tratti comuni che investono anche le regole giuridiche applicabili ai rapporti lavorativi instaurati all'interno di tali enti.

All'analisi di queste regole è rivolto il presente contributo. Esse impattano all'interno di un composito quadro giuslavoristico, caratterizzato da elevati profili di specificità della disciplina applicabile alle diverse realtà di settore³, la cui frammentarietà solo in parte risulta superata. Ed invero, già da un punto di vista sistematico, (anche) la disciplina lavoristica degli ETS risulta oggi "tripartita" all'interno di diverse fonti

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Entrambi i decreti sono stati oggetto di interventi correttivi, ad opera, rispettivamente, dei d.lgs. 20 luglio 2018, n. 95 e 3 agosto 2018, n. 105.

² Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in www.governo.it

³ Si pensi, in particolare, alle imprese sociali, alle cooperative sociali, alle Onlus, alle organizzazioni di volontariato; sul lavoro negli enti non profit, v. i lavori monografici di F. BANO, *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni "non profit"*, Il Mulino, 2002, e M. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore. Occupazione, mercato e solidarietà*, Giappichelli, 2005.

legislative: il d.lgs. n. 117/2017 (c.d. Codice del Terzo settore, di seguito CTS), nel quale si rinvencono norme generali, applicabili a tutti gli enti del settore, e discipline particolari per alcune figure soggettive (quali le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, la cui previgente disciplina viene abrogata⁴); il d.lgs. n. 112/2017, che disciplina *ex novo* le imprese sociali⁵; e la l. n. 381/1991, che continua a disciplinare le cooperative sociali⁶. Il sistema delle fonti regolatorie è completato da una norma di chiusura, contenuta nell'art. 3 del CTS, ove si prevede l'applicazione delle disposizioni codicistiche, "ove non derogate ed in quanto compatibili", anche alle categorie di enti che godono di una disciplina particolare (si pensi, soprattutto, alle cooperative sociali),

Già da questo essenziale inquadramento emerge con chiarezza non solo l'assenza di una regolamentazione organica e unitaria, ma anche una certa incertezza del contesto normativo di riferimento. Ed infatti, se è indubbio che il CTS, stabilendo le disposizioni generali e comuni applicabili agli ETS, "assurge a rango di fonte principale del diritto degli enti del terzo settore globalmente considerato"⁷, ciò vale nel rispetto del principio di specialità⁸. Di modo che, non di rado, si rinviene la presenza di diverse discipline, applicabili al medesimo istituto; il che richiede, di volta in volta, il loro puntuale coordinamento.

2. La dimensione occupazionale del terzo settore

Questa nostra indagine interpretativa, che investe principalmente le implicazioni giuridiche della nuova normativa sul versante del diritto del lavoro, impatta su una rilevante realtà del Paese non solo sotto il

⁴ V., rispettivamente, la l. 11 agosto 1991, n. 266 e la l. 7 dicembre 2000, n. 383, abrogate (seppure, per alcune previsioni, secondo diverse decorrenze) *ex art.* 102, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 117/2017.

⁵ Abrogando il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (v. l'art. 19, d.lgs. n. 112/2017). L'art. 40, co. 1, del CTS rinvia al d.lgs. n.112/2017 ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile alle imprese sociali, mentre al successivo comma 2, chiarisce che le cooperative sociali sono regolate dalla legge n. 381/1991; si tratta di un'importante disposizione di rinvio, "utile a chiarire che le imprese sociali, ancorché oggetto di un atto legislativo autonomo, sono comunque enti del Terzo settore, e che dunque nei confronti delle imprese sociali possono trovare applicazione le norme del Codice nei limiti e alle condizioni di cui all'articolo 3 e, per quanto riguarda le imprese sociali in forma di associazione o di fondazione, di cui all'articolo 20": così la *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in www.governo.it. Il nuovo impianto legislativo è espressione della "inequivocabile volontà legislativa di promuovere l'impresa sociale e di favorire il rilancio di questa figura, sin qui poco utilizzata tra quelle del Terzo settore, anche in ragione di insufficienze e contraddizioni della vigente normativa": così la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale*, in <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori>.

⁶ Ai sensi dell'art. 1, co. 4 del d.lgs. n.112/2017, le cooperative sociali di cui alla legge n. 381/1991 "acquisiscono di diritto la qualifica di imprese sociali"; ad esse e ai loro consorzi le disposizioni del decreto si applicano nel rispetto della specifica normativa delle cooperative, ed in quanto con essa compatibili.

⁷ Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in www.governo.it.

⁸ V. l'art. 4, co. 1, lett. a, l. n. 106/2016.

profilo sociale ed economico⁹, ma anche occupazionale¹⁰; e del resto, tra le finalità perseguite dalla revisione organica della disciplina del terzo settore, è espressamente indicata quella di “valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa” (art. 1, d.lgs. n. 117/2017).

Tale potenziale è ben fotografato dal Censimento permanente delle Istituzioni non profit, avviato dall'ISTAT nel 2016. I primi risultati, pubblicati a fine 2017¹¹, confermano il ruolo di “capiente serbatoio di manodopera”¹² svolto dal terzo settore. Al 31 dicembre 2015 le istituzioni non profit attive in Italia erano 336.275¹³ (l'11,6% in più rispetto al 2011), e complessivamente impiegavano 5 milioni 529 mila volontari e 788 mila dipendenti¹⁴; di questi ultimi, il 52,8% sono risultati impiegati nelle cooperative sociali, che costituiscono, però, solo il 4,8% delle istituzioni non profit¹⁵: un dato che conferma l'importante ruolo occupazionale svolto, nel nostro Paese, dal mondo cooperativo.

Ancora, i dati evidenziano come tra le istituzioni con dipendenti diminuisce la dimensione media in termini di dipendenti, passando da 16 dipendenti per istituzione non profit a 14 nel 2015; tra le istituzioni con volontari aumenta invece lievemente la dimensione media in termini di volontari¹⁶. Vale la pena segnalare che, rispetto al Censimento del 2011, il numero di volontari è cresciuto del 16,2%, mentre quello dei lavoratori dipendenti è aumentato del 15,8%: “*Si tratta quindi di un settore in espansione in un contesto economico caratterizzato da una fase recessiva profonda e prolungata (2011-2013) e da una successiva ripresa*”¹⁷.

Le dimensioni assunte dal terzo settore sono riconducibili indubbiamente al processo di trasformazione che ha investito, nel tempo, le strutture organizzative degli enti non profit, sempre più convergenti verso forme di imprenditorialità sociale, orientate alla produzione diretta di servizi alla persona e alla comunità,

⁹ Dal punto di vista del valore economico, la ricerca Unicredit del 2012 quantifica un volume di entrate stimato di 67 miliardi di euro, pari al 4,3% del Pil; un valore in deciso aumento rispetto ai dati Istat del 2001, che attestavano tale cifra a 38 miliardi di euro, pari al 3,3% del Pil: Unicredit Foundation, *Ricerca sul valore economico del Terzo Settore in Italia*, 2012.

¹⁰ Sulla relazione tra terzo settore e occupazione, v. già L. BONATTI, C. BORZAGA, M.L. SEGNANA, *La potenzialità occupazionale del terzo settore tra mito e realtà. Analisi critica del dibattito e delle politiche*, in G. LUNGHINI, F. SILVA, R. TARGETTI LENTI (a cura di), *Politiche pubbliche per il lavoro*, Il Mulino, 2001, p. 65; e C. BORZAGA, *Terzo settore e occupazione: un'analisi critica del dibattito*, ISSAN, WorkingPaper n. 2/1995.

¹¹ ISTAT, *Censimento permanente delle Istituzioni non profit*, 20 dicembre 2017.

¹² M. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore*, cit., p. 293.

¹³ Le istituzioni che operano grazie all'apporto di volontari sono 267.529, pari al 79,6% delle unità attive (+9,9% rispetto al 2011); quelle che dispongono di lavoratori dipendenti sono 55.196, pari al 16,4% delle istituzioni attive (+32,2% rispetto al 2011).

¹⁴ La maggior parte delle istituzioni opera nei campi di cultura, sport e ricreazione (65%), e solo il 9,2% in quello dell'assistenza sociale; i dipendenti sono invece concentrati (il 36%) proprio nell'assistenza sociale e nella protezione civile. Il settore con la più alta 'densità' di lavoratori (ogni istituzione conta in media 15 lavoratori) è la sanità; per quanto riguarda i volontari, più di uno su due (56,6%) è attivo nell'ambito di cultura, sport e ricreazione.

¹⁵ L'85,3% è invece costituito da associazioni, che nel 2015 hanno raccolto il 19,6% dei dipendenti e il 90,8% di volontari.

¹⁶ Passando a 21 volontari per istituzione nel 2015, a fronte dei 20 del 2011.

¹⁷ ISTAT, *Censimento permanente...*, cit., p. 2.

dotate di apparati complessi e di specifiche capacità e competenze sociali, che richiedono anche un crescente livello di professionalizzazione delle risorse umane. Diversamente dal settore *for profit*, il terzo settore sembra poi ancora caratterizzato dalla sua tradizionale impostazione *labour intensive*; pur scontando una significativa presenza di attività svolte a titolo volontario, esso continua ad attrarre forza lavoro, regolarmente retribuita e in possesso delle abilità tecniche e delle competenze specialistiche necessarie a svolgere un'attività di lavoro professionalizzata.

Anche in un contesto di perdurante crisi finanziaria, l'economia sociale dimostra dunque la capacità non solo di creare posti di lavoro, ma anche di rafforzare la coesione sociale e territoriale, favorendo l'erogazione di servizi in settori particolarmente rilevanti, quali quelli riguardanti l'assistenza sociale e sanitaria. Proprio nell'area del *welfare*, del resto, gli enti del terzo settore sono nel tempo diventati interlocutori privilegiati di soggetti privati¹⁸ e, soprattutto, pubblici. La stessa crescita "quantitativa" del settore in esame è stata certamente favorita dalle politiche di esternalizzazione di quei servizi da parte delle amministrazioni pubbliche, realizzate attraverso il ricorso a strumenti che vedono il soggetto pubblico rimanere titolare delle funzioni di regolamentazione, vigilanza e finanziamento del servizio, mentre la responsabilità dell'erogazione viene assunta dal soggetto privato: spesso, per l'appunto, un'organizzazione non profit.

Queste organizzazioni si sono mostrate capaci di stare sul mercato, avvalendosi di variegate forme lavorative che spaziano dallo svolgimento di prestazioni a carattere volontario, a prestazioni retribuite a carattere associativo (si pensi, in particolare, alla complessa posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa, di cui alla l. n. 142/2001¹⁹), all'ampia tipologia di prestazioni lavorative che possono essere rese in forma autonoma o subordinata. Si tratta, è bene chiarirlo fin d'ora, di modalità collaborative non

¹⁸ A seguito delle trasformazioni del welfare pubblico, interessanti opportunità di sviluppo si possono aprire per gli ETS nell'area del c.d. secondo welfare e, in particolare, nell'ambito del welfare aziendale, per l'erogazione - da parte delle aziende - di servizi volti al miglioramento del benessere personale, lavorativo e familiare dei dipendenti: il ruolo del privato sociale è evidenziato da T. TREU, *Introduzione Welfare aziendale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 297/2016; A. SERVIDORI, *Work-life balance: lo scenario sovranazionale ed europeo*, in A. SERVIDORI, B. MAIANI, A. CAFAGNA (a cura di), *La conciliazione fra tempi di vita e di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. p. 40 ss.; F. ZANDONAI, *Dove finisce il welfare. Dislocazione e ricomposizione place-based*, in WP-2WEL 2017, 2 (<http://www.secondowelfare.it>).

¹⁹ Su cui v., tra gli altri, L. MONTUSCHI, P. TULLINI (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Giappichelli, 2002; L. NOGLER, M. TREMOLADA, C. ZOLI (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002; L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari: riflessioni sulla L. n. 142/2001 e successive modifiche*, Giuffrè, 2005; S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Cedam, 2006; S. LAFORGIA, *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffrè, 2009; M. RANIERI, *Prestazione del socio lavoratore: problemi di qualificazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, p. 105; L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Giuffrè, 2012; e i contributi di L. NOGLER, G. BOLEGO, M. BORZAGA, S. BRUN, D. SIMONATO, in *Impresa sociale*, 75(4), 2006.

innovate dal legislatore del 2017, che continua ad affidare la prestazione di lavoro resa negli ETS alla “secca alternativa dicotomica lavoro gratuito/lavoro oneroso – lavoro associato/lavoro subordinato”²⁰. Proprio nel settore in esame si registra, poi, una significativa presenza di tipologie di lavori flessibili, che meglio sembrano adattarsi a modalità operative e organizzative fondate sulla elasticità funzionale delle attività gestite dal non profit²¹; attività che “soltanto in parte possono essere predeterminate nel tempo e nello spazio, soltanto in parte possono essere programmate e massificate (...) La flessibilità è una componente vitale dell’operosità delle strutture. Se in questi anni tali strutture sono aumentate in modo consistente, lo si deve anche all’introduzione delle nuove forme di entrata nel mondo del lavoro”²². Questa duttilità organizzativa deve però, oggi, fare i conti con le maggiori “rigidità” introdotte nel mercato del lavoro dalla più recente legislazione (si pensi, in particolare, al riordino delle tipologie contrattuali introdotta dal d.lgs. n. 81 del 2015; e, più di recente, alla ri-regolamentazione del contratto a tempo determinato, operata con il c.d. decreto dignità²³). Rigidità il cui impatto deve essere attentamente valutato e monitorato, anche per il rischio di una impropria sostituzione attraverso il ricorso alle attività di volontariato, ampiamente diffuse in alcune realtà del terzo settore (v. *infra* il par. 6.1).

Ed invero, l’identità giuridica degli ETS si rinviene proprio nel perseguimento di particolari finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, mediante lo svolgimento di attività di interesse generale in “forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi”²⁴. Proprio in ragione di questa peculiare connotazione solidaristica, gli specifici obiettivi sociali sono spesso perseguiti dall’ente attraverso il ricorso a modalità collaborative non onerose, quali le attività di volontariato. Attività caratterizzate dai tratti tipici della spontaneità e gratuità, e divenute nel tempo lo strumento privilegiato per la fornitura gratuita di servizi e prestazioni, anche oltre i tradizionali confini delineati, per le organizzazioni di volontariato, dalla l. n. 266 del 1991. Non sorprende dunque la scelta di riordinare, in modo organico, la disciplina in materia di volontariato, perseguita dal CTS attraverso un “omogeneo inquadramento giuridico del volontario, anche in ragione del fatto che quest’ultimo può esplicare la

²⁰ Così, con riferimento alla previgente disciplina, M. LAMBERTI, *Il lavoro nel terzo settore*, cit., p. 285.

²¹ F. CORBISIERO, *Welfare solidale e lavoro flessibile: il ruolo del Terzo settore*, WP ANL, 3/2010, p. 14, in <http://bancadati.italialavoro.it>. Il cospicuo ricorso a forme contrattuali flessibili è rimarcato anche in F. CORBISIERO, A. SCIALDONE, A. TURSILLI, *Lavoro flessibile e forme contrattuali non standard nel Terzo settore*, Franco Angeli, 2009.

²² R. MORESE, *Presentazione del tema*, in F. CORBISIERO, *op. ult. cit.*, 7.

²³ D.l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. da l. 9 agosto 2018, n. 96.

²⁴ Art. 1, co. 1, l. n. 106/2016. Per l’elencazione delle “attività di interesse generale”, v. l’art. 5 del CTS; relativamente alle attività di interesse generale svolte dall’impresa sociale, v. l’art. 2 del d.lgs. n. 112/2017.

propria attività nelle molteplici tipologie di enti del terzo settore, e non soltanto nelle organizzazioni di volontariato”²⁵.

La finalità di utilità sociale rinviene, poi, una sua specifica realizzazione in quell’attività di interesse generale volta a favorire l’inclusione e l’integrazione nel mercato del lavoro dei soggetti svantaggiati e con disabilità²⁶. Anche in questo caso, il legislatore del 2017 rimodula non solo le modalità attraverso le quali è possibile perseguire questo obiettivo, ma anche le tipologie di persone protette, giungendo a ricomprendervi anche l’ampia platea di soggetti richiamati nella categoria euro-unitaria dei “lavoratori molto svantaggiati”.

3. Lavoro, terzo settore e disciplina dei contratti pubblici: cenni.

Sull’analisi della nuova disciplina del 2017 si tornerà tra breve.

E’ importante fin d’ora evidenziare come il ricorso al lavoro gratuito (volontariato), così come l’impiego di soggetti “variamente protetti”, la cui assunzione è sovente incentivata attraverso il riconoscimento di consistenti agevolazioni economiche (in specie, contributive), potrebbe incidere sulla determinazione del costo della manodopera nelle procedure di acquisto o affidamento di servizi sociali da parte delle amministrazioni pubbliche. Si tratta, invero, di una valutazione molto complessa, se si considera, da un lato, il non facile contemperamento tra i principi di solidarietà e sussidiarietà e il principio di concorrenza; dall’altro, la perdurante assenza di una chiara normativa che disciplini in modo organico l’affidamento di quei servizi ai soggetti operanti nel terzo settore²⁷. E in effetti, il quadro normativo di riferimento continua a rinvenirsi in fonti regolative tra loro poco coordinate, oggi principalmente²⁸ rinvenibili - oltre che nella l. n. 381 del 1991, relativamente alle cooperative sociali di tipo B²⁹ – in due discipline codicistiche: il Codice

²⁵ Cfr. *Relazione al decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017*, in www.governo.it. Sulla effettiva “omogeneità” di quell’inquadramento, v. *infra*, il par. 6.1.

²⁶ Per la ridefinizione di quei soggetti, v. l’art. 2, co. 4, d.lgs. n. 112/2017, *infra*, par. 6.2.

²⁷ Per la ricognizione delle modalità di erogazione dei servizi alla persona v., seppure precedente alle più recenti novità legislative, ANAC, *Linee guida per l’affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, che al par. 6 richiama: a) autorizzazione e accreditamento (art. 11, l. 328/2000); b) convenzione con le organizzazioni di volontariato di cui alla l. 266/1991 (art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001); c) acquisto di servizi e prestazioni (art. 5, d.p.c.m. 30 marzo 2001); d) affidamento ai soggetti del terzo settore (art. 6, d.p.c.m. 30 marzo 2001).

²⁸ Si veda anche la l. n. 328 del 2000, sul sistema integrato dei servizi sociali, con particolare riferimento all’art. 5, co. 2 e al relativo decreto attuativo (D.P.C.M. 30 marzo 2001).

²⁹ Cooperative che, si ricorda, svolgono attività diverse da quelle di tipo A (agricole, industriali, commerciali o di servizi) al fine di promuovere l’inserimento lavorativo di persone svantaggiate (art. 1, co. 1, lett. b), l. n. 381/91); potendo perciò beneficiare di consistenti agevolazioni di natura contributiva e fiscale. Sulla disciplina dell’affidamento di appalti pubblici alle cooperative sociali di tipo B, alla luce della nuova disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici, v. V. PASQUARELLA, *Gli strumenti di inclusione sociale di disabili e svantaggiati: dagli affidamenti “preferenziali” tramite convenzioni agli appalti “riservati”*, in *Lav. pub. amm.*, 2017, p. 129.

del Terzo settore, per l'appunto; e il Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.), di derivazione euro-unitaria³⁰. Testo quest'ultimo che, per quanto rileva ai nostri fini, modula gli assetti regolativi in ragione del settore (ordinario o speciale) in cui operano le amministrazioni aggiudicatrici³¹, della tipologia di servizio erogato, del valore economico dell'appalto (superiore o inferiore alle soglie europee)³²; riservando agli appalti pubblici dei servizi sociali una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale³³, "connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri"³⁴.

L'analisi di queste complesse interazioni esula dal nostro campo di indagine³⁵. Giova qui solo sottolineare che il CTS regola le modalità di affidamento, agli ETS, dello svolgimento di servizi sociali da parte di Pubbliche Amministrazioni³⁶, altresì riconoscendo a queste ultime la possibilità (non l'obbligo) di

³⁰ Il d.lgs. n. 50 del 2016 ha infatti recepito le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, relative rispettivamente alla "aggiudicazione dei contratti di concessione", agli "appalti pubblici" ed alle "procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali". A differenza di quanto previsto nelle previgenti direttive del 2004, le direttive di nuova generazione del 2014 includono espressamente pure gli "appalti di servizi sociali", "in tal modo disvelando la sottesa *mens legis* tesa ad un approfondimento ed avanzamento progressivo dei principi del mercato anche in un settore, quale quello *de quo*, prima lasciato ai decisori nazionali. Si è pertanto passati dal regime di esclusione a quello di inclusione, con tutte le conseguenze del caso": Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere consultivo n. 2052 del 20 agosto 2018, in www.giustizia-amministrativa.it. In quello stesso parere si precisa poi, da una parte, che il Codice dei contratti pubblici recepisce in Italia la normativa euro-unitaria e deve, pertanto, essere interpretato in base alle categorie giuridiche proprie dell'ordinamento europeo; dall'altra che, proprio in considerazione della primazia del diritto euro-unitario, "la disciplina recata dal Codice dei contratti pubblici prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del terzo settore, ove queste non possano in alcun modo essere interpretate in conformità al diritto euro-unitario: troverà, in tali casi, applicazione il meccanismo della disapplicazione normativa, costituente un dovere sia per il Giudice sia per le Amministrazioni".

³¹ In particolare, per settori ordinari si intendono quelli dei "contratti pubblici, diversi da quelli relativi a gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, come disciplinati dalla parte II del presente codice": art. 3, co. 1, lett. gg).

³² Ai sensi dell'art. 35, per gli appalti di servizi sociali, la soglia di rilevanza comunitaria è pari a € 750.000 per i settori ordinari ed € 1.000.000 per i settori speciali.

³³ A differenza di quanto previsto nella precedente normativa, il nuovo Codice individua infatti un "corpo di regole ad hoc per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali": L. MAZZEO, *Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: regime -non troppo- "alleggerito" frutto di una "complicata semplificazione"*, in *Urb. e app.*, 8-9/2016, p. 1004. In estrema sintesi, gli appalti dei servizi sociali pari o sopra la soglia europea sono assoggettati ad un regime c.d. alleggerito, diversificato a seconda che si ricada nei settori ordinari (si tratta dei servizi sociali "in senso stretto", indicati nel comma 5-bis dell'art. 142, Capo II) o in quelli speciali (art. 140, Capo I); per alcune tipologie di servizi alla persona è prevista la possibilità di un regime di gara riservato a determinate categorie di operatori no-profit (art.143). Per gli appalti relativi ai servizi sociali "in senso stretto" sotto soglia, v. *infra* la nota 48.

³⁴ Parere Consiglio di Stato n. 2052 del 2018, *cit.*

³⁵ Per il puntuale esame degli strumenti di collaborazione tra la Pubblica Amministrazione e gli enti del terzo settore nell'erogazione dei servizi sociali, v. il contributo di M.V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il codice dei contratti pubblici*, in *Nomos*, 2/2018 (www.nomos-leattualitaneldiritto.it); v. anche C. POLIDORI, *I contratti pubblici del terzo settore*, Relazione al Convegno organizzato da IGI in Roma il 14 febbraio 2017 "I primi 300 giorni del Codice nella giurisprudenza", in <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/index.jsp>, e A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2018.

³⁶ In particolare, l'art. 55, co. 1, dispone che "le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme

ricorrere a regimi di convenzionamento con alcuni di quegli enti³⁷, per l'erogazione dei servizi alla persona. Per altri enti è invece il Codice dei contratti pubblici a prevedere ipotesi derogatorie alla disciplina generale, riconoscendo alle P.A. la possibilità di procedere all'affidamento dei servizi tramite appalti riservati³⁸. Il ricorso alle specifiche modalità di gestione dei rapporti tra Amministrazioni Pubbliche ed ETS, delineate nel CTS, necessita oggi di essere attentamente ponderato, in ossequio ai principi fondamentali di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento che informano la disciplina europea sui

di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241"; al secondo e terzo comma vengono, rispettivamente, disciplinate la co-programmazione e la co-progettazione. Il Consiglio di Stato, nel citato parere consultivo n. 2052 del 2018, ha sottolineato come, nel complesso, il CTS abbia "significativamente ampliato le modalità con cui gli enti del terzo settore possono instaurare rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione"; puntualizzando altresì che, salvo le procedure di accreditamento c.d. libero e le procedure di co-progettazione e partenariato finalizzate a rapporti puramente gratuiti, "le procedure previste dal Codice del terzo settore (e, in generale, dalla normativa ancora in vigore *in subiecta materia*) configurano, in ottica europea, appalti di servizi sociali e, pertanto, sono sottoposte anche alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, che si affianca, integrandola, a quella apprestata dal Codice del terzo settore".

³⁷ Ai sensi dell'art. 56 del CTS, le P.A. possono sottoscrivere convenzioni con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, "se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato"; ai sensi del successivo art. 57, poi, i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato: per una prima interpretazione di quest'ultimo articolo, v. TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 12 gennaio 2018, n. 32. Relativamente alle cooperative sociali di tipo B), v. l'art. 5, l. n. 381/1991. Sui "non chiari confini" della disciplina derogatoria prevista dall'art. 56 CTS rispetto al d.lgs. n. 50/2016 v. FERRONI, *op. cit.*; la necessità di "perimetrare l'ambito del ricorso consentito alle convenzioni" di cui al richiamato art. 56, e di "evidenziare, specularmente, l'ipotesi in cui lo strumento convenzionale, in quanto previsto da una norma interna in contrasto con il diritto euro-unitario, dotato di *primauté* rispetto al diritto nazionale, non possa essere applicato", è rimarcata dal Consiglio di Stato nel parere consultivo 2052 del 2018, cit.

³⁸ Art. 112, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016: "Fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione o possono riservarne l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e i loro consorzi il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle *persone con disabilità o svantaggiate* o possono riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando almeno il 30 per cento dei lavoratori dei suddetti operatori economici sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati" (corsivo nostro); resta espressamente confermata la disciplina derogatoria in materia di contratti della pubblica amministrazione, riservata alle cooperative sociali di tipo B, laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 5, l. n. 381 del 1991. Rispetto alla formulazione dell'art. 112, la previsione "originaria" contenuta nell'art. 52 del d.lgs. n. 163/2006 faceva esclusivo riferimento ai disabili; l'ampliamento dell'ambito soggettivo di riferimento delle procedure di appalto riservate anche alle persone svantaggiate è il frutto del recepimento della direttiva 24/2014/UE (art. 20), su cui v. S. VARVA, *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva 2014/24/UE*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 53.

contratti pubblici³⁹. E proprio in ragione di quei principi, l'ente pubblico potrà⁴⁰ sempre optare per l'affidamento del servizio sociale attraverso strumenti diversi, ricorrendo ad esempio all'indizione di una gara di appalto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tali situazioni, tutti gli ETS⁴¹ potranno trovarsi ad operare in regime di concorrenza con altri operatori economici – non profit, ma anche for profit – nell'aggiudicazione di quegli appalti; dovendosi in tali casi valutare con attenzione il ricorso a modalità collaborative poco, o per nulla, onerose. Nell'attesa dei chiarimenti che potranno essere forniti dalla giurisprudenza amministrativa, non può escludersi che da queste situazioni derivino vantaggi in termini di costo del personale impiegato per l'erogazione del servizio⁴²; con una possibile alterazione della competitività tra enti, costituiti in forme giuridiche ricomprese in (ma anche diverse da) quelle individuate nel CTS.

³⁹ Il ricorso a tali modalità dovrà, in alcuni casi, essere specificamente e puntualmente motivato; si veda – con riferimento alle procedure di co-progettazione e partenariato – il parere consultivo del Consiglio di Stato 2052 del 2018: “è ragionevole ritenere che le Amministrazioni debbano volta per volta motivare la scelta di ricorrere agli stili procedurali delineati dal Codice del terzo settore, in luogo dell'indizione di una ordinaria gara d'appalto. L'attivazione di una delle forme enucleate dal Codice del terzo settore, infatti, priva *de facto* le imprese profit della possibilità di affidamento del servizio e, in termini più generali, determina una sostanziale segregazione del mercato: in ossequio ai principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, pertanto, l'Amministrazione dovrà puntualmente indicare e documentare la ricorrenza, nella concreta vicenda, degli specifici profili che sostengono, motivano e giustificano il ricorso a procedure che tagliano fuori *ex ante* gli operatori economici tesi a perseguire un profitto. L'Amministrazione dovrà, in particolare, evidenziare la maggiore idoneità di tali procedure a soddisfare i bisogni *lato sensu* “sociali” ricorrenti nella fattispecie, alla luce dei principi di adeguatezza, proporzionalità ed efficacia ed in comparazione con gli esiti che verosimilmente produrrebbe l'alternativa del ricorso al mercato. L'esposta conclusione consegue anche al fatto che le procedure previste dal Codice del terzo settore non trovano una diretta “copertura” nel Codice dei contratti pubblici, che conosce solo le ipotesi derogatorie di cui all'art. 112 (...) e di cui all'art. 143...”

⁴⁰ E talvolta dovrà; ad esempio, qualora non sia in grado di indicare le motivazioni richiamate nella precedente nota 39.

⁴¹ Da tempo la giurisprudenza amministrativa, in coerenza con quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sin dalla sentenza C-119/06 del 29 novembre 2007), ammette alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche gli enti senza fini di lucro, tra i quali le associazioni di volontariato: v. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952; Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016 n. 116.

⁴² Come è noto, le stazioni appaltanti, nel momento in cui predispongono gli atti relativi ad una gara di appalto, devono predeterminare il costo della manodopera; sono poi tenute a verificare tale costo, indicato nell'offerta economica del concorrente, per riscontrare la presenza di eventuali anomalie dell'offerta. In particolare, viene ritenuta “anormalmente bassa”, con esclusione dalla gara del partecipante, l'offerta che preveda un costo unitario del personale inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle predisposte, con cadenza annuale, dal Ministero del Lavoro sulla base dei valori economici definiti dalla “contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”: art. 97 d.lgs. n. 50/2016, che richiama l'art. 23, co. 16; in termini analoghi, v. già l'art. 87, co. 1, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006. Per l'estensione di questi principi anche agli appalti (sopra soglia) relativi ai servizi sociali, v. ANAC, *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, spec. p. 34.

Un ulteriore profilo – che pure può qui essere solo accennato - investe poi il raccordo tra la disciplina giuslavoristica dettata nel CTS e le disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, volte a tutelare le condizioni di lavoro e l'occupazione dei lavoratori impiegati nell'ambito degli appalti pubblici, nel contemperamento con le libertà imprenditoriali e il principio di concorrenza nell'aggiudicazione della gara. Nel primo impianto normativo, l'assetto protettivo minimo riconosciuto ai lavoratori del terzo settore è quello dettato dalla contrattazione collettiva di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015. Tale apparato protettivo, già in sé di difficile identificazione (v. *infra*, il par. successivo), dovrebbe, in caso di partecipazione ad una procedura di gara, essere raccordato con quello rinvenibile nel Codice dei contratti; testo quest'ultimo nel quale – pur perdurando una scarsa attenzione al versante lavoristico⁴³ – si rinvencono clausole sociali volte a garantire un equo trattamento contrattuale (specie salariale) ai lavoratori occupati nell'esecuzione dell'appalto pubblico. Basti qui richiamare le disposizioni che attengono non solo alla predeterminazione del costo unitario minimo del lavoro da parte della stazione appaltante⁴⁴; ma anche ai margini di discrezionalità riconosciuti all'aggiudicatario nella scelta del contratto collettivo da applicare in fase di esecuzione (art. 30, co. 4⁴⁵); e alle clausole sociali finalizzate a promuovere la stabilità occupazionale, in caso di cambio d'appalto (art. 50⁴⁶). Si tratta di una disciplina che, nel complesso, presenta “rilevanti implicazioni per i lavoratori con riguardo (...) alla concorrenza al ribasso

⁴³ D. GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *Lav. dir.*, 2016, spec. p. 902.

⁴⁴ V. la nota 42. In merito alla possibilità di scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali, v. la delibera ANAC n. 32 del 2016, *cit.*, secondo cui “i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima ex se un giudizio di anomalia, potendo essere accettato quando risulti di lieve entità e sia puntualmente giustificato, purchè vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva. Natura vincolante deve essere, invece, riconosciuta al CCNL di categoria” (p. 34); la delibera richiama Cons. Stato, sez. III, 10 novembre 2015, n. 5128, cui *adde*, più di recente, Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2018, n. 286; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 811 e 18 dicembre 2017, n. 5939; Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2018, n. 188 e 13 marzo 2018, n. 1609.

⁴⁵ Ai sensi del quale “Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”. L'integrale osservanza del trattamento economico e normativo è confermata anche per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto, in tal caso prevedendosi la responsabilità solidale dell'affidatario per l'osservanza di tali norme da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti (art. 105, co.9).

⁴⁶ Al fine di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, in caso di discontinuità dell'affidatario, l'art. 50 ha imposto alle stazioni appaltanti l'inserimento **nei bandi di gara di “specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”**. Sulle modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale v., da ultimo, ANAC, *Linee Guida recanti “La disciplina delle clausole sociali”*, 14 maggio 2018.

dei contratti collettivi firmati da organizzazioni sindacali non maggiormente rappresentative⁴⁷; e che, tuttavia, risulta di non agevole lettura, anche il considerazione del rinvio – da quelle norme operato – a parametri contrattuali non del tutto omogenei. A ciò si aggiunga che, in assenza di un coordinamento stabilito a livello normativo, è necessario chiarire, preliminarmente, se i principi garantisti dettati dal nuovo Codice siano o meno applicabili a tutte le tipologie di servizi sociali da questo richiamati. Ed infatti, poiché tali servizi sono oggi destinatari, come si è detto, di una speciale (e molto articolata) disciplina derogatoria per l'affidamento dei contratti pubblici, sussiste il serio rischio che ampi settori di attività, affidati agli organismi del terzo settore, restino esclusi dall'applicazione di quell'assetto protettivo⁴⁸.

4. L'incerta individuazione della disciplina contrattuale applicabile

Passando ad analizzare la disciplina lavoristica rinvenibile nella nuova cornice normativa del terzo settore, le disposizioni di maggior rilievo si rinvencono nell'art. 16 del d.lgs. n. 117/2017 (*Lavoro negli enti del Terzo settore*) e nell'art. 13, co. 1, del d.lgs. n. 112/2017 (*Lavoro nell'impresa sociale*)⁴⁹. Tali previsioni fissano alcune

⁴⁷ F. BORGOGELLI, *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 985; sul collegamento tra appalti pubblici e contrattazione collettiva, anche nella dimensione multilivello, v., tra i contributi più recenti, M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni di mercato*, WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT” – 275/2015 (www.csdle.lex.unict.it); M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 505; E. MASSI, *Appalti pubblici: necessità di un CCNL “leader”*, consultabile in www.dotttrinalavoro.it, 9 agosto 2016; F. GORI, *Le clausole di costo del lavoro negli appalti pubblici e il diritto UE*, in *Bollettino Adapt*, 2 maggio 2017 (www.bollettinoadapt.it); F. BORGOGELLI, *Modelli organizzativi e tutele dei lavoratori nei servizi di interesse pubblico*, in Aa.Vv., *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Cassino, 18-19 maggio 2017, Giuffrè, 2018, spec. p. 382 ss.; I INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 571; si veda anche D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., spec. Parte III, Appalti e clausole sociali. Per un inquadramento sistematico del ruolo delle clausole sociali “di prima e seconda generazione” negli appalti pubblici e privati, v. G. ORLANDINI, *Clausole sociali*, Treccani on line, 2015.

⁴⁸ Il problema si pone, in particolare, per i servizi sociali nei settori ordinari, individuati nell'allegato IX, richiamati dal comma 5-bis dell'art. 142 (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative), nei confronti dei quali si applica il regime “alleggerito” contemplato nei successivi commi da 5-ter a 5-nonies; essendosi precisato che per i (soli) restanti servizi dell'allegato IX, non enucleati al comma 5-bis, “l'applicazione del Codice è integrale e si estende a tutti gli istituti da esso previsti”: parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 2018, cit. L'estensione delle disposizioni generali (artt. 1-58) anche agli appalti di servizi sociali nei settori ordinari è sostenuta da L. MAZZEO, *Gli appalti*, cit., p. 1005; sull'applicabilità, ai servizi sociali di cui al comma 5-bis, della disposizione contenuta nell'art. 97 (Offerte anormalmente basse), v. C. POLIDORI, *I contratti pubblici del terzo settore*, cit., p. 18. Si fa poi presente che per gli appalti relativi ai servizi da ultimo richiamati, che non raggiungano la soglia europea (pari, si ricorda, a 750.000), trova applicazione il regime procedurale di cui all'art. 36 (così l'art. 142, comma 5-octies); per quanto rileva in questa sede, tale articolo richiama il (solo) principio di cui all'art. 30, co.1, lasciando altresì libere le stazioni appaltanti di applicare l'art. 50 del Codice. Sull'insussistenza, negli appalti sotto soglia, dell'obbligo per la stazione appaltante di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia di cui all'art. 97, cfr. *TAR Lazio Roma, Sez. I ter*, 18 giugno 2018, n. 6838; *TAR Napoli, Sez. I*, 26 gennaio 2017, n. 564.

⁴⁹ Per un primo esame di tale disciplina, v. A. ALCARO, *Riforma del Terzo settore e cooperazione sociale: primi profili giuslavoristici*, in *Bollettino Adapt*, 23 ottobre 2017, n. 35 (www.bollettinoadapt.it); ID., *Riforma del Terzo settore e nuovo*

regole comuni che investono, in particolare, la materia retributiva, così come il ricorso al lavoro dei volontari⁵⁰ e dei soggetti svantaggiati e disabili; ricorso che, come vedremo, risulta modulato in ragione della tipologia di ente presso quale il soggetto si trova ad essere inserito.

Per il resto, il legislatore del 2017 opera un ampio rinvio alla disciplina contrattuale. Ed invero, i due richiamati articoli “gemelli” prevedono, innanzitutto, che i lavoratori degli ETS “*hanno diritto a un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81*”. L'integrazione tra disciplina legale e regole contrattuali è operata attraverso l'esplicito richiamo alla “norma di chiusura”⁵¹ del decreto n. 81/2015; norma che, come è noto, individua, con regola generale, i contratti collettivi oggetto di rinvio legislativo nelle materie individuate da quello stesso decreto, nonché i livelli nei quali potrà essere articolato il procedimento di contrattazione⁵².

La formulazione dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 ha sollevato rilevanti problemi interpretativi⁵³, la cui puntuale analisi esula il tema specifico di questo contributo; e tuttavia su alcuni di quei problemi è opportuno soffermarsi, in quanto vertono su tematiche utili a comprendere l'impatto di quella norma nell'area oggetto della nostra analisi.

paradigma dell'economia civile: riflessioni giuslavoristiche, in *Bollettino Adapt*, 13 novembre 2017, n. 38; V. GUGLIOTTA, *Il nuovo Codice del Terzo Settore: profili lavoristici*, in *Bollettino Adapt*, 6 novembre 2017, n. 37; ID., *Profili lavoristici nella nuova disciplina dell'Impresa sociale*, in *Bollettino Adapt*, 6 novembre 2017, n. 37.

⁵⁰ La definizione di volontario, così come la disciplina della sua attività, sono contenute negli artt. 17-19. del d.lgs. n. 117/2017; relativamente alle regole applicabili alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale, v. *infra* il par. 6.1.

⁵¹ U. GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda*, Cedam, 2017, p. 102; il ruolo di “primo piano” della norma, nell'impianto delle riforme legislative riconducibili al c.d. *Jobs Act* è evidenziato da A. ZOPPOLI, *Sindacato comparativamente più rappresentativo vs. sistema (e democrazia sindacale)*, in Aa.Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017, p. 354.

⁵² L'art. 51 stabilisce che “Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Con tale previsione il legislatore ha inteso selezionare la fonte abilitata ad esercitare le deleghe di legge in favore dell'autonomia collettiva, relativamente alle modalità d'impiego delle tipologie contrattuali, diverse dal lavoro subordinato standard, disciplinate nello stesso d.lgs. n. 81/2015.

⁵³ Su cui v. i contributi contenuti in Aa.Vv., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Napoli, 16-17 giugno 2016, Giuffrè, 2017, cui *adde* T. TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESI (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 250; I. ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione tra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, p. 657; P. PASSALACQUA, *L'equiparazione tra i livelli quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 d.lgs. 81 del 2015*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, p. 275; P. TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 367; M. LAI, *Una “norma di sistema” per contrattazione e rappresentanza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, p. 45.

Per quanto rileva in questa sede, il rinvio, operato dalla normativa del 2017, al richiamato art. 51 è innanzitutto indicativo di una chiara scelta legislativa: quella di non prevedere l'elaborazione di un unico contratto collettivo nazionale di lavoro (di seguito, Ccnl) per gli enti del terzo settore, seppure questi ultimi risultino indubbiamente caratterizzati da esigenze differenti rispetto alle imprese profit delle varie categorie produttive. Tali enti ben potranno, dunque, continuare ad applicare i “propri” contratti collettivi, anche di diverso livello.

Non tutti, però, i contratti collettivi. L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 contempla, infatti, non un generico richiamo al “contratto collettivo applicabile”⁵⁴ ma, piuttosto, un puntuale rinvio ai contratti collettivi multilivello (nazionali, territoriali o aziendali, che risultano oggi del tutto equiparati) “*stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*” e ai contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali, ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. Torna dunque, ancora una volta, il richiamo alla tecnica normativa della “maggiore rappresentatività comparata”, alla quale da molti anni il nostro ordinamento rinvia per il riconoscimento di incentivi e agevolazioni normative e contributive⁵⁵ ai datori di lavoro che, tra più contratti collettivi vigenti, applicano quelli stipulati dalle OO.SS. più rappresentative.

In via generale, dunque, ai lavoratori operanti nel terzo settore *deve* essere garantito un assetto di tutele minimali, rinvenibili nelle condizioni economiche e normative contenute nei richiamati contratti. E tuttavia il richiamo all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 non risulta in sé risolutivo, viste le complesse problematiche che investono, in primo luogo, l'identificazione del tradizionale criterio selettivo della rappresentatività comparata (peraltro qui riferito alle sole associazioni sindacali, e non anche a quelle datoriali)⁵⁶, in assenza di parametri certi per la individuazione della comparazione. E, ancora, l'equiparazione tra i livelli contrattuali (nazionale/decentrato) nella definizione delle regole che governano i rapporti lavorativi: equiparazione che – stante il generale richiamo al “trattamento economico e normativo” minimo da riconoscersi ai lavoratori del settore - assume particolare valore proprio in ragione

⁵⁴ V., in questo senso, l'art. 14 del d.lgs. n. 155/2016 (relativo al lavoro nell'impresa sociale): “Ai lavoratori dell'impresa sociale non può essere corrisposto un trattamento economico e normativo inferiore a quello previsto dai contratti e accordi collettivi applicabili”.

⁵⁵ Si pensi, in particolare, al c.d. minimo contributivo, per cui - in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria - la retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria: art. 1, co. 1, del d.l. n. 338/1989, conv. in l. n. 389/1989, come interpretato ad opera dell'art. 2, co. 25, l. n. 549/1995. Ne consegue che, in caso di applicazione di Ccnl sottoscritti da soggetti privi del requisito della rappresentatività comparata, la contribuzione dovuta sarà comunque calcolata sulla predetta retribuzione. Per l'individuazione di ulteriori benefici, v. l'elencazione contenuta nella Circ. INL, 25 gennaio 2018, n. 3.

⁵⁶ Diversamente, v. quanto previsto agli artt. 23, co. 16, e 30, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, rispettivamente richiamati alle note 43 e 46.

dell'ampiezza delle materie oggetto di intervento da parte dell'autonomia collettiva⁵⁷. Resta, poi da valutare la "sorte" dei contratti privi del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi, relativamente alla loro efficacia. Il che, oltre tutto, apre il campo a profili di legittimità costituzionale delle disposizioni qui in esame, ove si prospetta l'estensione dell'efficacia riconosciuta ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative, oltre il loro naturale campo di applicazione: con possibile violazione dell'art. 39, seconda parte, della Costituzione⁵⁸.

Ed invero, se il pluralismo contrattuale costituisce la fisiologica conseguenza della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., nell'attuale, difficile fase che investe le relazioni sindacali esso si intreccia con una prassi – sempre più diffusa – della stipulazione di contratti collettivi nazionali da parte di associazioni sindacali "alternative" ai sindacati confederali, e poco rappresentative. In alcuni settori (terziario; servizi; ma si pensi, in particolare, al mondo cooperativo) si riscontra un'ampia diffusione del fenomeno dei contratti collettivi c.d. pirata, firmati da organizzazioni datoriali e sindacali minori, privi di una reale rappresentatività, che prevedono condizioni economiche o normative al di sotto degli standard contrattuali dei settori di riferimento (trattamenti retributivi inferiori, maggiore flessibilità di orario di lavoro, ecc...)⁵⁹. Si determinano, in tal modo, pratiche di dumping contrattuale, perché solo alcune imprese – quelle aderenti alle associazioni datoriali firmatarie – possono beneficiare di disposizioni che giustificano un costo del lavoro inferiore; il che consente loro di essere più competitive sul mercato e di aggiudicarsi un numero consistente di appalti pubblici e privati⁶⁰.

Si tratta di una realtà imponente, e molto difficile da arginare: secondo dati del CNEL⁶¹, nel 2017 risultavano archiviati 868 contratti collettivi (+74% dal 2010), con una massiccia presenza in settori

⁵⁷ Dovendosi attentamente valutare l'impatto della legittimazione negoziale aziendale, riconosciuta dalla norma in esame, rispetto al riparto di competenze declinato all'interno del sistema contrattuale definito nell'ordinamento intersindacale (di cui al Testo Unico del 10 gennaio 2014): la questione è avvertita, in particolare, da I. ALVINO, *op. cit.* e U. GARGIULO, *op. cit.*, spec. p. 101 ss.

⁵⁸ E' qui appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 39 Cost, la stipulazione del contratto collettivo nazionale con efficacia *erga omnes* per tutti i lavoratori di una categoria, è rimessa ad una rappresentanza unitaria, proporzionata al numero degli iscritti ai sindacati registrati della categoria medesima.

⁵⁹ Come è stato rimarcato, "Molti datori di lavoro si vincolano – più o meno inconsapevolmente – a Ccnl che non permettono di accedere a benefici normativi ed economici o che non sono in linea con la contrattazione che fissa la retribuzione parametro ai fini contributivi. Alla prima ispezione nascono i problemi, con le relative sanzioni. O, qualora si faccia richiesta di un certo beneficio (per esempio il regime agevolato del premio di produttività o del welfare contrattuale), si riceve un diniego amministrativo. In alcuni casi, invece, c'è l'intento specifico di eludere...": M. FAIOLI, *Contratti pirata, dall'ispettorato una soluzione pragmatica*, in Sole24Ore, 13 marzo 2018.

⁶⁰ Le cooperative non iscritte alle centrali cooperative fanno spesso rinvio a contratti collettivi stipulati da associazioni datoriali e sindacati autonomi che prevedevano livelli retributivi notevolmente inferiori ai parametri degli altri Ccnl del settore: M.G. GRECO, *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, in *Var. temi dir. lav.*, 2/2017, p. 371.

⁶¹ Presso il quale, come è noto, sono depositati i contratti collettivi nazionali del settore privato, nonché i contratti collettivi nazionali di comparto del settore pubblico: art. 17, l. 30 dicembre 1986, n. 936.

contrattuali quali il commercio (213), gli enti e istituzioni privati (106), e altri vari (78)⁶²: rispetto al numero complessivo, solo 300 sono considerati regolari. Ciò significa che gran parte dei restanti contratti presentano condizioni peggiorative per i lavoratori, che consentono di risparmiare sul costo del lavoro, operando una concorrenza sleale nei confronti delle imprese e delle associazioni sindacali (e datoriali) “virtuose”.

Questa ricca articolazione contrattuale si rinviene anche per gli ETS, per i quali – limitando le nostre considerazioni al livello di contrattazione nazionale - trova applicazione un’ampia gamma di Ccnl, riguardanti diverse attività del non profit; in molti casi poi, in assenza di contratti collettivi “specifici”, le imprese applicano contratti di particolari settori (quali il commercio o l’artigianato), pur operando in aree estranee al loro campo di applicazione. La complessità del sistema di contrattazione collettiva non è dunque, in quest’ambito, affatto marginale: operando una ricerca nel sito del CNEL, per il solo settore delle strutture esercenti attività nel settore socio-sanitario e assistenziale educativo si rinviene una dozzina di contratti collettivi nazionali di lavoro⁶³: il che comporta il rinvio a discipline tra loro differenziate su delicate materie quali, ad esempio, la retribuzione minima, l’orario di lavoro, i riposi, le festività, il periodo di comporto in caso di malattia, i permessi retribuiti, la maggiorazione in caso di lavoro straordinario, ecc. A ciò si aggiunga la sottoscrizione, nell’ultimo biennio, di Ccnl specificamente rivolti ai dipendenti degli enti del terzo settore⁶⁴, da parte di organizzazioni datoriali e sindacali la cui maggiore rappresentatività comparata – in alcuni casi addirittura auto-dichiarata⁶⁵ - necessita di essere attentamente valutata.

All’interno di questa giungla contrattuale⁶⁶ – ove si registra la presenza di molteplici contratti collettivi con campo di applicazione plurisettoriale, sovente in tutto o in parte sovrapponibili - il problema è, evidentemente, quello di individuare il Ccnl “leader”, ovvero sia quello – ai sensi del richiamato art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 - *stipulato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*. E per quanto la nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo sia nata, nel 1995⁶⁷, proprio per contrastare il fenomeno dei contratti-pirata, la sua identificazione non si rivela tutt’oggi agevole, in

⁶² CNEL, *Notiziario dell’Archivio contratti*, n. 28, dicembre 2017, p. 6.

⁶³ L’elenco è consultabile in <https://www.cnel.it/Contratti-Collettivi/Contrattazione-Nazionale/Archivio-Corrente>.

⁶⁴ Si vedano il Ccnl per i dipendenti delle Associazioni ed altre Organizzazioni del Terzo Settore, sottoscritto il 25 marzo 2016 (poi integrato e corretto il 23 giugno 2017, alla luce della nuova normativa sul Terzo settore) da CONFIMPRESEITALIA, CONFIMPRESEITALIA Coordinamento Terzo Settore; FESICA CONFISAL, CONFISAL FISALS, CONFISAL; e il Ccnl per i dipendenti delle Imprese Sociali e degli Enti del terzo Settore, sottoscritto il 19 settembre 2017 da COPIMI, Federazione Organizzazioni di volontariato Piergiorgio Frassati; FITESC e CONFASI.

⁶⁵ V. la Premesse al Ccnl per i dipendenti delle Imprese Sociali e degli Enti del terzo Settore.

⁶⁶ Così, efficacemente, S. CIUCCIOVINO, *Mettere ordine nella giungla dei ccnl: un’esigenza indifferibile*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 227.

⁶⁷ V. *supra*, la nota 55.

assenza di criteri legali valevoli ai fini della oggettiva misurazione della “rappresentatività comparativa” delle associazioni sindacali firmatarie il contratto collettivo.

Non sono mancati, nel tempo, tentativi volti a individuare criteri di misurazione del richiamato requisito. Una prima soluzione, molto pragmatica⁶⁸, può rinvenirsi negli atti di indirizzo interpretativo adottati da uffici pubblici, attraverso i quali va progressivamente costruendosi una sorta di “giurisprudenza” su casi concreti, ai quali i datori di lavoro devono attenersi per conformarsi a norme di legge e di contratto collettivo ed escludere sanzioni. Il riferimento è ad alcune Circolari e Interpelli del Ministero del lavoro, con i quali sono stati individuati i criteri di individuazione dei Ccnl comparativamente più rappresentativi⁶⁹. Ma anche, più di recente, ad una Circolare emanata dall’Ispettorato nazionale del lavoro (n. 3/2018), ove si ribadisce che l’ordinamento riconosce l’applicazione di determinate discipline (benefici contributivi, contratto parametro ai fini della individuazione della retribuzione imponibile) solo in caso

⁶⁸ Così FAIOLI, *op. ult. cit.*

⁶⁹ Attraverso alcune Circolari (9 novembre 2010, 6 marzo 2012, 5 giugno 2012), il Ministero del Lavoro ha riepilogato gli indici sintomatici già indicati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, cui occorre fare riferimento ai fini della verifica comparativa del grado di rappresentatività in questione: numero complessivo dei lavoratori occupati; numero complessivo delle imprese associate; diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali); numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti (così l’Interpello Min. Lav. n. 27 del 15 dicembre 2015). Con la Circolare del 1° giugno 2012, lo stesso Ministero, oltre ad indicare i criteri da prendere in considerazione al fine di determinare il grado di rappresentatività sindacale, ha precisato che nel settore in esame (quello delle cooperative), “*l’unico contratto da prendere come riferimento ai fini dell’individuazione della base imponibile contributiva ai sensi dell’art. 1, L. 389/1989, è il contratto collettivo nazionale sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil/Agci, Legacoop, Confcooperative*”. Il Tar del Lazio, con [sent. n. 8865 del 7 agosto 2014](#), ha respinto il ricorso presentato dall’UNCI e dalla CONFISAL per l’annullamento di tale circolare; il Tar ha chiarito che non è in discussione la maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali ricorrenti: ciò che continua a non essere adeguatamente supportato da idonea prova è che le stesse siano anche “*comparativamente più rappresentative nella categoria*”, secondo la normativa vigente, con la conseguenza di non poter ritenere preferibile il contratto collettivo dalle stesse stipulato ai fini dell’individuazione della base imponibile contributiva. Lo stesso giudice amministrativo ha poi sottolineato come l’avverbio “comparativamente” introduca un elemento di confronto tra i predetti parametri, con la conseguenza che la maggiore rappresentatività delle organizzazioni stipulanti accordi collettivi è desunta da una valutazione comparativa dei richiamati indici sintomatici. Tale principio generale è stato fatto proprio dallo stesso Ministero del Lavoro che, più di recente (2 luglio 2015) in risposta a un interpello del Consiglio di Stato (sezione III, avente ad oggetto l’ordinanza n.2556/2015 reg. prov.), ha fornito “chiarimenti sui criteri che sono, in concreto, utilizzati per individuare i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi presi in considerazione per la predisposizione dei decreti con i quali sono state approvate le tabelle ministeriali del costo del lavoro”. Nell’occasione – fornita da una vertenza sull’aggiudicazione di una gara con contratto collettivo CNAI – Coordinamento Nazionale Associazioni Imprenditori - sono stati presi in esame i dati delle associazioni datoriali e OO.SS. firmatarie del Ccnl “Multiservizi” (e cioè FISE-Confindustria, Legacoop Servizi, Federlavoro-Concooperative, PSL-Agci, Unionservizi-Confapi, FNIP- Confcommercio e, da parte sindacale, FILCAMS- Cgil, FISASCAT – Cisl, Ultrasporti – Uil); il documento riporta i dati di queste organizzazioni, in pratica legittimandone la definizione di “comparativamente più rappresentative” e raffrontando i dati stessi con quelli di realtà piuttosto diverse per consistenza associativa, diffusione territoriale e contrattazione collettiva.

di applicazione di contratti collettivi dotati del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi⁷⁰.

Un certo attivismo si sta poi registrando in seno al CNEL. Contando sull'ausilio delle stesse organizzazioni sindacali e sulla cooperazione dell'Inps, tale organo ha preannunciato la volontà di porre in "maggiore" evidenza i Ccnl (con il cosiddetto bollino blu) che permettono l'accesso ai benefici normativi ed economici, facendo leva sulla contrattazione selezionata dall'Inps ai fini della legge sui minimali contributivi⁷¹. Il ruolo attivo delle parti sociali, in specie confederali (Cgil, Cisl e Uil), emerge poi anche dalla conclusione dell'accordo quadro sottoscritto con Confindustria il 9 marzo 2018 con il quale, proprio nell'ottica di contrastare il fenomeno dei contratti "pirata", vengono tra l'altro mossi i primi passi verso la misurazione (anche) della rappresentanza delle organizzazioni datoriali⁷². Si tratta di un percorso del tutto opportuno, se si considera l'elevata parcellizzazione delle istante rappresentative del mondo datoriale e la proliferazione delle organizzazioni rappresentative di quegli interessi⁷³; con una "moltiplicazione di micro-cosmi contrattuali"⁷⁴ che si scontra con l'esigenza - particolarmente avvertita in un settore, quale quello in esame, caratterizzato dalla prevalente presenza di piccole realtà datoriali - di selezionare i soggetti dotati di effettiva rappresentatività.

L'obiettivo di contrastare forme di concorrenza basate sul *dumping* contrattuale emerge poi chiaramente da una recente sentenza della Corte Costituzionale (sent. n. 51/2015), con cui i giudici delle leggi si sono pronunciati sul trattamento economico riconosciuto al socio lavoratore occupato presso le società cooperative⁷⁵. La Corte ha, in particolare, affermato la costituzionalità dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007 (conv. in l. n. 31/2008), che impone alle cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi firmati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria⁷⁶. Ad avviso della Consulta, infatti, la norma è volta a contestare l'applicazione

⁷⁰ D. GHIGIARELLI, *Le conseguenze dell'applicazione di contratti collettivi di lavoro "pirata"*, in CNEL, *Notiziario dell'Archivio contratti*, n. 29, marzo 2018, p. 10.

⁷¹ V. *supra*, la nota 56.

⁷² V. F. LISO, *Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 9 marzo 2018*, in *Bollettino Adapt*, 23 aprile 2018, n. 16, il quale riconduce la scelta operata da Confindustria al raggiungimento di "livelli di insostenibilità tali da far ammettere chiaramente alle parti che il sistema di fatto – quello sviluppatosi nella più completa anomia – non tiene più e c'è bisogno di ordine".

⁷³ Su cui vedi, da ultimo, V. PAPA, *L'attività sindacale delle organizzazioni datoriali*, Giappichelli, 2017.

⁷⁴ M. FORLIVESI, *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 522.

⁷⁵ Corte Cost. 1 aprile 2015, n. 51, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 493 con nota di M. BARBIERI; in *Arg. dir. lav.*, 2015, II, p. 928 con nota di S. LAFORGIA; in *Dir. rel. ind.*, 2015, II, p. 823, con nota di D. SCHIUMA. Si veda anche G. ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte Costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 7 ss.

⁷⁶ N. BRILLANDI *Socio lavoratore. La retribuzione è quella del CCNL "comparativamente più rappresentativo"* (art. 7, comma 4, D.L. n. 248/2007), *Lav. prev. oggi*, 2008, pp. 605-606.

di contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali di non accertata rappresentatività, che prevedano trattamenti retributivi potenzialmente in contrasto con la nozione di retribuzione sufficiente, di cui all'art. 36 Cost. Il riferimento al contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative deve intendersi come “mero parametro esterno” utilizzato dal giudice per garantire al socio lavoratore il minimo retributivo (proporzionato e sufficiente) conforme al richiamato principio costituzionale. E' proprio attraverso quel parametro, infatti, che si realizza “l'estensione dei minimi di trattamento economico (cosiddetto minimale retributivo) agli appartenenti ad una determinata categoria, assicurando la parità di trattamento tra i datori di lavoro e tra i lavoratori”⁷⁷.

La Corte non ravvisa, poi, un contrasto con l'art. 39 Cost. perché, nel rispetto del principio di libertà sindacale, anche le sigle sindacali sfornite di maggiore rappresentatività possono stipulare contratti collettivi e stabilire i minimi retributivi, con l'unico limite che questi non devono essere in contrasto “con il diritto del singolo, intangibile da qualunque organizzazione sindacale, di percepire la giusta retribuzione ex art. 36 Cost.”⁷⁸. Pertanto, poiché nulla impedirebbe che il legislatore fissasse un salario minimo legale rispondente al dettato costituzionale, al fine di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, non vi è ragione per la quale il corretto parametro di riferimento per la retribuzione giusta e sufficiente non possa essere rinvenuto nei valori concordati nei contratti collettivi di lavoro firmati dai sindacati comparativamente più rappresentativi⁷⁹.

Il ragionamento sviluppato dai giudici costituzionali è tutto incentrato sulla garanzia della c.d. giusta retribuzione, riconosciuta ai lavoratori ai sensi dell'art. 36 Cost. Esso, dunque, solo parzialmente risulta estendibile alla normativa dettata per gli ETS, che non si limita ad imporre una retribuzione minima, il cui parametro è costituito dai contratti collettivi “qualificati”⁸⁰; ma estende la sua portata protettiva fino a riconoscere ai lavoratori occupati in quegli enti *il diritto* a un trattamento *anche normativo*, non inferiore a

⁷⁷ V. già Corte cost. n. 59 del 2013.

⁷⁸ Trib. Torino, 14 ottobre 2010, in *Arg. dir. lav.*, 2011, II, 695, con nota di L. IMBERTI in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 409 con nota di G. MORO; in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 203 con nota di M. COLUCCI; in *Dir. rel. ind.*, 2011, 781 con nota di V. PUTRIGNANO.

⁷⁹ La Corte richiama Cass. n. 17583 del 2014. Sull'opportunità di un intervento legislativo “leggero” che, preveda quale parametro della retribuzione spettante ai lavoratori il trattamento minimo stabilito dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, v. M. DELFINO, *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 62 ss.; e P. PASCUCI, P. PASCUCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in <http://www.aidllass.it/wp-content/uploads/2018/05/Relazione-Pascucci-3.pdf>, p. 49, il quale segnala come il riferimento ai contratti collettivi quale parametro della retribuzione costituisca ormai “un *leit motiv* dell'ordinamento” (p. 43).

⁸⁰ Con la complicazione, poi, che i contratti collettivi cui fa riferimento il legislatore del terzo settore sono multilivello, richiamando la normativa *de qua* i “contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali” di cui all'art. 51, d.lgs. n. 81/2015.

quello previsto da quei contratti collettivi. Il legislatore del terzo settore, dunque, opera un richiamo ad una ben più ampia gamma di materie regolate da quelle fonti collettive, il cui carattere vincolante travalica la “sola” parte retributiva, per investire l’intera regolazione del contenuto dei rapporti individuali di lavoro (la c.d. parte normativa del contratto collettivo)⁸¹.

Così formulata, la normativa del terzo settore impatta sul dinamismo della concorrenza intersindacale. Ed invero, pur ammettendo la presenza di una pluralità di fonti negoziali, la finalità perseguita dalla normativa in esame è quella di garantire ai lavoratori degli ETS l’applicazione di un trattamento “complessivo” non inferiore a quello previsto nei contratti collettivi multilivello di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015; contratti che, in tal modo, assurgono a parametro di riferimento per la determinazione dell’intero assetto protettivo minimo cui hanno diritto tutti i lavoratori occupati all’interno di questo ampio settore. Ne discende che, in presenza di una pluralità di fonti collettive, a questi ultimi dovrà comunque essere garantito l’intero trattamento (non solo, si ripete, quello economico) previsto dal contratto “leader”; così riconoscendosi a quel contratto una portata applicativa che travalica il campo di applicazione definito dalle parti sociali che lo hanno stipulato.

Sotto questo aspetto, è di tutta evidenza che potrebbe prospettarsi il rischio di incostituzionalità di una siffatta normativa che, ai fini della determinazione dei trattamenti economici e normativi garantiti ai lavoratori, seleziona i contratti collettivi, privilegiando quelli sottoscritti dai sindacati comparativamente maggioritari. Nell’imporre l’obbligo di rispettare quelle tutele minime, essa introduce infatti un meccanismo estensivo dell’efficacia soggettiva di quei contratti collettivi “qualificati”, così ponendosi in contrasto con il modello di contrattazione statuito nella seconda parte dell’art. 39 Cost..

5. Retribuzioni e terzo settore

Per quanto concerne poi il trattamento retributivo dei lavoratori occupati negli enti del terzo settore, alla richiamata garanzia del minimo contrattuale la normativa del 2017 affianca alcuni puntuali obblighi in capo all’ente.

La nuova disciplina pone, innanzitutto, un tetto alle retribuzioni anche verso l’alto, prevedendo che non si possano retribuire i lavoratori subordinati o autonomi con “retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi” di cui all’art. 51 del d.lgs. n. 81/2015⁸². Inoltre, si inserisce un criterio di proporzionalità del trattamento

⁸¹ Il tema merita, sotto questo ulteriore profilo, una riflessione più approfondita, non essendo stato – ad oggi – ancora adeguatamente messo a fuoco: v., di recente, le Relazioni al XIX Congresso AIDLASS su “La Retribuzione”, tenutosi a Palermo dal 17 al 19 maggio 2018, consultabili in www.aidlass.it.

⁸² Art. 8, co. 3, lett. b), d.lgs. n. 117/2017; art. 3, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 112/2017.

retributivo tra lavoratori dipendenti, prevedendosi che, in ciascun ente del terzo settore, la differenza retributiva tra lavoratori dipendenti non può essere superiore al rapporto uno a otto, da calcolarsi sulla base della retribuzione annua lorda⁸³. Si tratta di una disposizione chiaramente dettata da un criterio di “equità”, per evitare l’adozione di politiche retributive interne che potrebbero rilevarsi sperequative in favore del management e a discapito degli altri lavoratori⁸⁴; ma che potrebbe allontanare dal terzo settore le professionalità più elevate, impoverendolo delle competenze manageriali di cui necessita.

6. Il lavoro dei volontari e dei soggetti svantaggiati

Nel nuovo quadro regolativo in esame, si rinvergono poi numerose disposizioni, anche in funzione della specifica categoria di ente, che investono tanto la tipologia di collaboratori coinvolti, tanto il loro contingentamento. Si tratta, in particolare, delle previsioni rivolte ai volontari e alle persone svantaggiate; previsioni da ultimo innovate ad opera dei d.lgs. nn. 95 e 105 del 2018, intervenuti - ai sensi della legge delega n. 106/2016 – al fine di tener conto “delle evidenze attuative nel frattempo emerse”.

6.1 Il volontariato

Per quanto concerne, innanzitutto, il volontariato, la nuova disciplina è volta al “*riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di attività di volontariato*”, nel rispetto di criteri direttivi che investono: a) l’armonizzazione e coordinamento delle diverse discipline vigenti in materia di volontariato e di promozione sociale, valorizzando i principi di gratuità, democraticità e partecipazione e riconoscendo e favorendo, all’interno del terzo settore, le tutele dello status di volontario e la specificità delle organizzazioni di volontariato e di quelle operanti nella protezione civile; b) l’introduzione di criteri e limiti relativi al rimborso spese per le attività dei volontari, preservandone il carattere di gratuità e di estraneità alla prestazione lavorativa (art. 5, l. n. 106/2016).

Alla luce di questi criteri generali devono leggersi le disposizioni contenute nei decreti delegati e, in particolare, nel CTS che, operando un significativo cambio di impostazione rispetto alla disciplina previgente⁸⁵, si preoccupa di fornire una definizione univoca del volontario, nella sua dimensione individuale (art. 17, co. 2); per poi regolare il peculiare rapporto che lega la sua attività agli enti del terzo settore. Regole speciali sono poi previste, dallo stesso Codice, per le organizzazioni di volontariato e per le associazioni di promozione sociale; dal d.lgs. n. 112/2017 per l’attività di volontariato svolta presso le

⁸³ Art. 16 del d.lgs. n. 117/2017 e art. 13, co. 1, del d.lgs. n. 112/2017.

⁸⁴ A. ALCARO, *Riforma del Terzo settore e cooperazione sociale*, cit., 3.

⁸⁵ Disciplina contenuta nella l. n. 266 del 1991, che regolamentava l’attività di volontariato resa tramite le sole organizzazioni di volontariato, iscritte in appositi registri.

imprese sociali; dalla disciplina previgente, per quella resa nelle cooperative sociali. Di modo che anche il nuovo quadro normativo si conferma connotato da rilevanti profili di specialità, la cui puntuale delimitazione presenta, come vedremo, non pochi problemi di coordinamento con le regole generali definite dal CTS.

Una più ampia disciplina del fenomeno era, comunque, indubbiamente opportuna. Dati recenti evidenziano, infatti, come il ricorso al volontariato sia articolato, e in grande crescita. In particolare, secondo il [primo Rapporto nazionale del Csvnet](#) (Coordinamento Nazionale dei Centri di Servizio per il Volontariato), al dicembre 2015 in Italia si sono registrati 1,7 milioni di volontari, operanti nelle organizzazioni di volontariato. E tuttavia, il mondo del volontariato non si esaurisce all'interno di queste specifiche istituzioni; tutti gli ETS possono, infatti, avvalersi di volontari nello svolgimento delle proprie attività⁸⁶, e sono tenuti a iscrivere in un apposito registro i volontari che svolgono la loro attività “in modo non occasionale” (CTS, art. 17, co. 1)⁸⁷. Ne discende che, in molte realtà, volontari e lavoratori possono coesistere, e in modo cospicuo.

Del resto, se consideriamo che il numero totale di volontari (occupati in tutte le istituzioni non profit) è di circa 5 milioni e mezzo di persone, ci sono quasi quattro milioni di volontari che operano in situazioni “altre” rispetto alle organizzazioni di volontariato: situazioni in cui i confini tra lavoro gratuito e lavoro retribuito, così come tra volontariato genuino e falso volontariato, possono risultare davvero molto sfumati.

Se, dunque, l'incremento del dato quantitativo è, in sé, positivo, non può nascondersi che il ricorso al volontariato potrebbe essere incentivato anche in ragione delle “ristrettezze” introdotte negli ultimi anni (in particolare, dal Jobs Act) con riferimento al ricorso a tipologie contrattuali non standard, ampiamente utilizzate – come si è già ricordato - nel mondo del non profit. Basti pensare, in particolare, all'abrogazione – operata dal d.lgs. n. 81/2015 - del lavoro a progetto e del contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro (strumento spesso utilizzato per la regolarizzazione di figure atipiche); ma anche al superamento del c.d. lavoro accessorio, cui ha fatto seguito la ri-regolazione del lavoro occasionale, oggi assoggettato a stringenti limiti concernenti il valore economico della prestazione svolta, i soggetti

⁸⁶ A ben vedere, l'attività di volontariato può essere altresì svolta al di fuori di questi enti: è quanto può desumersi dalla formulazione dell'art. 17, co. 2, ai sensi del quale il volontario svolge la sua attività in favore della comunità e del bene comune *anche* (e dunque, non esclusivamente) per il tramite di un ente del terzo settore. L'inclusione, nella nuova normativa, anche del volontariato c.d. individuale è segnalata da P. PASSALACQUA, *Il volontariato alla luce del recente Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). Profili di diritto del lavoro*, Relazione presentata al Convegno nazionale degli economisti e dei direttori degli uffici amministrativi delle diocesi italiane su “La gestione delle risorse alla luce delle nuove norme civili ed ecclesiali”. Salerno, 26-28 febbraio 2018, in www.economato.chiesacattolica.it.

⁸⁷ La vaghezza del richiamo alla nozione di occasionalità è correttamente sottolineata da L. ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 356/2018, p. 18, nota 62.

coinvolti, le attività ammesse. Non può dunque sottrarsi il rischio che queste limitazioni possano spingere le organizzazioni “meno virtuose” verso il ricorso al c.d. falso volontariato, piuttosto che verso la regolarizzazione di quei lavoratori nell’area del lavoro subordinato⁸⁸. Fenomeno, questo, particolarmente pericoloso in una stagione di *spending review*, se consideriamo che i principali committenti delle organizzazioni di volontariato sono pubbliche amministrazioni, sempre più alle prese con tagli nella spesa sociale⁸⁹.

Delineato il contesto complessivo, possono meglio cogliersi le nuove regole introdotte dall’art. 17 del CTS, che – relativamente al peculiare rapporto che lega il volontario all’ente – confermano la tradizionale impostazione sottesa alla legge n. 266 del 1991, incentrandosi sulla disciplina dei rimborsi spese, sulla incompatibilità con altre attività lavorative, e sugli obblighi assicurativi gravanti sugli ETS. Si tratta di regole che trovano oggi applicazione a tutte le figure giuridiche disciplinate dal Codice, con estensione anche agli enti che godono di una disciplina particolare, a condizione che siano “non derogate” e compatibili⁹⁰.

Così, e in via generale, si ribadisce la possibilità di rimborsare solamente le spese effettivamente sostenute e documentate per l’attività prestata presso gli ETS; è poi demandato al prudente apprezzamento dell’ente il compito di individuare i limiti massimi e le condizioni per il rimborso. La disposizione, nel confermare quanto già previsto dall’art. 2, co. 2, l. n. 266/1991, è volta a garantire che i rimborsi spese “non mascherino l’erogazione di compensi, ossia, in definitiva, che il rapporto associativo non mascheri un rapporto di lavoro”⁹¹.

In deroga a tale regola generale, rafforzata dall’esplicito divieto di rimborsi spese di tipo forfetario (limitando così una prassi assai diffusa nelle organizzazioni non profit), è però riconosciuta la possibilità di rimborsare ai volontari, a fronte di una semplice autocertificazione, fino a 10 euro giornalieri e non più di 150 euro mensili⁹². Si introduce in tal modo un margine di “tolleranza economica” che – seppure finalizzata a semplificare il rimborso delle piccole spese sostenute dal volontario – dovrà essere regolamentata con estrema cautela, prestando il fianco a possibili comportamenti abusivi, qualora ad esempio il volontario si trovi a prestare, nello stesso periodo, la propria attività presso diversi enti del terzo settore, anche in modo occasionale; magari cumulando tali attività con lo svolgimento di mini lavori.

⁸⁸ V. ancora ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, 16 ss.

⁸⁹ L. ZOPPOLI, *Volontariato e diritti dei lavoratori dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 298/2016; ID. *Volontariato e diritti dei lavoratori tra Jobs Act e codice del terzo settore*, in U.M. OLIVIERI, L. ZOPPOLI, (a cura di), *Dono lavoro volontariato tra globalizzazione e nuova regolamentazione*, Milella, 2018.

⁹⁰ Art. 3, Codice ETS.

⁹¹ Si veda, sul punto Cass. Sez. Lav. nn. 12964/2008, 10974/2010, 9468/2013, 23890/2015, 24090/2015.

⁹² L’associazione deve comunque stabilire in anticipo quali spese possono essere rimborsate con questa modalità: art. 17, co. 4.

Una possibilità, quest'ultima, per nulla remota nell'attuale fase storica, caratterizzata da elevati tassi di disoccupazione, specie giovanile, e da una diffusa precarietà lavorativa.

Resta, infine, da valutare l'applicabilità della disciplina sui rimborsi spese alle imprese e alle cooperative sociali. Ed infatti, relativamente alle prime, nulla dispone la nuova normativa; per le seconde, la legge n. 381/1991 si limita a prevedere esclusivamente il rimborso a piè di lista, in base a "parametri stabiliti dalla cooperativa sociale per la totalità dei soci" (art. 2, co. 4).

Ancora, il Codice conferma la demarcazione tra lo status di volontario e quello di lavoratore, disponendo l'assoluta incompatibilità della qualità di volontario con qualsiasi forma di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale *"con l'ente di cui il volontario è socio o associato o tramite il quale svolge la propria attività volontaria"* (art. 17, co. 5). Ne discende che l'ente/datore di lavoro deve essere formalmente diverso non solo da quello di cui il volontario è socio o associato, ma anche da quello nel cui ambito il volontario presta, gratuitamente, la propria attività. La richiamata incompatibilità, già prevista per le organizzazioni di volontariato (art. 2, co. 3, l. n. 266/1991), è del resto funzionale ad evitare che qualunque rapporto lavorativo possa essere dissimulato in forma di rapporto volontario, così impedendosi il cumulo di rapporti, che costituisce *"il terreno più fertile per gli inquinamenti e le zone grigie"*⁹³. Tale impedimento sembrerebbe però incontrare una deroga significativa per le attività di volontariato svolte nelle cooperative sociali, la cui normativa non esclude espressamente la possibilità di instaurare un rapporto di lavoro con il socio volontario⁹⁴. La giurisprudenza amministrativa ha, in realtà, ammesso la compatibilità dei due rapporti, ritenendola rispettosa del disposto di cui all'art. 2, co. 5, l. n. 381/1991, nonché delle previsioni contenute nel Regolamento interno della cooperativa, debitamente certificate ai sensi dell'art. 83, co. 1, d.lgs. n. 276/2003⁹⁵. Una soluzione che dovrebbe oggi essere ripensata, alla luce del generale divieto posto, al riguardo, dal nuovo impianto regolativo del 2017.

La disciplina dettata per le cooperative sociali presenta ulteriori scostamenti rispetto a quella generale dettata per gli enti del terzo settore. Ed infatti, mentre le cooperative sociali sono tenute ad assicurare i propri soci volontari solo contro gli infortuni e le malattie professionali (art. 2, co. 3, l. n. 381/1991), gli "altri" enti sono tenuti ad assicurare i soggetti che prestano attività di volontariato anche per la

⁹³ L. MENGHINI, *Il lavoro nella legge-quadro sul volontariato*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, spec. p. 73; e ID., *Nuovi valori costituzionali e volontariato (riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito)*, Milano, 1989, p. 162 ss., secondo il quale una diversa lettura aprirebbe la strada a "forme ibride di semivolontariato che danno luogo a rischi di sfruttamento e di assenza di tutele" (p. 169).

⁹⁴ *Il problema investe, in particolare*, l'applicabilità o meno della legge n. 142/2001 anche ai soci volontari di cooperative sociali: per la ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali, v. LAMBERTI, *op. cit.*, spec. p. 271 ss.

⁹⁵ T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 25 ottobre 2017, n. 1277; Cons. Stato, Sez. III, 14 maggio 2018, n. 2867.

responsabilità civile verso terzi⁹⁶. A ciò si aggiunga che l'obbligo assicurativo gravante sull'ente concerne la stipulazione di una polizza privata, non valendo in questo caso l'obbligo – previsto invece per le cooperative sociali - di applicare le norme antinfortunistiche relative al lavoro subordinato. Si tratta di difformità di trattamento già rinvenibili nella normativa previgente⁹⁷; e che risultano oggi ancor più ingiustificabili, nei confronti di una categoria di prestatori per la quale si tenta di fornire un assetto protettivo minimale quanto più omogeneo possibile.

Regole speciali si rinvencono, poi, per le organizzazioni di volontariato⁹⁸ (ODV) e le associazioni di promozione sociale (ASP). Una volta confermato che le stesse debbano avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati, o delle persone aderenti agli enti associati (art. 32 e 35)⁹⁹, il CTS dispone, da una parte, la possibilità di assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura¹⁰⁰ in via marginale, cioè nei limiti esclusivamente necessari al loro regolare funzionamento e al perseguimento delle specifiche finalità¹⁰¹. Dall'altra, l'obbligo di rispettare un numero massimo di lavoratori impiegabili, che non può essere superiore al 50% del numero dei volontari o, nel caso delle ASP, al 5% del numero degli associati; prevedendosi che, nel caso in cui il numero degli associati scenda al di sotto di tali soglie, lo stesso debba essere integrato entro un anno¹⁰².

Emerge dunque, a fronte della indeterminatezza del dato quantitativo risultante dall'impianto normativo previgente¹⁰³, l'espressa specificazione di una precisa percentuale numerica dei lavoratori (subordinati o

⁹⁶ Art. 18 co. 1, d.lgs. n. 117/2017, ai sensi del quale “*Gli enti del Terzo settore che si avvalgono di volontari devono assicurarli contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività di volontariato, nonché per la responsabilità civile verso i terzi*”; lo stesso articolo (co. 3) dispone che tale copertura assicurativa è elemento essenziale delle convenzioni tra gli enti del terzo settore e le amministrazioni pubbliche, e su queste ultime gravano i relativi oneri. L'estensione innova la disciplina in precedenza applicabile alle associazioni di promozione sociale, per le quali l'obbligo di copertura assicurativa valeva solo per gli associati che svolgevano la loro attività di volontariato nell'ambito di convenzioni stipulate con enti pubblici (art. 30, l. n. 383/2000, oggi abrogata); per le imprese sociali, l'art. 13, co. 2, d.lgs. n. 112/2017 si limita a riproporre il disposto dell'art. 18, co. 1, CTS, nulla specificando in caso di convenzione con la P.A.

⁹⁷ In senso critico, v. già F. BANO, *Il lavoro senza mercato*, Bologna, 2001, spec. p. 176; e R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro e terzo settore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, spec. p. 340.

⁹⁸ Sul lavoro svolto nelle organizzazioni di volontariato v. per tutti, oltre agli A. già citati, P. BOZZAO, A. CELOTTO, *Volontariato (Lavoro nelle organizzazioni di)*, in *Digesto*, IV Edizione, vol. XVI Commerciale, Utet, 1998, p. 466 ss.; più di recente, v. L. MENGHINI, *Volontariato e gratuità del lavoro*, in *Enc. Dir. Annali*, 2013, vol. VI, p. 1033 ss.

⁹⁹ Così come modificati dagli artt. 9 e 11, d.lgs. n. 105/2018; rispetto alla previgente formulazione, la modifica, da una parte, si pone in linea con il contenuto dell'articolo 17 del Codice, che parla esclusivamente di attività; dall'altra, sottolinea la struttura a rete delle ODV.

¹⁰⁰ A differenza di quanto previsto per le ODV, nelle APS le predette attività lavorative possono essere svolte anche dai propri associati: art. 36, co. 1, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁰¹ Limite che viene ora esteso, seppure con diversa formulazione, anche alle associazioni di promozione sociale.

¹⁰² Se il numero degli associati non viene integrato, l'ODV/ASP è cancellata dal Registro unico nazionale del terzo settore, se non formula richiesta di iscrizione in un'altra sezione del medesimo.

¹⁰³ Cfr., relativamente alle organizzazioni di volontariato, l'art. 3, l. n. 266/1991; per le associazioni di promozione sociale, v. l'art. 18, l. n. 383/2000.

autonomi) occupabili. E tuttavia, il “contingentamento” del numero dei lavoratori rispetto a quello dei volontari impegnati nelle ODV/ASP può determinare criticità nel caso di riduzione di questi ultimi: dovendosi valutare, ad esempio, se una siffatta contrazione possa costituire una legittima causa di licenziamento del lavoratore “in sovrannumero”.

Il coinvolgimento dei volontari è regolato anche nelle imprese sociali (nelle quali sono ricomprese, come vedremo, le cooperative sociali), dove pure si rinvencono regole particolari di contingentamento¹⁰⁴. Preciso che, in questo caso, la presenza dei volontari non è necessaria, ma semplicemente “ammessa”, si prevede che il numero dei volontari impiegati nell'attività d'impresa non possa superare quello dei lavoratori (art. 13, co. 2, d.lgs. n. 112/2017). Ad essere prevalente è, in questo caso, il numero di lavoratori regolarmente occupati; così superandosi il limite fissato nell'abrogato art. 14 del d.lgs. n. 155/2006, pari al cinquanta per cento dei lavoratori a qualunque titolo impiegati nell'impresa sociale.

La “liberalizzazione”, così operata, dell'utilizzo quantitativo del volontariato, se da un lato può costituire un incentivo verso lo sviluppo delle attività di cooperazione sociale, dall'altro potrebbe inasprire la concorrenza al ribasso del costo del lavoro, rendendo più competitive quelle imprese/cooperative che facciano un uso consistente del volontariato. Consapevole delle difficoltà di controllo connessa alla qualificazione delle attività gratuite, e nel timore che il coinvolgimento dei volontari possa apportare un contributo “non marginale” nell'economia complessiva del servizio, il legislatore del 2018 ha aggiunto, all'art. 13 del d.lgs. n. 112/2017, un comma 2-bis, ove si dispone che “*Le prestazioni di attività di volontariato possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti. Esse non concorrono alla determinazione dei costi di servizio, fatta eccezione per gli oneri connessi all'applicazione del comma 2*”. Tale previsione, al pari dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 2, co. 5, della legge 381/1991 relativamente alle (sole) cooperative sociali di tipo A, è volta ad evitare che le prestazioni gratuite dei volontari possano essere utilizzate per ottenere vantaggi competitivi sul prezzo delle gare d'appalto, specie con le pubbliche amministrazioni¹⁰⁵; potendosi in tal caso ravvisarsi l'anomalia dell'offerta, da parte della stazione appaltante. L'attività dei volontari non può, dunque, “spingersi sino a

¹⁰⁴ Con specifico riguardo all'impresa sociale, v. C. BORZAGA, *Le imprese sociali e l'inserimento lavorativo*, in *Impresa sociale*, 2006, p. 183.; F. BANO, *Commento all'art. 14 (Lavoro nell'impresa sociale)*, in *Disciplina dell'impresa sociale, Commentario al decreto legislativo 155/2006*, a cura di M.V. DE GIORGI, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007, n. 1, p. 478; A. BOVA, *La disciplina dell'impresa sociale*, in *Il terzo settore e l'impresa sociale: sostegni o sfide per il welfare state*, a cura di A. BOVA, D. ROSATI, Apes, 2009, spec. p. 75 ss. Per una prima analisi della nuova disciplina, v. C. BORZAGA, *I decreti delegati sull'impresa sociale e sul Codice del Terzo Settore: la riforma dei mezzi passi*, in *Welfare oggi*, 4/2017, pp. 19-23; ID., *L'impresa sociale nel perimetro del terzo settore: riposizionamento e rilancio*, in www.rivistaimpresasociale.it, 9 settembre 2017.

¹⁰⁵ La norma circoscrive espressamente l'utilizzo di prestazioni di soci volontari alla gestione dei servizi “da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche”: Tar Piemonte, Sez. I, 17 marzo 2016, n. 368.

divenire strutturalmente sostitutiva dell'attività degli operatori professionali, essendo imprescindibile l'individuazione di ragionevoli limiti a tale ingerenza al fine di preservare un determinato *standard* qualitativo e di professionalità della prestazione offerta”¹⁰⁶.

La disposizione in esame, nel richiamare le “prestazioni di attività di volontariato”, deve intendersi riferita a quelle svolte esclusivamente dai soci volontari, e non anche dai soci lavoratori; come si è già detto, una diversa lettura si porrebbe in netto contrasto con il divieto di cumulabilità di rapporti, oggi chiaramente enunciato, con carattere generale, nel richiamato art. 17, co. 5, del CTS.

Al fine, comunque, di incentivare lo svolgimento di attività di volontariato presso gli ETS da parte dei lavoratori subordinati, il legislatore del 2018 ha riconosciuto a questi ultimi il diritto ad usufruire delle forme di flessibilità orarie o delle turnazioni previste dai contratti e dagli accordi collettivi, compatibilmente con l'organizzazione aziendale. Tale disposizione – nel generalizzare quanto già previsto dalle l. n. 266/1991 per le sole organizzazioni di volontariato – si conferma scarsamente incisiva, andando incontro a una duplice limitazione: da una parte, infatti, i soggetti collettivi restano liberi di prevedere o meno tali agevolazioni; dall'altra, l'eventuale fruizione delle stesse – laddove previste – sarà possibile pur sempre nel limite della compatibilità con le esigenze aziendali.

6.2 I soggetti svantaggiati

Quasi un capitolo a sé riveste, infine, l'assetto delle misure apprestate dal legislatore del 2017 per favorire l'inclusione lavorativa dei soggetti svantaggiati o disabili. Si tratta di una finalità sociale da tempo presente nell'agenda del legislatore nazionale ed europeo, che viene ora perseguita ampliando le categorie delle persone protette a coloro che presentano notevoli difficoltà nell'accesso al mercato del lavoro, così come nel mantenimento dell'occupazione.

L'inclusione sociale dei soggetti deboli assume un ruolo determinante nel riordino della disciplina in materia di impresa sociale. Innanzitutto, nell'elenco delle attività di interesse generale menzionate nell'art. 2 del d.lgs. n. 112/2017 sono richiamate – con portata innovativa rispetto all'assetto previgente – quelle aventi ad oggetto “servizi finalizzati all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro” di particolari categorie di lavoratori, persone svantaggiate e disabili (co. 1, lett. p). La stessa norma conferma, poi, l'autonomo rilievo riconosciuto all'impresa sociale che, in coerenza con la propria

¹⁰⁶ T.A.R. Veneto, Sez. I, 21/03/2018, n. 319; sulla previsione di “complementarietà” del ruolo dei volontari, v. Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2012, n. 1369; e Cons. Stato n. 2867 del 2018, cit.

specifica *mission*, occupi nel proprio organico quegli stessi soggetti, in una quota minima definita dalla legge¹⁰⁷.

I soggetti protetti dalla nuova disciplina sono: i lavoratori molto svantaggiati, le persone svantaggiate o con disabilità¹⁰⁸, le persone beneficiarie di protezione internazionale o, ancora, senza fissa dimora, che versino in condizione di povertà. Nella loro identificazione, il legislatore ha tenuto conto delle “nuove forme di esclusione sociale, adottando una tecnica di individuazione per *relationem* delle categorie di soggetti deboli, mediante il richiamo a disposizioni normative dell'ordinamento nazionale o comunitario”¹⁰⁹.

Sotto tale profilo, rileva innanzitutto il richiamo ai lavoratori molto svantaggiati, come individuati nell'articolo 2, numero 99) del Regolamento (UE) n. 651/2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato intero¹¹⁰. Il raccordo con la normativa europea appare particolarmente interessante, e merita qualche ulteriore considerazione.

E' ben noto infatti che, nell'ambito della strategia europea per l'occupazione, da molti anni il legislatore europeo si preoccupa di fornire un assetto protettivo “speciale” ai soggetti svantaggiati, attraverso la previsione di incentivi pubblici a sostegno del loro ingresso e della loro integrazione nel mercato del lavoro, con esenzione dall'obbligo di notifica del regime di aiuto imposto dalla normativa europea (art. 108, par. 3, del TFUE)¹¹¹. L'impianto regolamentare in materia di aiuti di stato ha visto susseguirsi, nel tempo, molteplici interventi da parte del legislatore comunitario, attraverso un processo di modernizzazione reso necessario per far fronte ai problemi strutturali derivanti dalla globalizzazione

¹⁰⁷ Art. 2, co. 4, d.lgs. n. 112/2017. In tal senso, v. già l'(abrogato) art. 2, co. 2, d.lgs. n. 155/2006 e – relativamente alle cooperative sociali di inserimento lavorativo (c.d. di tipo B) - gli artt. 1, co. 1, let. b) e 4, l. n. 381/1991.

¹⁰⁸ Per l'identificazione di tali soggetti l'art. 4, co. 2, lett. b) del d.lgs. n. 112 del 2017 rinvia all'art. 112, co. 2, Codice dei contratti pubblici che, a sua volta, rinvia – relativamente ai soggetti svantaggiati – all'art. 4, co. 1, l. n. 381/1991 (v. *infra*, la nota 124).

¹⁰⁹ Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante revisione della disciplina in materia di impresa sociale*, in <http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori>.

¹¹⁰ Ai sensi dell'articolo 2, numero 99), del Regolamento (UE) n. 651/2014, è tale chiunque rientri in una delle seguenti categorie: a) lavoratore privo da almeno 24 mesi di impiego regolarmente retribuito; o b) lavoratore privo da almeno 12 mesi di impiego regolarmente retribuito che appartiene a una delle categorie di cui alle lettere da b) a g) della definizione di «lavoratore svantaggiato». Quest'ultima definizione è contenuta nell'art. 2, numero 4, che ricomprende chiunque soddisfi una delle seguenti condizioni: b) avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni; c) non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale (livello ISCED 3) o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito; d) aver superato i 50 anni di età; e) essere un adulto che vive solo con una o più persone a carico; f) essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25 % la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; g) appartenere a una minoranza etnica di uno Stato membro e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile.

¹¹¹ Per approfondimenti, v. L. TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di stato “compatibili”*, Cedam, 2012.

dell'economia, dai cambiamenti tecnologici, dal sempre maggiore invecchiamento della forza lavoro e dalle crescenti carenze di competenze e di manodopera in alcuni settori e regioni. Tutte difficoltà, queste, amplificate dalla crisi economica e finanziaria dell'ultimo decennio, che ha provocato un aumento del tasso di disoccupazione, colpendo in particolare i giovani e le altre persone svantaggiate.

Da ultimo, il regolamento UE del 2014, proprio al fine di favorire l'inserimento o il reinserimento lavorativo dei soggetti di più difficile collocazione nel mercato del lavoro ha, da una parte, aumentato il numero delle misure esentate dall'obbligo di notifica preventiva e semplificato le procedure per la concessione di quegli aiuti di Stato che perseguono importanti interessi dell'UE, quali la creazione di posti di lavoro e l'aumento della competitività. Dall'altra, ha ridefinito il perimetro dei lavoratori *svantaggiati*, così come quello dei lavoratori *molto svantaggiati*, destinatari di politiche nazionali dirette a incrementare le loro opportunità occupazionali sul mercato del lavoro¹¹².

Sotto quest'ultimo aspetto, il Regolamento del 2014 riflette, nel complesso, le priorità occupazionali definite nella strategia Europa 2020¹¹³. E' quanto emerge dalla centralità nuovamente¹¹⁴ riconosciuta ai giovani di età inferiore ai 25 anni, ora ricompresi nella definizione di lavoratore svantaggiato, cui si aggiunge la distinta categoria dei soggetti privi di un primo impiego retribuito regolarmente, benché abbiano completato la loro formazione a tempo pieno da non più di due anni. Tale "ritorno al passato"¹¹⁵ realizza un significativo ampliamento della platea dei soggetti destinatari delle politiche nazionali volte ad incrementarne le *chance* occupazionali: il che produce, rispetto al passato, una maggiore "concorrenza interna" tra lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati, per l'ingresso (e la permanenza) nel mondo del lavoro¹¹⁶.

Di rilievo appare, ai fini della presente indagine, l'ampliamento del perimetro dei "lavoratori molto svantaggiati", originariamente circoscritto ai soggetti "senza lavoro da almeno 24 mesi"¹¹⁷, e ora esteso fino a ricomprendere tutti i lavoratori privi di "impiego regolarmente retribuito" da almeno 24 mesi,

¹¹² V. L. TEBANO, *Diritto del lavoro e aiuti all'occupazione: verso una (parziale) convergenza valoriale*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 341.

¹¹³ Tra le tre priorità principali richiamate nella nuova Strategia, la crescita inclusiva si fonda sulla promozione di un'economia con un alto tasso di occupazione, per favorire la coesione sociale e territoriale; con un nuovo obiettivo di contrasto alla disoccupazione, nettamente orientato al sostegno dell'occupazione giovanile (in particolare, dei Neet).

¹¹⁴ L'inclusione degli under 25, già prevista nel Reg. n. 2204/2002, era stata eliminata con il Reg. n. 800/2008. Per un'analisi delle innovazioni introdotte dal Regolamento del 2008, con specifico riguardo alle categorie di soggetti svantaggiati, v. D. Garofalo, *La nozione di svantaggio occupazionale*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, p. 569 ss.

¹¹⁵ C. GAROFALO, *I soggetti svantaggiati nella normativa europea e interna*, in BROLLO M., CESTER C., MENGHINI L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, 2016, p. 27.

¹¹⁶ P. BOZZAO, *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale scientifica, 2017, p. 74.

¹¹⁷ Reg. CE n. 800/2008, art. 2, paragrafo 19.

ridotti a 12 per gli appartenenti a una delle categorie di lavoratori svantaggiati¹¹⁸. L'innovazione rileva, da una parte, per il richiamo alla mancanza di un impiego regolarmente retribuito, che consente di estendere le opportunità occupazionali incentivate non solo a beneficio dei disoccupati, ma anche a tutti coloro che, in precedenza, hanno lavorato in maniera irregolare o saltuaria¹¹⁹. Dall'altra, perché – limitando, nel caso di cui si è detto, a 12 mesi la durata temporale del disagio occupazionale minimo richiesto - consente di ricondurre in questa tipologia le particolari categorie di lavoratori con uno svantaggio “di lunga durata”, precariamente occupati.

Alla luce di tale contesto complessivo devono leggersi le previsioni contenute nel decreto n. 112 del 2017. Esso, nell'individuare le attività di interesse generale da esercitarsi affinché un ente possa assumere la qualifica di impresa sociale, confermano il riconoscimento di quella qualifica alle imprese che soddisfano un limite minimo occupazionale di soggetti svantaggiati/disabili, fissato in almeno il 30% dei lavoratori complessivi impiegati. E' previsto poi un ulteriore contingentamento dei lavoratori molto svantaggiati che, ai fini del computo di questa percentuale minima, non possono contare per più di un terzo.

Nel corso dell'attività di impresa, il numero dei soggetti svantaggiati può scendere al di sotto della soglia minima, essendo una certa oscillazione nella dimensione quantitativa dell'organico della cooperativa assolutamente fisiologica e segno di vitalità dell'impresa sul mercato¹²⁰; quel rapporto numerico, quindi, deve essere ristabilito entro un certo lasso di tempo. Ciò spiega l'intervento correttivo introdotto dal legislatore del 2018, con il quale si dispone un limite temporale di 24 mesi dalla data di assunzione, superato il quale il (solo) lavoratore “molto svantaggiato” non potrà più considerarsi tale e non potrà più essere computato nel richiamato 30%¹²¹; conseguentemente, l'impresa sociale sarà tenuta ad adottare le misure necessarie a ristabilire quella percentuale minima. Il legislatore ha perso l'occasione per fare chiarezza circa l'individuazione dell'arco temporale entro il quale deve essere garantito il rispetto del generale limite minimo del 30% di persone svantaggiate; lasciando spazi alla soluzione interpretativa fornita, in via amministrativa, per le cooperative di tipo B, con la quale è stato a tal fine individuato un periodo temporale non eccedente i dodici mesi¹²².

¹¹⁸ Così l'art. 2, numero 99 (v. *supra*, la nota 110); restano esclusi solo coloro che non hanno un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi.

¹¹⁹ Per alcune prime indicazioni, v. il D.M. 17 ottobre 2017.

¹²⁰ Interpello del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale 3 marzo 2008, n. 4.

¹²¹ Art. 2, co. 1, d.lgs. n. 95 del 2018.

¹²² Interpello n. 4/2008, *cit.*

Infine, si segnala che, rispetto alla previgente disciplina del 2006¹²³, il rinvio oggi operato alla categoria dei lavoratori molto svantaggiati amplia notevolmente il ruolo occupazionale delle imprese sociali, esteso fino a ricomprendere - a ben vedere - anche forme più *soft* di svantaggio sociale. La stessa conclusione non può raggiungersi per le cooperative sociali di tipo B, la cui attività di inserimento lavorativo - in vigenza della disciplina speciale - deve ritenersi ancora “circoscritta” alle categorie di persone afflitte da più rilevanti limitazioni delle proprie capacità lavorative, elencate all’art. 4, co. 1, della l. n. 381/1991¹²⁴.

Ed infatti, come si è avuto modo di ricordare più volte, le cooperative sociali - pur acquisendo di diritto la qualifica di imprese sociali - sono rimaste disciplinate dalla legge n. 381/1991; ad esse le disposizioni del decreto n. 112/2017 “*si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili ...*”. Tale ultimo inciso impone di valutare con particolare attenzione l’impatto prodotto dalla riforma del terzo settore sul mondo cooperativo, in vista del necessario coordinamento richiesto con la normativa “originaria”.

Se si guarda alle novità introdotte dal legislatore del 2017, oltre all’ampliamento delle attività istituzionali svolte dalle cooperative sociali¹²⁵, deve rimarcarsi l’estensione delle già richiamate disposizioni in materia di lavoro nell’impresa sociale (art. 13, d.lgs. n. 112/2017) e di volontariato e di attività di volontariato (artt. 17-19 CTS).

In particolare, anche nelle cooperative sociali il numero massimo dei volontari impiegati non può essere superiore a quello dei lavoratori; mentre - in assenza di una normativa di coordinamento - si ritiene resti in vigore la disciplina dei soci volontari, contenuta nell’art. 2, co. 2, l. n. 381/1991 ai sensi della quale il numero dei soci volontari “non può superare la metà del numero complessivo dei soci”.

Un coordinamento appare necessario, poi, anche con riferimento ai vincoli occupazionali riguardanti le persone in situazione di svantaggio. Ed infatti, da una parte è rimasto fermo, per le cooperative sociali di

¹²³ Relativamente alle imprese sociali, ai fini dell’inserimento lavorativo il previgente d.lgs. n. 155 del 2006 (art. 2, co. 2) faceva riferimento ai “lavoratori disabili” e ai soli “lavoratori svantaggiati” di cui all’art. 2, primo paragrafo, lettera f), punti i), ix) e x), del Regolamento (CE) n. 2204/2002: si trattava, cioè, dei giovani di età inferiore ai 25 anni, che avessero completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e che non avessero ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente; delle persone affette da dipendenza; delle persone prive di regolare impiego retribuito dopo essere state sottoposte a una pena detentiva o a un’altra sanzione penale; tale Regolamento non prevedeva la categoria dei “lavoratori molto svantaggiati”, introdotta con il Reg. (CE) n. 800/2008.

¹²⁴ Ed invero, ai sensi di tale norma sono “persone svantaggiate”: i soggetti invalidi fisici, psichici e sensoriali; gli ex degenti di ospedali psichiatrici; i soggetti in trattamento psichiatrico; i tossicodipendenti; gli alcolisti; i minori in età lavorativa in situazione di difficoltà familiare; i condannati ammessi a misure alternative alla detenzione; i soggetti eventualmente individuati con apposito decreto del presidente del consiglio dei Ministri. A questa norma rinvia, poi, il d.lgs. n. 112 del 2017, ai fini della individuazione delle persone svantaggiate o con disabilità il cui inserimento lavorativo è favorito tramite la possibilità, per alcuni operatori economici, di partecipare - in presenza di determinati requisiti - ai c.d. appalti riservati: v. *supra*, la nota 38.

¹²⁵ Come chiarito dal Min. Lav. con la nota n. 2491 del 22 febbraio 2018.

tipo B, l'obbligo che almeno il 30% dei lavoratori¹²⁶ sia costituito da persone svantaggiate (con l'obbligo, compatibilmente con il loro stato soggettivo, di essere socie della cooperativa stessa). Dall'altra, il decreto 112/2017 ha previsto che (anche) le cooperative sociali possono svolgere servizi di inserimento lavorativo di lavoratori molto svantaggiati, persone svantaggiate o con disabilità, di persone beneficiarie di protezione internazionale e persone senza fissa dimora; nel rispetto di specifici vincoli occupazionali (già richiamati *supra*), che non risultano però coordinati con quelli previsti dalla l. n. 381/1991¹²⁷.

Resta infine da chiarire se l'azzeramento degli oneri contributivi previsto dall'art. 4, co. 3 della l. n. 381 del 1991 relativamente alle retribuzioni corrisposte dalle cooperative sociali di tipo B alle persone svantaggiate, sia estendibile anche alle imprese sociali. Si tratta, come è evidente, di una questione di non poco conto, visto l'importante riduzione del costo del lavoro che ne deriva in capo al datore di lavoro. Su questo nulla dispone il decreto: e tuttavia, deve propendersi per la soluzione negativa. Ciò in considerazione non solo del fatto che l'esonero contributivo si applica al "socio svantaggiato" della cooperativa (in ragione, dunque, anche al particolare rapporto associativo che si instaura tra la persona e la cooperativa)¹²⁸; ma anche che, ai sensi dell'art. 20, co. 3, del d.lgs. n. 112/2017, dall'attuazione delle disposizioni del decreto "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica"¹²⁹. Ad ogni modo, anche se l'impresa sociale non può godere degli incentivi specifici riconosciuti in caso di assunzione delle persone svantaggiate, essa potrà comunque beneficiare degli incentivi alla creazione di nuova occupazione previsti, in via generale, dalla normativa nazionale¹³⁰. E' dunque prevedibile che – diversamente dalle cooperative sociali – le imprese a vocazione sociale concentreranno le proprie attività occupazionali sulle categorie di lavoratori molto svantaggiati, di matrice euro-unitaria. Soggetti questi ultimi la cui ricollocazione, economicamente meno incentivata, risulterà comunque più agevole rispetto alle categorie di persone super-svantaggiate, di cui alla l. n. 381 del 1991.

¹²⁶ Siano essi soci o dipendenti della cooperativa: anche a questi ultimi si applica, quindi, il beneficio del totale abbattimento della contribuzione (v. Circ. Inps n. 109/1993).

¹²⁷ Per meglio intendersi: la l. 381/91 considera solo le persone svantaggiate, imponendone alla cooperativa una quota minima del 30%; il d.lgs. 112/2017 ricomprende anche altri soggetti svantaggiati, con una quota minima del 30% che ben può non coincidere con le persone svantaggiate della legge del 1991 (e sicuramente in quest'ultima categoria non rientrano i lavoratori molto svantaggiati).

¹²⁸ *Si consideri poi che la cooperativa sociale si occupa delle forme di svantaggio più gravi, in cui è presente una maggiore riduzione delle capacità lavorative; potendo per questo godere di un più consistente abbattimento del costo del lavoro.*

¹²⁹ In presenza di esonero contributivo, si applica comunque l'accredito dei contributi obbligatori, sulla base della loro retribuzione imponibile (v. Circ. Inps n. 296/1992).

¹³⁰ Per un quadro di sintesi, v. ANPAL, *Guida incentivi all'assunzione e alla creazione d'impresa*, 1 luglio 2017, in <http://anpal.gov.it>.