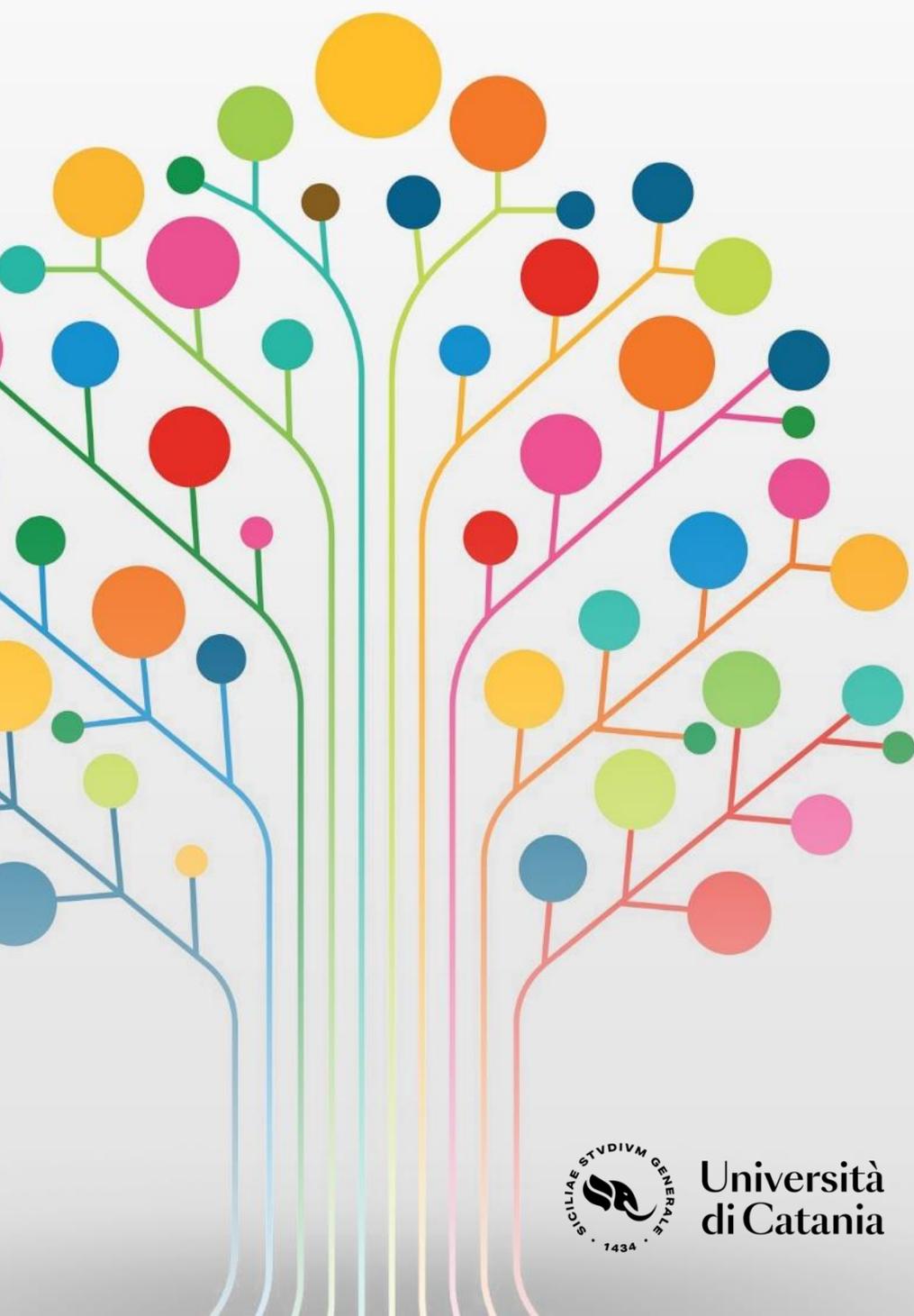


1/2021

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

ORSOLA RAZZOLINI, Università di Milano

ROBERTO VOZA, Università di Bari

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

MICHELE DE LUCA, già Presidente titolare della Sezione Lavoro della Corte di cassazione

CINZIA DE MARCO, Università di Palermo

ALESSANDRO GARILLI, Università di Palermo

BRUNO CARUSO, Università di Catania

GIUSEPPE PELLACANI, Università di Modena e Reggio Emilia

LOREDANA ZAPPALÀ, Università di Catania

ROBERTO PETTINELLI, Università di Trento

MARIA LAURA PICUNIO, Università "Ca' Foscari" di Venezia

RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

STEFANIA SCARPONI, Università di Trento

SOMMARIO

Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality Orsola Razzolini	1
L'adibizione a mansioni superiori secondo l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 Roberto Voza	25
Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia Alessandro Bellavista	37
Condizionalità ed ipotesi di esclusione (dalla seconda proroga) del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: molto rumore per (quasi) nulla (note minime) Michele De Luca	51
L'enigma qualificatorio dei <i>riders</i>. Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza Cinzia De Marco - Alessandro Garilli	68
Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve" Giuseppe Pellacani	91
Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro, nel settore pubblico, oggi Bruno Caruso	99
I medici specializzandi Roberto Pettinelli - Maria Laura Picunio	114
Un diritto del lavoro "tridimensionale": valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro Bruno Caruso - Loredana Zappalà	151
Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms Raffaello Santagata De Castro	193
"Work life balance" fra diritto UE e diritto interno Stefania Scarponi	218

Collective action for self-employed workers: a necessary response to increasing income inequality*

Orsola Razzolini

I. Introduction.	2
II. The Organizing Patterns of Self-Employed Workers Movements: Craft and Service Unionism.	5
III. Forms of Collective Action: Political Action, and Coalitions with Local Administrations.	7
IV. Collective Bargaining and Right to Strike.	11
A. A self-employed worker is not an undertaking: The obligation of personal service as the line drawn between a worker and an undertaking.	13
B. Self-employed collective bargaining should be immune to antitrust law if it pursues social policy objectives: Namely, if it counteracts the inequality of bargaining powers.	16
C. The self-employed workers should be entitled to the right to strike when the purpose is to counteract substantial inequality.	18
V. Unions and Courts: Legal Activism and Strategic Litigation	20
VI. Conclusion.	23

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 155/2021

I. Introduction.

According to European reports, the number of working poor¹ has increased substantially in the self-employment sector. European collected data reveal that the in-work poverty risk rate for self-employed workers (with and especially without employees) is now much higher than that for ordinary employees.²

Being self-employed or working as a professional (lawyer, architect, engineer) is no longer a status symbol of wealth, independence, and power as it was in the past. In Italy, lawyers — who cannot be classified as ordinary employees but independent contractors — declare an average annual income of 38,620 Euros with sensible disparities between men (€51,827) and women (€23,357), north (€55,775) and south (€23,205).³ A report about the publishing sector points out that freelancers declare less than 15,000 Euros per year;⁴ the median annual earning for male architects and engineers does not exceed 35,500 Euros, while it is slightly over 18,000 Euros for females.⁵ From a broader perspective, a 2017 analysis shows that the number of Italian freelancers and other unregulated self-employed workers amounted to 370.000 with a growth of 67% from 2008–2017. In the same period, as a response to increased competition amongst workers, the median annual income decreased by 24.5%, reaching 16,200 Euros in 2017.⁶

In 2015, the Consulta dei Professionisti (CGIL) presented a report outlining the increasing need for unionization perceived by several independent professionals (including lawyers, artisans, architects, engineers, psychologists, journalists, editors, photo-reporters, actors, consultants, and so on) who were in a position of vulnerability and disparity. Of these professionals, 31.7% claimed protection against the risk of sickness, 34.5% against the risk of unemployment, 24.7% complained about the inadequacy of pension schemes, 68.5% declared they had no bargaining power about wages or time, and 76% declared they had no union experience.⁷

It is worth noting that many professionals (especially lawyers) are generally hostile towards unions because they are too focused on employment and thus, are unable to understand or interpret self-employed interests and needs. As a result, they favor new forms of collective organization.⁸ Similarly, in the U.K. and in the U.S., following the successful experience of Freelancers Union, self-employed Instagram influencers are trying to form new unions – AIC, TCU, IG Meme Union – to fight discrimination, achieve proper protections and transparent working conditions,

¹ See the EUROPEAN SOCIAL POLICY NETWORK (ESPN), *POVERTY IN EUROPE: A STUDY OF NATIONAL POLICIES* (2019); EUROFOUND REPORT, *IN-WORK POVERTY IN THE WORKING POOR* (EUROPEAN UNION, 2017).

² Source: Eurofound Report, *supra* note 1.

³ See the Censis Report 2019, *L'avvocato nel quadro dell'innovazione della professione forense*. The data refer to the annual income declaration of 2017.

⁴ See the investigation report published by the Association ACTA available at <https://www.actainrete.it/2019/12/03/redacta-libera-tutti/>.

⁵ See the Italian 2019 Report available at https://www.casaportale.com/public/uploads/73491-Rapporto2019_VersioneDEFINITIVA_R4.pdf.

⁶ See Giorgio Pogliotti, *La ricerca: liberi professionisti aumentano di numero ma i loro redditi si riducono di un quarto in nove anni*, *Il Sole24ore*, November 13, 2019.

⁷ Report “Vita da professionisti” presented by the Consulta dei Professionisti on April 14, 2015. See also Enzo Mingione et al., *Le organizzazioni sociali e i giovani professionisti nell'area milanese*, *Quaderni di rassegna sindacale* (2014) 123 ff.

⁸ Enzo Mingione et al., *supra* note 7, 130.

eliminate exploitative practices by brands.⁹

The median annual earning of the so-called “false” self-employed workers or quasi-employees is even lower. These are workers who cannot be regarded as “genuine self-employed” since, in practice, they are placed into a condition of subordination comparable to that of ordinary employees. Examples include gig-workers, Uber drivers, food delivery riders, etc.¹⁰ Generally, their monthly income is slightly above 600 Euros.

In Italy, food delivery riders are formally classified as quasi-employees (*lavoratori parasubordinati*), falling into the self-employment category. Thus, they lie outside of the scope of employment protection. In past years, they have experienced unionization to achieve the following objectives: fair wages, legal classification as employees rather than self-employed, and health and safety protection.¹¹ The latter has become particularly important during the coronavirus pandemic. Several riders filed lawsuits asking to be provided with personal protective equipment such as face masks and sanitization products.¹² It is worth noting that the riders, in this case, chose to act individually, through legal claims, rather than collectively by striking or collective bargaining (*see infra* § V). Even the fight against misclassification was pursued through individual claims, rather than as a collective. The most recent decision by the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) has now classified them as “collaborations organized by the principal,” a new legal category introduced during Renzi’s government (Article 2, Legislative Decree 81/2015), whereby self-employed workers whose working activities are organized by one principal are entitled to all employment protections (including minimum wage and health and safety protection).¹³ In a judgement of November 24, 2020, the Tribunale di Palermo goes even further recognizing for the

⁹ See <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2019/04/instagram-memers-are-unionizing/587308/>.

¹⁰ Food delivery riders and Uber drivers can be hardly classified as “genuine” self-employed workers since they are placed under the power of organization and direction of the principal. In addition, their freedom to choose if and when to work appears to be merely fictional. This conclusion has been achieved by a number of European Courts that have finally classified the riders and Uber drivers as ordinary employees. In Spain, see Yolanda Sanchez-Uran Azana, *Economía de plataformas digitales y servicio compuestos*, *La Ley – Union Europea*, 57 (2018); Tribunal Superior de Justicia di Madrid, Sala de lo Social, 27 November 2019, ECLI: ES:TSJM:2019:11243 (on the Glovo case). As to Uber, in France, see Cour d’appel de Paris, 10 January 2019; Cassation social, 4 March 2020, no. 374; on *Take it easy*, see Cass. soc., 18 November 2018, n. 1737. In Germany, the Federal Labor Court, 1^o December 2020, has recently recognized the existence of an ordinary employment relationship in a case of crowdworking. In the USA, see the recent *State of California’s complaint against Uber for injunctive relief, restitution and penalties against Uber*, May 5, 2020. For a general overview on the debate, see Valerio De Stefano, *The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the Gig-Economy*, *Comp. Lab. L. & Pol’y J.*, 37 (2016) 471 ff.; Myriam A. Cherry, *Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work*, *Ibid.*, 37 (2016) 577; Myriam A. Cherry, Antonio Aloisi, *Dependent Contractors in the Gig Economy: A Comparative Approach*, *Am. Un. L. Rev.*, 66 (2017) 635; Tiziano Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della “Gig economy”*, *Lavoro e diritto*, (2017) 367 ff.; PATRIZIA TULLINI (Ed.), *WEB E LAVORO. PROFILI EVOLUTIVI DI TUTELA* (2017); ADALBERTO PERULLI (Ed.), *LAVORO AUTONOMO E CAPITALISMO DELLE PIATTAFORME* (2018); JEREMIAS PRASSL, *HUMANS AS A SERVICE. THE PROMISE AND PERILS OF WORK IN THE GIG ECONOMY* (2018); ANNAMARIA DONINI, *IL LAVORO ATTRAVERSO LE PIATTAFORME DIGITALI*, (2019); COLIN CROUCH, *SE IL LAVORO SI FA GIG* (2019).

¹¹ See Arianna Tassinari, Vincenzo Maccarrone, *La mobilitazione dei fattorini della gig economy in Italia: forme organizzative e implicazioni per la rappresentanza*, *Quaderni di Rassegna sindacale* (2018) 75 ff.; Andrea Lassandari, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, *Labor and Law Issues*, 4(2018) 1.

¹² See *infra* § V

¹³ See Corte di cassazione, January 24, 2020, n. 1663; for a description, in English language, of the Italian reforms, see Myriam A. Cherry, Antonio Aloisi, “*Dependent Contractors*” in *The Gig Economy: A Comparative Approach*, *Am. Un. L. R.*, 66 (2017) 3, 635 ff.; Maurizio Del Conte, Elena Gramano, *Looking to the other Side of the Bench: the New Legal Status of Independent Contractors Under the Italian Legal System*, *Comp. L. L. & Pol’y J.*, 39 (2018) 579 ff.; Elena Gramano, Giovanni Gaudio, “*New trade union strategies for new forms of employment’: Focus on Italy*”, *Eur. L.L.J.* (2019), 10, 240 ff.

first time that food delivery riders of Foodinho (Glovo) should be classified as ordinary employees. Notwithstanding, strikes have occasionally been used by riders as a tool of social and political pressure.¹⁴

The riders are generally skeptical about traditional unions and they prefer to create new collective organizations such as the Riders Union and Rider X I diritti.

Different economic and social factors have contributed to weakening the self-employed workers' market and bargaining power. Broadly speaking, an increased concentration in the labor market, generally labeled as monopsony, was observed. The market and economic power have progressively concentrated on big multinationals, global law firms, and web giants with negative effects on income and equality, underlined by several scholars.¹⁵

On the other hand, workers' power has weakened.¹⁶ Workers (employees and self-employed) have become less and less able to counteract the "right to property" because of a number of factors: globalization and the loss of control over national labor markets, on one hand; increasing competition, social dumping and race to the bottom among workers, which undermine class consciousness, on the other. Antitrust policies, tax and fiscal policies,¹⁷ State's interventionism¹⁸ are not enough to offset the growth of capital power.

In the 20th century, the labor movement played a fundamental role in counteracting such power, thereby reducing income and social inequalities.¹⁹ In the 21st century, as self-employed workers' income and social inequality have spread, the question of whether the scope of the labor movement should be extended to self-employment and other forms of precarious, atypical work is a crucial one.

When do workers realize the need for unionization? When does unionization become so important that it is in the public's interest to legally recognize and protect it? These are some of the questions that need to be addressed from a self-employment perspective.

Selig Perlman famously summarized the factors at the origin of the American labor movement in the employees' lack of class consciousness and the liberalistic approach towards the market.²⁰ The rise of unionism was due to the shift from a liberalistic and anti-monopolistic market approach (typical of producers) towards a monopolistic and a protectionist one which, in turn, was linked to so-called "scarcity consciousness."²¹ In other words, workers soon became aware of job

¹⁴ In June 2020, the Italian Riders' Network "Rider X I diritti" called a strike for the lack of PPE (Personal Protective Equipment). The strike basically consisted in the riders' refusal to deliver the food on the floor, asking the clients to come to the ground floor. The Foodora's riders also called strikes in 2016 and 2017 protesting against the low wage and the precarious working conditions.

¹⁵ From an economic and legal point of view, see JEAN-PHILIPPE ROBÉ, *LE TEMPE DU MONDE DE L'ENTREPRISE* (2015); JEAN-PHILIPPE ROBÉ, ANTOINE LYON-CAEN, STÉPHAN VERNAC, *MULTINATIONALS AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF THE WORLD POWER SYSTEM* (2016).

¹⁶ See J. Bivens, L. Mishel, J. Schmitt, *It's not just monopoly or monopsony*, 2018, in Epi.org.

¹⁷ See the famous theory of THOMAS PIKETTY, *IL CAPITALE NEL XXI SECOLO* (2018) 771 and recently J. E. STIGLITZ, *POPOLO, POTERE E PROFITTI. UN CAPITALISMO PROGRESSISTA IN UN'EPOCA DI MALCONTENTO* (OR. PEOPLE, POWER AND PROFITS, 2019), 2020.

¹⁸ In Italy, this economic line of thought is particularly stressed by MARIANA MAZZUCATO, *LO STATO INNOVATORE* (2013); MARIANA MAZZUCATO, MICHAEL JACOBS (EDS.), *RIPENSARE IL CAPITALISMO* (2016).

¹⁹ See JAKE ROSENFELD, *WHAT UNIONS NO LONGER DO* (2014) 68 ff.

²⁰ SELIG PERLMAN, *A THEORY OF THE LABOR MOVEMENT* (1928).

²¹ *Ibid.*, 159 ff. See also KARL POLANYI, *LA GRANDE TRASFORMAZIONE. LE ORIGINI ECONOMICHE E POLITICHE DELLA NOSTRA EPOCA* (OR. THE GREAT TRANSFORMATION, 1944), 2000, 256 ff. where the A. links the advent of labor but also monetary and trade protectionism to scarcity consciousness.

scarcity and they regarded the acquisition of the control of the market as the tool to counteract the right to property and its rampant power.

The same can be said for self-employed workers (notably, unregulated self-employed workers) who operate individually in segmented markets (e.g., freelance editors, journalists, graphic designers, consultants, artisans) with a lack of class consciousness and a traditional liberal approach towards competition and access to the market.

The situation suddenly changes when workers start to develop a scarcity consciousness. Notably, they realize that, because of increasing competition amongst workers and the concentration of the labor market (monopsony), they can be easily replaced with someone else and that they are progressively losing their bargaining power on time, wages, and other contractual conditions. Their economic condition no longer corresponds to their social and existential needs. This is the basis for exploitation and for income, social and economic inequality.

This paper argues that social and economic inequality makes it in the public and constitutional interest to legally recognize and protect the need for unionization and new forms of collective action. After a brief description of the organizing patterns of new self-employed workers movements (§ II), it is suggested that self-employed collective action takes at least three different forms that need to be protected and recognized: political and legislative, through lobbying and other institutional activities (§ III), economic, through the use of coercive measures such as strike action and collective bargaining (§ IV), and judiciary, through legal claims filed by unions or by individual workers supported by unions (§ V).²²

II. The Organizing Patterns of Self-Employed Workers Movements: Craft and Service Unionism.

Before analyzing the different forms of collective action, the distinguishing traits of self-employed workers' unionism will be considered. Traditional Italian unions, unlike British or American unions, have largely developed at the sector or industrial level.

During the 1950s, political disputes led to the creation of three trade union confederations with close ties to political parties: the Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), associated with both the Communist and the Socialist party, the Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori (CISL), associated with the Christian Democrats, and the Unione Italiana del Lavoro (UIL) with various allegiances to Socialists, Republicans, Reformists, and Social Democrats.²³ In turn, each confederation was divided into several federations, one for each industrial sector. For example, the FIOM represents workers in the metal sector for the CGIL, the FIM for the CISL, and the UILM for the UIL. The FILT represents workers in the transportation and logistics sector for the CGIL, the FIT-CISL for the CISL, and the Ultrasporti for the UIL. Numerous smaller autonomous unions play an increasing role in the Italian industrial relations system. Some of these are specialized craft unions such as ANIEF for education and ORSA for the transportation sector. Others have a

²² See Selig Perlman, *supra* note 20, at 159 who underlined that labor movement is an organized campaign against the right to property that can take three different forms: political and legislative, economic and cooperative.

²³ For a description, in English language, see CHARLES F. SABEL, *WORKS AND POLITICS. THE DIVISION OF LABOR IN INDUSTRY* (1982) 145 ff.; Lucio Baccaro, Mimmo Carrieri, Cesare Damiano, *Resurgence of the Italian Confederal Unions: Will It Last?*, in *Europ. J. of Ind. Rel.*, 9 (2009) 1, 43 ff.

more transversal structure such as *Comitati di Base* (COBAS) and *Unione Sindacale di Base* (USB).

While the traditional Italian union pattern is industrial, the emerging self-employed workers union pattern is craft or occupational. According to scholars, this is one of the reasons why they are difficult to develop in Italy, compared to the U.S. In the U.S., the strong craft-union tradition has facilitated the rise of self-employed unions, such as the *Freelancers Union*.²⁴

The trend for craft unions shows that self-employed workers tend to identify themselves as members of a profession rather than an industrial sector.²⁵ *Riders Union Bologna* and *Deliverance Milano* are clear examples of occupational unions. Food delivery riders do not feel represented by traditional unions, such as the *FILT CGIL* (logistics and transportation sector) and they prefer to create new unions characterized by a strong occupational consciousness and job-related identity.²⁶ On the contrary, a closer relationship and partnership has been established between the *Riders Union* and the autonomous union *Si-Cobas*.²⁷ These are interesting examples of new social alliances and coalitions between cities and unions.

Many self-employed unions maintain a confederation and transversal structure. *Coordinamento Libere Associazioni Professionali* (Colap), created in 1999, represents more than 200 professional associations with roughly 300,000 members. *Confprofessioni* (Confederazione Italiana Libere Professioni), established in 1966, represents liberal professions, such as lawyers, doctors, notaries, dentists, psychologists, artists, consultants, and auditors. Its structure strongly recalls that of traditional unions with collective bargaining, political representation, and lobbying as its main goals.

The *Associazione Consulenti del Terziario Avanzato* (Acta) is the most peculiar. It has been defined as a quasi-union²⁸ as it is not oriented towards collective bargaining and strike action; rather, it builds up its collective identity on political action and other social initiatives, such as flash-mobs, sit-ins, and fax bombing. Acta aims to represent freelancers and highly-skilled self-employed workers who do not have clear legal recognition or a clear identity. However, in the last year, Acta has evolved its strategy by channeling its collective representation into specific internal markets, such as the publishing sector. *RedActa* represents the interests of editors, graphic designers, and journalists working as freelancers in the publishing sector.²⁹

CGIL and CISL have tried to expand trade union representation to the self-employed. In 2005, CGIL created the *Consulta delle Professioni* with predominant political advocacy; CISL created *Vivace*, which was more oriented towards service unionism, by offering several individual services to its members (labor and business consultants, legal services, fiscal and sanitary assistance, etc.).

²⁴ See Sergio Bologna, *Fine del lavoro come la fine della storia?*, Asterios Editore Volantini (2020).

²⁵ See Janice R. Fine, *Community Unions and the Revival of American Labor Movement*, *Politics & Society*, 2005, 153 ss.; Dorothy S. Cobble, *Historical Perspectives on Representing Non-Standard Workers*, in *NONSTANDARD WORK. THE NATURE AND CHALLENGES OF CHANGING EMPLOYMENT ARRANGEMENTS*, 291 (2000); Sara Horowitz, *New Thinking on Worker Groups role in a Flexible Economy*, *ibid*, p. 393 ff.

²⁶ In their Facebook accounts, *Riders Union* and *Deliverance* describe themselves as “a group of riders” rather than as an association representing the class of workers, broadly conceived.

²⁷ See Vincenzo Maccarone, Arianna Tassinari, *Le mobilitazioni dei fattorini della gig economy in Italia: forme organizzative e implicazioni per la rappresentanza*, in *Quaderni di rassegna sindacale*, 2018, 75 here at 80.

²⁸ See RENATA SEMENZA, ANNA MORI, *LAVORO APOLIDE. FREELANCE IN CERCA DI RICONOSCIMENTO* (2020) 111.

²⁹ *Ibid*.

The Nuove Identità del Lavoro (Nidil) - CGIL, founded in 1998 and the Federazione Lavoratori Somministrati Autonomi Atipici (Felsa) - CISL, founded in 2009, are also interesting examples as they attempted to raise membership among atypical rather than genuinely self-employed workers. Collective representation mostly covers temporary agency workers (*parasubordinati*) and false-self-employed workers. So far, they have not been very successful.

As the previous paragraph suggests, the self-employed are generally hostile towards traditional unions. On the one hand, employees' interests represented by unions can frequently conflict with self-employed interests; on the other hand, traditional union responses to emerging self-employed needs remain strongly influenced by the employment culture.³⁰

Finally, service unionism seems to be a distinguishing trait of new self-employed workers' unions. To attract new members and collect union fees, unions offer several individual services (legal services, business and labor consultants, fiscal and contractual assistance, and so on) and special conventions with insurance groups or banks. This is the case for Vivace-CISL. Even Confprofessioni (which is also strongly focused on collective bargaining), Consulta delle professioni, and Colap offer their members educational opportunities and several individual services. One exception is Acta, which remains predominantly focused on political advocacy rather than on collective bargaining and individual services; this is because Acta, compared to other unions, is less structured and relies less on economic resources. However, an important service provided by all unions consists in helping self-employed workers to negotiate proper and adequate individual contractual terms and conditions.

A service unionism pattern is not extraneous to the Italian tradition. In past years, traditional employees' unions have also developed an approach strongly based on services as a tool to fight declining union membership and crises.³¹

III. Forms of Collective Action: Political Action, and Coalitions with Local Administrations.

Political action and political participation are dominant traits of Italian unionism (and also Spanish and French). Since the 1990s, the Italian government has involved CGIL, CISL, and UIL in its policymaking. Social tripartism (*concertazione sociale*) is used to compensate the government when it is relatively weak, to strengthen its social legitimacy as necessary to adopt drastic economic reforms.³² Even during the coronavirus pandemic, the relatively weak government has involved unions in the policymaking process to address drastic reforms and mitigate their social impact.

As observed in the long-run, excessive concentration on political action and the role played by

³⁰ For example, in June 2016, when the Statute of Self-Employed Workers was being drafted, there has been a huge debate about maternity protection for female self-employed workers. Notably, self-employed workers associations insisted for the introduction of minimum maternity social benefits but criticized the idea of defining a length of time a woman (self-employed worker) should abstain from work. The abstention should have remained merely optional and not mandatory, leaving the final choice to the woman. However, the CGIL and part of Democratic Party were strongly against this solution which is in antithesis with the idea that the worker does not enjoy genuine contractual freedom, a true milestone of employment law. Notwithstanding, it was finally decided to follow the advice of self-employed workers associations, such as Acta, and to define the woman's abstention from work during pregnancy in genuine self-employment as optional and not mandatory.

³¹ See MIMMO CARRIERI, PAOLO FELTRIN, AL BIVIO. LAVORO, SINDACATO E RAPPRESENTANZA NELL'ITALIA DI OGGI (2016).

³² See Lucio Baccaro, Mimmo Carrieri, Cesare Damiano, *supra* note 23, at 12.

the State in bolstering central unions might weaken union bargaining power as they become less interested in organizing the unorganized and more interested in raising membership.³³ To put it in another way, the more unions are involved in policymaking, the less they will attempt to revitalize their role through organizing.

Political action usually refers to union strategies designed “to influence the State’s policymaking [and legislative] process and union involvement at many different levels.”³⁴ In Italy, political action has been largely employed by both traditional unions and the new self-employed workers’ unions such as Acta, Colap, and CGIL. Self-employed workers’ unions’ interests in political action depend on a variety of reasons.

First, accounts of unions often stress difficulties encountered in organizing and raising membership. A service union strategy, based on individual services, may not be enough to raise subscriptions and increase bargaining power. Thus, political action and participation are viewed as a means of union revitalization.³⁵

Second, market-oriented unionism predominantly focuses on collective bargaining, which is an enormous challenge in the fragmentation of union counterparts in the self-employment market. Who is the social counterpart of artists? Consultants? Architects? Engineers? Freelancers? A counterpart might be identified in specific markets characterized by monopsonic or oligopolistic conditions. This might be the case for the food delivery sector, where few big firms can be identified, the publishing sector or even the Instagram influencer market.

Political action can take different forms.

For example, Colap has recently been invited to take part in the States-General (Stati Generali), organized by Premier Giuseppe Conte to address the coronavirus crisis and its challenges. On June 19, 2020, Colap declared that this was the occasion for promoting its main objectives: fair remuneration, welfare protection reforms, education, bureaucratic simplification, and subsidiarity.³⁶ Acta has always used political action, participation, and lobbying as fundamental tools to achieve its objectives, such as fair remuneration and more contractual and welfare protection for self-employed workers. In 2015–2016, they had considerable influence in drafting the *Statute of Self-Employment* (Self-Employment Jobs Act), Law no. 81/2017.³⁷ Also CGIL, to a significant extent, promotes its members’ interests through lobbying and legislative proposals presented by deputies and senators who are closely tied to it.

In contrast, the experience of the Riders Union and Deliverance Milano is different as food delivery riders are much more similar to ordinary employees than to self-employed workers and they operate in a market where social counterparts are identifiable (e.g. Foodora, Glovo, Deliveroo).

³³ See Edmund Heery, Lee Adler, *Organizing the Unorganized*, in CAROLA M. FREGE, JOHN KELLY (EDS.), *VARIETIES OF UNIONISM. STRATEGIES FOR UNION REVITALIZATION IN A GLOBALIZING ECONOMY* (2004), 54-55.

³⁴ See Kerstin Hamann, John Kelly, *Unions and Political Actors: A recipe for Revitalization?*, in C.M. Frege, J. Kelly (eds.), *supra* note 33, at 91.

³⁵ See Lucio Baccaro, Kerstin Hamann, Lowell Turner, *The Politics of Labor Movement Revitalization: The Need for a Revitalized Perspective*, in *Europ. J. of Ind. Rel.*, 9 (2003) 119 ff.

³⁶ See the website http://www.colap.eu/schede-2213-il_colap_agli_stati_generali.

³⁷ See <https://www.actainrete.it/2018/06/14/jobs-act-autonomi-cosa-prevede-e-a-chi-si-applica/>.

As a result, economic action based on strike action and collective bargaining can be carried out successfully.

More recently, a new trend has been observed. Notably, unions have become more oriented toward social coalitions with local administrations.³⁸ This strategy is not new. In the USA, the Fight for 15 Dollars movement based its strategy on union coalition with local administration, such as the New York Communities for Change.³⁹ The fight was conducted at political rather than economic level to promote legislative and social change. In eight years, the outcome is surprising. In 2019, the U.S. House of Representatives passed the Raise the Wage Act, “which would make \$15 an hour a reality for nearly all American workers by 2025, up from the current national minimum wage of \$7.25 an hour.”⁴⁰ The Bill has been sent to the Senate. However, in eight years, many American states and even tiny towns have adopted a \$15 minimum wage.⁴¹

Local administration fights side-by-side with unions against web-based and other business giants to make their territories fair spaces that are capable of attracting skilled workers and professionals, rather than “showrooms for growing social inequality”.⁴² This is also one of the main objectives of the Decent Work Cities Movement, which aims to “call on the responsibility of all cities to jointly combat the global phenomenon of social inequality, placing the importance of fair and decent working conditions at the center of the analysis, as a crucial area of action for sustainable urban policy.”⁴³

In this scenario, it is not surprising that the State of California (May 5, 2020) sued Uber and Lyft, complaining about their policies of constant misclassification of their drivers. This was seen as evading “workplace standards and requirements that implement California’s strong public policy in favor of protecting workers and promoting fundamental fairness for all Californians. This longstanding policy framework includes a comprehensive set of safeguards and benefits established by the State of California (“State”), cities, and counties, such as minimum wages, overtime premium pay, reimbursement for business expenses, workers’ compensation coverage for on-the-job injuries, paid sick leave, and wage replacement programs like disability insurance and paid family leave.” A Californian bill was then about to make app-based companies to treat their workers as ordinary employees when, in November 2020, Uber and Lyft spent \$ 200 million (the most expensive initiative in the State’s history) to convince voters to pass a Ballot measure, Proposition 22, which will exempt them from the application of labor and employment protections to delivery drivers, classified as independent contractors. This shows as globalization has increased market and political power of companies; a power that cannot be counteracted without a strong alliance between workers, unions, local authorities and, may be, other non-governmental organizations devoted to the cause of human rights and equality (e.g. Amnesty International) and provided with significant skills and financial resources. By all means, the increasing interest of NGOs, such as

³⁸ In general, See Carola Frege, Edmund Heery, Lowell Turner, *The New Solidarity? Trade Union Coalition-Building in Five Countries*, in C.M. Frege, J. Kelly (eds.), *supra* note 33, at 137 ff.

³⁹ See Lisa Dorigatti, *Sindacati e alleanze sociali. Riflessioni a partire dalla campagna «Fight for \$ 15»*, in *Quad. rassegna sindacale* (2015) 125 here at 129.

⁴⁰ See Lydia De Pillis, *A \$15 minimum wage started as a slogan. Now it's passed the House*, available at <https://edition.cnn.com/2019/07/15/economy/15-dollar-minimum-wage-house-vote/index.html>.

⁴¹ See L. De Pillis, *supra* note 40.

⁴² <https://www.fes-connect.org/trending/transforming-cities-for-decent-work/>.

⁴³ *Ibid.*

Amnesty, in the protection of employees and workers rights goes side by side with the increasing global and transnational dimensions of companies. One example: during the Black Friday, Amnesty International has released a new briefing against Amazon, “*Let workers unionize*”, documenting the Company’s hostility towards workers’ attempt to unionize in France, Poland, the UK and USA.

A fundamental political and social change has occurred: local administration does not strive only to attract national and foreign capitals by offering suitable economic, fiscal, and legislative conditions; they are more inclined to rely on a coalition with unions, NGOs, or broader social and community movements to fight social dumping and to attract workers and professionals by ensuring the respect of fundamental human and labor rights and fair labor standards.

A coalition of self-employed unions, NGOs and local administration may successfully achieve a wide range of objectives. It can support and strengthen a union's power in its relationship with the State or with other economic and social actors; it can contribute to legitimizing union activities; it can promote a social and political change and attract new members; it can allow unions to collect more financial resources.⁴⁴

In the US an interesting example is provided by the so-called Community benefits agreements (CBAs); project-based contracts between developers and community coalitions (local administrations, unions, NGOs, social organizations) in which the developer agrees to provide certain economic, social and environmental benefits to the community hosting a project (e.g. the Staple Center, a multipurpose arena in Downtown Los Angeles) such as hiring workers from the neighborhood, providing living wage jobs and public spaces, supporting low-income or other disadvantaged groups.⁴⁵

In Italy, an example of a coalition is represented by Bologna’s Charter of Fundamental Rights of Digital Work in the Urban Context (*Carta dei diritti fondamentali del lavoro digitale nel contesto urbano*), signed in 2018 by the municipality of Bologna, CGIL, Riders Union, Sgnam, and MyMen (two Italian food delivery platforms). Foodora, Glovo, and Deliveroo refused to sign but their refusal had a negative social, political, and economic impact on their brand and image. Bologna municipality acted as an intermediary and tried to persuade the platforms to sign the Charter, whereby they voluntarily agreed to apply fair labor standards to food delivery riders, such as fair and decent wages, health and safety protections, and transparent and fair working conditions. The city of Bologna is also testing other interesting tools of urban policy. For example, restaurants and bars are allowed to use urban spaces (the *dehors*) if they accept social labor standards; more precisely, if they apply fair wages and fair working conditions, limit the recourse to atypical work, and avoid unfair practices, such as workers’ misclassification. The Bologna Charter has also played a considerable role in drafting the new minimum legal protections for platform workers adopted by the Italian Parliament (Law no. 128/2019) during Giuseppe Conte’s government.

⁴⁴ See C. Frege, E. Heery, L. Turner, *supra* note 38, at 138.

⁴⁵ See N. Sheikh, Community

Benefits Agreements: Can Private Contracts Replace Public Responsibility?, in 18 *Corn. J. L. & Pub. Pol’y*, 223(2008).

IV. Collective Bargaining and Right to Strike.

As previously mentioned, market-oriented unionism focuses mainly on collective bargaining and strike action, which are not distinguishing traits of self-employed workers unions. One reason is that, so far, competition law has prevented self-employed workers from being covered by collective agreements. A collective agreement is inherently inconsistent with many assumptions of antitrust and free-market policy⁴⁶ and an antitrust labor exemption is thought to be limited only to employees' unions.

A second reason is the fragmentation of the social and economic counterpart and the disappearance of the workplace level where collective action historically found a fertile ground.⁴⁷ As suggested in the previous paragraph, the question of the legal recognition of the right to collective bargaining and the right to strike for self-employed workers becomes central only in specific markets and sectors characterized by monopolistic or oligopolistic conditions (e.g., the publishing and food delivery sector).

One example is the call-center outbound collective agreement, signed in Italy on June 2016, by the Out-Bound Italian Association (representing firms performing outbound call-center activities), Felsa-CISL, Nidil-CGIL. The agreement recognizes the call-center workers' right to minimum wage, maternity, health and safety protection, paid holiday days, and some protection against unfair dismissal.

In the food delivery sector, the coalition between the Riders Union and the municipality of Bologna has led to a few firms voluntarily applying the right to minimum wage, the right to transparent working conditions, and health and safety protection. Finally, Italian Law 128/2019 has expressly conferred to food delivery riders, though legally classified as self-employed workers, the right to a minimum wage set forth by national collective agreements and concluded by the most representative unions for the logistics sector; a legal provision that has raised serious doubts of compatibility with competition law.⁴⁸

The main question is whether and under what conditions should the right to strike and the right to collective bargaining be conferred to self-employed workers. Should the boundaries of antitrust labor exemption be reconsidered as to permit self-employed collective agreements to be immune from competition law?

In arriving at an answer, one preliminary factor must be taken into consideration. The history of the right to strike and the right of collective bargaining reveals that they were recognized as fundamental aspects in many societies. These rights are not linked to a specific type of contract (namely, the employment contract) but, rather, to existing social and economic conditions of disparity.⁴⁹ Neither the personal scope of Articles 39 and 40 of the Italian Constitution (the right to

⁴⁶ See ARCHIBALD COX, DEREK C. BOK, ROBERT A. GORMAN, MATTHEW. W. FINKIN, LABOR LAW. CASES AND MATERIALS, 14TH ED. (2006) 966.

⁴⁷ See Sergio Bologna, Dieci tesi per la definizione di uno statuto del lavoro autonomo, in SERGIO BOLOGNA, ANDREA FUMAGALLI (EDS.), IL LAVORO AUTONOMO DI SECONDA GENERAZIONE. SCENARI DI POSTFORDISMO IN ITALIA (1997), 40.

⁴⁸ See Adalberto Perulli, Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi, Working Paper CSLDE "Massimo D'Antona" – IT (2020) 410, at 32.

⁴⁹ See GINO GIUGNI, DIRITTO SINDACALE (2002), 220.

collective organization and right to strike, respectively) nor that of Article 28 of the European Union Charter of fundamental Rights, EUCFR (on the right of workers and their representatives to take collective actions), appear to be limited to employees placed into a condition of contractual juridical subordination vis-à-vis an employer.⁵⁰

In Italy, in the Acts of the Constituent Assembly (Assemblea Costituente), the choice to provide both the right to collective organization and strike action with a constitutional basis (Articles 39 and 40) promotes human dignity, liberty, autonomy, substantial equality, and democracy. Workers are entitled to rely on collective organization and economic coercion to offset the inequality of bargaining powers to achieve free and decent working conditions necessary for the maintenance of themselves and their families (see Article 3, 36, 35, 41).⁵¹ Collective bargaining and right to strike are regarded as “social equality rights”⁵² necessary to restore condition of substantial equality and democracy in the market. In turn, economic democracy is thought to be a preliminary condition of political democracy.⁵³

Similarly, in a judgment in 1937, the American Supreme Court ruled in favor of the right to a collective organization because “a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment.”⁵⁴ The Supreme Court’s assertion has been quoted by the Supreme Court of Canada, in a judgment in 2007. It was significantly added that the right to collective bargaining gives workers a degree of control and influence sufficient to “offset inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship⁵⁵.” Furthermore, “human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person, and the enhancement of democracy are among the values that underly collective bargaining and strike, which is a collective bargaining essential accessory.”⁵⁶

Even the amended Clayton Act, Section 17, exempts collective bargaining from antitrust laws, not for reasons related to the type of contract (the employment contract) but rather because “the labor of a human being is not a commodity or article of commerce.”⁵⁷ This represents an

⁵⁰ See, recently, Ioannis Lianos, Nicola Countouris, Valerio De Stefano, *Re-Thinking the Competition Law/Labour Law Interaction: Promoting a Fairer Labour Market*, in *Europ. Lab. L. J.*, 10 (2019) 325 ff.; Eva Grosheide, Mark Barenberg, *Minimum fees for the self-employed: a European response to the “Uber-ized” economy?*, in *Colum. J. Eur. L.* 22 (2016)193 ff.

⁵¹ ANTONIO BALDASSARRE, DIRITTI DELLA PERSONA E VALORI COSTITUZIONALI (1997) 123 ff.

⁵² This definition is provided by VALENTE SIMI, IL DIRITTO DI SCIOPERO (1956), 90.

⁵³ See PIERO CALAMANDREI, COSTRUIRE LA DEMOCRAZIA. PREMESSE ALLA COSTITUENTE (1946).

⁵⁴ See *N.L.R.B. vs. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 US 1, 33, 1937.

⁵⁵ See *Health Services and Support – Facilities subsector Bargaining Assn vs. British Columbia* [2007] 2 SCR 391, § 81 ff. See J.G. Pope, *The Right to Strike under the United States Constitution: Theory, Practice and Possible Implications for Canada*, in *Canad. Lab. & Empl. L. J.*, 15 (2009) 209 ss.

⁵⁶ In *Health Services*, *supra* note 55, § 81-84.

⁵⁷ See the Clayton Act of 2014, Section 17. Section 17 of the Clayton Act of 2014 that provides: “Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws”. Originally, the Section 6 of the Clayton Act, providing that labor of a human being is not a commodity, was enacted by the Congress in 1914 in order to end the

important change in the American perspective used to consider “the sale of one’s labor” as “indistinguishable from the sale of any other commodity.”⁵⁸ Contrary to what might be expected at first glance, the ultimate goal of antitrust laws is the “enhancement of consumer welfare” and the “economic enrichment of society.”⁵⁹

To conclude, there is a general convergence towards the idea that it is not the legal classification of the work relation as an employment contract, but an existing condition of social and economic disparity that justifies collective rights.

The competition labor exemption for collective bargaining was established by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the landmark *Albany* and *FNV Kunsten* judgments.⁶⁰ The conditions whereby workers can or cannot be covered by collective agreements are now open to widespread and growing debate. There are two conditions⁶¹: 1) Labor exemption applies to workers and not to undertakings; by worker, the CJEU means an ordinary employee or a “false” self-employed working under the direction of someone else, whilst the “genuine” self-employed are aligned with undertakings; 2) The restriction (collective agreement) must pursue social policy objectives.

A. A self-employed worker is not an undertaking: The obligation of personal service as the line drawn between a worker and an undertaking.

It seems reasonable to assume that only labor agreements, and not agreements between undertakings, should be exempted by competition law for “labor is not a commodity or an article of commerce.” However, it remains unclear why the self-employed should be regarded as undertakings and their agreements should not be immune from competition law.⁶²

In Italy, this assumption is unacceptable. A self-employed worker is different from an undertaking. The Italian Civil Code provides a clear distinction between an employee (Article 2094), a self-employed worker (Article 2222), and an entrepreneur (Article 2082). The micro-entrepreneur

judicial practice to use the Sherman Act, to a large extent, for contesting labor strikes. However, Section 6 proved to be a weak instrument and, in 1932, the Congress “passed the Norris-La Guardia Act, which deprives the federal courts of jurisdiction to issue injunctions in labor disputes, unless independently unlawful acts are threatened or committed” (See HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY. THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE, 5TH ED., WEST ACADEMIC PUBLISHING (2005) 965-966).

⁵⁸ See Matthew W. Finkin, *Menschenbild: The Conception of the Employee as a Person in Western Law*, 23 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 577 (2002) 579.

⁵⁹ See Daniel J. Gifford, *Redefining the Antitrust Labor Exemption*, in *Minn. L. Rev.*, 72(1988) 6, at 1382 ff. Broadly speaking, the statutory exemption applies if a labor union acts “in its self-interest” and does not “combine with non-labor groups” (e.g. non-union subcontractors). However, the non-statutory exemption has applied broadly by American Courts as to immunize an agreement among employers to set the maximum pay they would pay to a certain class of employees (See H. Hovenkamp, *supra* nota 54, at 968; A. Cox, D. C. Bok, R. A. Gorman, M. W. Finkin, *supra* note 46, at 985 ff.).

⁶⁰ See CJEU, 21 September 1999, C-67/96, *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430 and CJEU, 4 December 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, ECLI:EU:C:2014:241.

⁶¹ See, among others, I. Lianos, N. Countouris, V. De Stefano, *supra* note 50; Dagmar Schiek, Andrea Gideon, *Outsmarting the gig-economy through collective bargaining – EU competition law as a barrier?* European Legal Studies online papers, 7 (2018) 1 ff.; B. Rombouts, *Commentary*, in *Int. Labour Rights Case Law Journal*, 5 (2019) 17 ff.; Victoria Daskalova, *Regulating the New Self-Employed in the Uber Economy: What Role for EU Competition Law?*, German L. J., 19 (2018) 461 ff.; NICOLA COUNTOURIS, VALERIO DE STEFANO, NEW TRADE UNIONS STRATEGIES FOR NEW FORMS OF EMPLOYMENT (ETUC, Brussels, 2019).

⁶² See V. Daskalova, *supra* note 61, at 462 who finds it surprising that the concept of undertakings applies to individuals; See also I. Lianos, N. Countouris, V. De Stefano, *supra* note 50.

(Article 2083) is located in the self-employment category. The obligation of predominantly personal service is the line drawn between a self-employed worker and an undertaking, between labor law and commercial law.⁶³ More precisely, insofar as the debtor performs the contract by predominantly relying on his working activity, rather than on an impersonal business economic organization, it might be concluded that the contract for service involves a human being, rather than an undertaking, and therefore it should be classified as a self-employment contract (Article 2222).⁶⁴

At the beginning of the 20th century, Ludovico Barassi⁶⁵ defined the *contratto di lavoro* as a general category including either the contract of service or the contract for service, as they are both characterized by the execution of a personal service rather than by a market exchange of goods.⁶⁶ The human being is inherently linked to the *contratto di lavoro*,⁶⁷ which makes it impossible to rely on contract law and competition law categories that are mainly based on the paradigm of trade and sales contracts, involving a market exchange of goods. An analogous movement takes place in France and Spain where “employees are perceived as persons who bear inalienable rights;”⁶⁸ an assumption that justifies the dogmatic construction of employment and labor law as different and even antagonistic to general contract law.

Significantly, a group of scholars has recently questioned the principles of European contract law. Insofar as these principles are based on the paradigm of sales, they cannot capture and regulate the social and human dimension embedded in labor, tenancy, and consumer-credit long-term contractual relations, the so-called “lifetime contracts.”⁶⁹

The distinction between employment and a self-employment contract is essential. Barassi investigated the boundaries between the contract of service (*locatio operarum*) and the contract for service (*locatio operis*).⁷⁰ The conclusion is that the principle requirement of the contract of service is the power of the employer to control and direct the employee’s work, which is absent in a contract for service. The element of power justifies allocating the risks inherent in entrepreneurial and working activities (the risk of economic loss; risk of damages caused by the employee to third

⁶³ See, for the British debate, Paul Davies and Mark Freedland, *Employees, Workers, and the Autonomy of Labour Law*, in HUGH COLLINS, PAUL DAVIES, ROGER RIDEOUT (Eds.), *LEGAL REGULATION OF THE EMPLOYMENT RELATION* (2000) 267-285.

⁶⁴ Italian Courts generally consider that a self-employment contract exists insofar as the debtor performs the contractual activity by predominantly relying on his personal labor. This is compatible with the existence of an economic organization that must be minimal, meaning that the contractual outcome has to be the result (at least predominantly) of the personal working activity of the debtor. See Corte di cassazione, 29 December 2008, n. 30407; Corte di cassazione, 4 April 2017, n. 8700; Corte di cassazione, 21 May 2010, n. 12519; Corte di cassazione, 29 May 2001, n. 7307. For a general overview of the Italian debate on the distinction between self-employed workers, small entrepreneurs and medium/large firms, see ORSOLA RAZZOLINI, *PICCOLO IMPRENDITORE E LAVORO PREVALENTEMENTE PERSONALE* (2012).

⁶⁵ LUDOVICO BARASSI, *IL CONTRATTO DI LAVORO NEL DIRITTO POSITIVO ITALIANO* (FIRST EDITION 1901; SECOND EDITION, 1915).

⁶⁶ *Ibidem*, 453 and 602 ff. This is the heritage of the 1789 French Revolution and of Philip Lotmar’s *Arbeitsvertrag*.

⁶⁷ PHILIP LOTMAR, *DER ARBEITSVERTRAG NACH DEM PRIVATRECHT DER DEUTSCHEN REICHES* (BERLIN: LEIPZIG, DUNCKER UND HUMBLOT, 1902) I, who underlines as the employment contract is a matter of ‘human being’.

⁶⁸ See Matthew W. Finkin, *supra* note 56, at 577.

⁶⁹ This is the idea underlying the construction of the category of the “life time contracts” suggested by LUCA NOGLER, UDO REIFNER (Eds.), *LIFE TIME CONTRACTS* (2014); LUCA RATTI (Ed.), *EMBEDDING THE PRINCIPLES OF LIFE TIME CONTRACTS* (2018); Hugh Collins, David Hiez, *Life Time Contracts: Social Long-Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* (2014) 591 ff.

⁷⁰ Ludovico Barassi, *supra* note 65, 453 ff. and 602 ff.

parties; risk of employee's injuries at work and illness, and so on) to the employer. However, the binary divide between employees and the self-employed do not alter the fact that both contracts involve a human being and, therefore, deserve to be treated differently from a contract involving an exchange of commodities and impersonal business organizations.⁷¹

Since the CJEU and EU law predominantly focuses on the creation of a single market, it is not surprising that they have not been able to conceptualize the difference between self-employed workers and undertakings. The EU concept of undertaking does not take into account how economic activity is performed — relying on personal working activity or an impersonal business organization —; it rather focuses on the allocation of financial risk.⁷² In this respect, a worker coincides with an employee, which is to say a worker who performs the activity under the direction of someone else⁷³ and for the duration of their relationship, “[is] incorporated into the undertakings concerned and thus, forms an economic unit.”⁷⁴ On the contrary, a self-employed is aligned with undertakings, bearing all financial risks.

A similar approach is applied in the Netherlands where there is a binary distinction between employees, working under the direction of an employer, and self-employed, equated to entrepreneurs and working for multiple clients at their own risk.⁷⁵ The *FNV Kunsten* case concerns the application of labor exemption to collective labor agreements laying down minimum fees, not only for orchestra substitutes hired under an employment contract but also for self-employed workers.⁷⁶ The CJEU holds that “it must be recalled that, according to settled case-law, on the one hand, a service provider can lose his status of an independent trader, and hence of an undertaking, if he does not determine independently his own conduct on the market, but is entirely dependent on his principal because he does not bear any of the financial or commercial risks arising out of the latter's activity and operates as an auxiliary within the principal's undertaking.”⁷⁷

Not surprisingly, in *FNV Kunsten*, the CJEU admits that the “non-genuine” self-employed can be regarded as worker and not as undertaking, for the scope of competition labor exemption. By “non-genuine” self-employed, the Court means “a person who has been hired as a self-employed person under national law, for tax, administrative or organizational reasons, as long as that person acts under the direction of his employer as regards, in particular, his freedom to choose the time, place, and content of his work, does not share in the employer's commercial risks, and, for the duration of that relationship, forms an integral part of that employer's undertaking, so forming an economic unit with that undertaking.”⁷⁸ To put it another way, the employer's misclassification does not prevent a worker, formally classified as self-employed, to be regarded as an employee for the scope of antitrust labor exemption. The risk and power distribution plays a decisive

⁷¹ As to the British debate, a similar reasoning has been developed by MARK FREEDLAND, *THE PERSONAL EMPLOYMENT CONTRACT* (OXFORD: OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2003); Mark Freedland, Nicola Countouris, *Towards a Comparative Theory of the Contractual Construction of Personal Work in Europe*, in *Ind. L. J.*, 37 (2007), 49 ff.

⁷² See I. Lianos, N. Countouris, V. De Stefano, *supra* note 50, at 298.

⁷³ See CJEU, 16 September 1999, C-22/98, *Becu*, ECLI:EU:C:1999:419, § 26 ff.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ See Pierluigi Di Gennaro, *Subordination or Subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems*, *Lab. & Law Issues* 6(2020)1, 16 ff.

⁷⁶ CJEU, *FNV Kunsten*, *supra* note 60.

⁷⁷ CJEU, *FNV Kunsten*, *supra* note 60, § 33.

⁷⁸ CJEU, *FNV Kunsten*, *supra* note 60, § 36.

role in understanding whether the workers have been misclassified by the employer.

These elements are significant in understanding whether the agreements pursue social policy objectives, namely, counteracting the inequality of market and bargaining powers. In contrast, they should be held irrelevant in the face of the distinction between worker and undertaking. Here, the main question should be whether the individual carries out an economic activity that is predominantly based on his personal labor rather than on an impersonal business organization. If the answer is yes, he should be classified as a worker and not as an undertaking.

B. Self-employed collective bargaining should be immune to antitrust law if it pursues social policy objectives: Namely, if it counteracts the inequality of bargaining powers.

The second stage of the analysis investigates whether collective agreements in restraint of trade pursue social policy objectives. In the landmark *Albany* judgment, the CJEU exempted a collective agreement that established a pension fund from the scope of competition law as it promoted social policy objectives that, in the absence of such exemption, would be seriously undermined.⁷⁹ Improving working conditions, namely remuneration, is regarded as a social policy objective.⁸⁰

Advocate General (AG) Nils Wahl, in the opinion delivered in the *FNV Kunsten* case, specified that even the fight against social dumping might be considered a social policy objective.⁸¹ The AG also suggested that the distinction between employees and self-employed is blurred.⁸²

However, none of the decisions clarified the meaning of social policy objectives. Broadly speaking, a social policy objective can be thought to exist when a collective agreement is used to offset the inequality of market and bargaining power.

As suggested before, this conclusion is rooted in the history of collective rights and was recently achieved by the European Committee of Social Rights (ECSR) in *ICTU vs. Ireland*, ruling against the compatibility of the Irish Competition Act of 2017 with Article 6.2 of the Revised European Social Charter (1996).⁸³ In the footsteps of *FNV Kunsten*, the Irish Competition Act of 2017 restricts the right to collective bargaining for employees and the “false” self-employed. However, in its decision, the ECSR found that the scope of Irish law was too restrictive and “will deprive many self-employed workers of the right to bargain collectively.”⁸⁴ The rationale of collective mechanisms is the weak position of an individual supplier of labor, while the distinction between employees and the self-employed is irrelevant.⁸⁵ The decisive criterion is the imbalance of power between providers and engagers of labor. As a result, the right to bargain collectively must be accorded to

⁷⁹ See CJEU, *Albany*, *supra* note 60, § 59.

⁸⁰ *Ibid.*, § 63.

⁸¹ Opinion AG Wahl, 11 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2215, § 79 ff. See also Piera Loi, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, 843 ff.

⁸² “I admit that, in today’s economy, the distinction between the traditional categories of worker and self-employed person is at times some what blurred. The Court, in fact, has already had to examine a number of cases in which the working relationship between two persons (or one person and one entity) did not — because of its peculiar features — fall neatly into one or other category, displaying features characteristic of both” (Opinion AG Wahl, *supra* note 80, § 51).

⁸³ ECSR, *Irish Congress of Trade Unions v. Ireland*, Complaint No.123/2016, Merits, 12 December 2018.

⁸⁴ ECSR, *ICTU vs. Ireland*, *supra* note 83, § 109.

⁸⁵ *Ibid.*, § 38.

all self-employed workers “who have no substantial influence on the content of the contractual conditions.”⁸⁶

This perspective seems to be very helpful. It persuasively suggests that the *Albany* exception should apply whenever (1) the agreement is a labor agreement, covering employees or the self-employed and (2) the employees or self-employed do not have any substantial bargaining or market power on wage, time, and other contractual conditions. In contrast, the distinction between employment and self-employment, based on the allocation of the contractual power of direction, should not play any role.

What factors should be taken into account in understanding whether there is an imbalance of powers?

The CJEU provides further insight in the *Elite Taxi* judgment; notably, it asserts that Uber “exercises decisive influence over the conditions under which that service is provided by those drivers.”⁸⁷ In this economic scenario, insofar as the collective agreement is used by drivers to offset the inequality of bargaining power as “to create a fairer market place for all,” it becomes socially and legally justifiable.⁸⁸ Workers coalition, economic coercion, and the restriction of trade are in the “public interest” since they are necessary tools that restore conditions of substantial equality in the market.

A similar approach has been employed in Australia where the competition statute only provides an exemption for employees’ collective bargaining. However, the Consumer Act 2010 allows the competition regulator to authorize collective bargaining proposed by self-employed workers when it is in the “public benefit”, namely when “the proposed conduct outweigh the anti-competitive detriment”.⁸⁹

The competition exemption should be authorized also in Europe, on a case by case basis, whenever self-employed workers unions show that collective bargaining, in the light of conditions of economic and social disparity existing in a specific market or sector, is in the public interest. Unions could be asked by courts or by the competition authority (at national and/or EU level) to allege factual elements, such as the poor level of remuneration generally granted to freelancers and other self-employed workers in a specific sector, the existence of few engagers of labor that substantially control entry into the market and are capable of imposing the price, and other contractual conditions (monopolies or oligopolies). The poor levels of pay existing in certain economic sectors should be regarded as a relevant index of the imbalance of bargaining powers.

The European Commission has been recently moving towards this direction. On June 30, 2020 the EC has launched a process for addressing the issue of collective bargaining for the self-employed recognizing that the boundary between employees and self-employed is blurring and that

⁸⁶ *Ibid.*, § 111.

⁸⁷ See CJEU, 20 December 2017, C-434/15, *Elite Taxi*, ECLI:EU:C:2017:981, § 39.

⁸⁸ See D. Schiek, A. Gideon, *supra* note 61, at 14.

⁸⁹ See Shae McCrystal, *Collective Bargaining Beyond the Boundaries of Employment; A comparative Analysis*, in *Melb. U. L. R.* 37 (2014), 662 ff.

the equation self-employed-undertaking is no longer satisfying.

C. The self-employed workers should be entitled to the right to strike when the purpose is to counteract substantial inequality.

The self-employed workers' right to strike should be justified using the same considerations that support the right to collective bargaining.⁹⁰ As previously suggested, in Italy, Canada, Spain, and France the constitutionalization of both the right to collective bargaining and the right to strike promotes fundamental constitutional values such as human dignity, autonomy, democracy, and substantial equality. Furthermore, the right to strike is considered a constitutional and human right, although it combines both a collective and individual dimension.⁹¹ However, in countries such as Germany, the UK, and the US, the right to strike is regarded as an economic and collective right, rather than as a human and individual right, and it does not have a clear constitutional foundation.⁹²

Within this framework, the Italian Constitutional Court has concluded that employees and the self-employed should be entitled to the right to strike⁹³ whenever their activity is characterized by indicia of “non-independence that reveal a condition of economic weakness.”⁹⁴

This approach is very similar to the one applied to support collective bargaining. Workers (employees or self-employed) should be entitled to strike whenever a substantial imbalance of economic powers is found to exist. In this case, the strike turns out to be a social and economic tool of coercion to restore substantial equality in the market.

In this respect, many years ago, the right to strike had been conferred to sharecroppers in the agricultural sector in light of the existing economic disparity between sharecropper tenants and

⁹⁰ See J. G. Pope, *supra* note 55, at 219; See also LARRY SAVAGE, CHARLES W. SMITH, UNIONS IN COURTS. ORGANIZED LABOR AND THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, chap. 1 (2017).

⁹¹ It is worth noting that in Italy the strike was used as a form of civil revolt and organized rebellion aimed at overthrowing Fascist dictatorship (see the big general strikes organized in March 1943 and in March 1944). This explains why the Italian Constitution of 1947 understands the right to strike as a human and a necessary social tool to restore conditions of economic and also political democracy. See FONDAZIONE GIUSEPPE DI VITTORIO, LA RINASCITA DEL SINDACATO. DAGLI SCIOPERI DEL MARZO 1943 E 1944 AL PATTO DI ROMA E AL 1° MAGGIO DEL 1945 (2005).

⁹² For a comparative overview on the right to strike see BOB HEPPLE, ROCHELLE LE ROUX, SILVANA SCIARRA (EDS.), LAWS AGAINST STRIKES - THE SOUTH AFRICAN EXPERIENCE IN AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE (2015); BERND WAAS, THE RIGHT TO STRIKE. A COMPARATIVE VIEW (2014); ARABELLA STEWART AND MARK BELL, THE RIGHT TO STRIKE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE, THE INSTITUTE OF EMPLOYMENT RIGHTS (2008). For the right to strike as a human right see V. De Stefano, Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 123/2015. As to the common-law and, particularly, the British approach to the right to strike, which gives rise to immunities, see LORD WEDDERBURN, THE WORKER AND THE LAW (1986), 573 ff.

⁹³ See Corte Costituzionale, 17 July 1975, no. 222.

⁹⁴ See Corte Costituzionale, 27 May 1996, no. 171. For an overview of the Italian debate, see ROBERTO VOZA, INTERESSI COLLETTIVI, DIRITTO SINDACALE E DIPENDENZA ECONOMICA (2004) 73 ff.; ANDREA PILATI, I DIRITTI DI SCIOPERO (2004); Marta Mondelli, *Libertà sindacale e diritto di sciopero oltre i confini della subordinazione, Diritto delle relazioni industriali* (2010) 674 ff.; Bruno Caruso, Gabriella Nicosia, *Il conflitto collettivo postmoderno: lo “sciopero” dei lavoratori autonomi*, in W.P. “Massimo D’Antona”, n. 43/2006; Gabriella Nicosia, *La sostenibile leggerezza del confine fra sciopero e astensione collettiva dei lavoratori autonomi*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro* (2004) I, 121 ff; Adriana Topo, *Tutela e rappresentanza degli interessi collettivi nel lavoro autonomo*, in *Lavoro e diritto* (1997) 203 ff.

owners.⁹⁵ Bill no. 3049 on May 27, 1961, was proposed by the Hon. Romagnoli *et al.* and concerned collective rights and freedoms in the agricultural sector. It declared that sharecroppers and other agricultural workers “are placed, as to collective rights, into a condition of disparity that needs to be overcome.”⁹⁶

Similarly, nobody doubts that the food delivery riders’ protests and refusals to work should be legally classified as strikes and should be protected under the umbrella of Article 40 of the Italian Constitution. Both requirements are met in this case: (1) a human being who is performing a personal working activity and (2) a condition of social and economic disparity in the market.

This approach cannot be applied to protests undertaken by professionals or small-scale entrepreneurs who are not placed into a condition of economic and bargaining disparity vis-à-vis their principals and clients (certain categories of lawyers, business consultants, notaries, gas station proprietors). In Italy, their refusal to perform a contractual activity is legally classified as a freedom and not a right, falling under the umbrella of Article 18 (Freedom of association) and not Article 40 (Right to strike) of the Italian Constitution. As a result, they are immune to criminal liability but not to civil and contractual liability.⁹⁷

Finally, in the self-employment market, it may be difficult to identify self-employed workers’ social and economic counterparts. Additionally, work stoppage carried out by the self-employed does not always have a significant impact on firms or citizens. More precisely, if a lawyers’ stoppage of work can have negative effects on courts, citizens, and society, a freelance strike might have no impact on principals or citizens. More precisely, principals remain free to replace self-employed workers on strike as the prohibition of replacement applies only to employers; as the American experience shows, a permanent replacement rule can contribute to “a drastic decline in strike activities.”⁹⁸

This explains why self-employed workers’ unions have moved toward political action rather than collective bargaining and strike action. In the meantime, they have developed new and interesting tools of economic and social coercion, such as reputational tools. For example, the practice of “name and shame” has been employed by unions against business undertakings that apply poor levels of pay and unfair working conditions, while other forms of protest, such as flash-mobs, sit-ins, fax bombing, and parades, are organized to elicit sympathy from citizens to support the

⁹⁵ See Roberto Voza, *supra* note 94, 93; GIUSEPPE PERA, SCRITTI. DIRITTO SINDACALE, II (2007), 1060 ff. For an historical overview see PAOLO PASSANITI, MEZZADRIA. PERSISTENZA E TRAMONTO DI UN ARCHETIPO CONTRATTUALE (2017); VITTORIO MEONI, GLI SCIOPERI DEL 1902 IN VALDICHIANA. LE LOTTE CONTADINE DI CHIANCIANO, CHIUSI E SARTEANO (2002).

⁹⁶ “Norme per l’esercizio delle libertà sindacali per i mezzadri, coloni, compartecipanti e affittuari coltivatori diretti”: see Pera, *supra* note 94, 1060.

⁹⁷ Furthermore, such collective actions (usually turned against the Government or the Parliament rather than the clients) might have negative effects on the fundamental rights of citizens who cannot fill up their cars or be defended by lawyers in Courts. Here, there is the need to strike a balance between freedom of association (which includes freedom to organize collective protests) and other constitutional rights such as right to free movement and right to defense. This is the rational underpinning the Italian choice to include these forms of “collective abstentions”, carried out by small entrepreneurs and professionals, within the scope of the Law regulating strike in the essential services (Article 2, Law 146/1990 as amended by the Law 81/2000). See Gabriella Nicosia, *supra* note 94 and especially Andrea Pilati, *I diritti di sciopero*, *supra* note 94.

⁹⁸ See J.G. Pope, *supra* note 55, at 209 ff.; Jake Rosenfeld, *supra* note 19.

interests and goals of the self-employed.⁹⁹

V. Unions and Courts: Legal Activism and Strategic Litigation

The Italian labor movement is historically hostile to judicial intervention as the result of the *collective laissez-faire* approach¹⁰⁰ enshrined after the fall of Fascism. The UK and Canada¹⁰¹ adopt a similar approach, but it differs slightly in France and Spain, where the State plays a fundamental role in the economy and regulates every aspect of the industrial relations system.¹⁰² In these countries, there is a long-standing tradition of unions acting in courts to protect their interests as well as those of their members.¹⁰³

In Italy, an exception is represented by Article 28 of the Statute of Workers (1970) that enables unions to bring unfair labor practice claims against employers to obtain injunctions to stop or prohibit the employer's unfair practices and measures, eliminating the continuing negative effects. In the last few years, unfair labor practices have frequently been invoked by unions and, particularly, by CGIL. According to some scholars, the unions' recourse to courts as a means of settling disputes shows that they are losing their capacity to solve industrial conflicts through collective bargaining and strike action.¹⁰⁴

This occurred in *Fiom (Cgil) vs. Fiat-Chrysler*, where Fiom (CGIL) secured its collective rights in court, scoring several important victories,¹⁰⁵ while its economic and bargaining power revealed

⁹⁹ On Christmas 2017, the food delivery riders represented by Riders Union decided to hang their bikes on the Bologna's Christmas tree, in Piazza Maggiore, as a sign of protest. This action was so impressing that the Mayor, Virginio Merola, and the municipality of Bologna as a whole started to seriously work on the issue, ending in the approval of the Bologna Charter of Digital Work. In 2009, a group of freelancers and independent contractors represented by Acta peacefully occupied the Triennale of Milan, a symbol of art and creativity, with flash mobs and artistic initiatives turned to express their resentment against fiscal and pension policies. See Dario Banfi, <https://www.dariobanfi.it/loccupazione-della-triennale/>.

¹⁰⁰ A pivotal work in this respect is the monograph of GINO GIUGNI, *INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELL'AUTONOMIA COLLETTIVA* (1966).

¹⁰¹ See Larry Savage, Charles W. Smith, *supra* note 90.

¹⁰² For a comparative overview see recently ORSOLA RAZZOLINI, *AZIONE SINDACALE E TUTELA GIURISDIZIONALE. STUDIO PRELIMINARE A PARTIRE DA UN'ANALISI COMPARATA* (2018).

¹⁰³ In Spain a *proceso de conflicto colectivo* has been introduced by the Decree 2354/1962 that retraces, to some extent, some of the ideas of the Italian corporatist law of 1926. After Franco's death, the law was significantly amended by the Real Decreto Ley 17/1977 and, more recently, by the Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). The law enables unions (but also employers associations) to bring claims in courts for many reasons: collective agreement interpretation, breach of contract, defense of rights and interests that should be referred to "un grupo genérico de trabajadores o [...] un colectivo genérico susceptible de determinación individual". See, among others, Aurelio Desdentado Bonete, *Las transformaciones del proceso de conflicto colectivo*, in WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, ENRIQUE CABERO MORÁN (EDS.), *SINDICALISMO Y DEMOCRACIA* (2017) 551; Miguel R. Alarcón Caracuel, *De procesos de conflictos colectivos*, in JOSÉ A. FOLGUERA CRESPO ET AL. (EDS.), *COMENTARIOS A LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL*, 2ª ED. (2011). In France, a famous judgment of the Cour de Cassation, Chambres réunies, April 5, 1913 developed the concept of "*intérêt collectif de la profession*" and established unions right to defend such collective interests in courts (the case was about the action exercised by unions against a wine counterfeiter in prejudice of the *profession*, the category represented by the union). According to the French Code du Travail, unions might act in substitution of the workers in certain specific matters (*action en substitution*), such as discriminations (Art. L. 1134-2 Cd. Tr.). Article L. 2132-3 Code du Travail codifies a general collective action (a compensatory mechanism) in the interest of the profession. « Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent ». See PIERRE DURAND, ROBERT JAUSSAUD, *TRAITÉ DE DROIT DU TRAVAIL*, T. I (1947) ; JEAN PELISSIER, GILLES AUZERO, EMMANUEL DOCKES, *DROIT DU TRAVAIL*, 27ª ED. (2013).

¹⁰⁴ See Andrea Lassandari, *L'azione giudiziale come forma di autotutela collettiva*, in *Lavoro e diritto*, (2014) 309.

¹⁰⁵ The most important victory is the one scored at the Constitutional court, judg. 231/2013. For a general overview see Luigi Mariucci, *Il caso Fiat: una crisi di sistema? Back to the future: il caso Fiat tra anticipazioni e ritorno al passato*, *Lavoro e diritto* (2011) 239;

its weakness in the industrial relations system. Similar to Canadian unions,¹⁰⁶ CGIL has recently adopted a Constitution-based strategy to secure collective rights (in the Fiat case) but also to contest political decisions, such as the Jobs Act of 2015, which amended unfair dismissal laws by canceling the remedy of reinstatement in the majority of cases.¹⁰⁷

Three other legal innovations have recently strengthened the relationship between unions and courts. First, the codification of collective discrimination (Law 215-216/2003, Article 5), which transposes Articles 7.2 and 9.2 of Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78 whereby, “Member States shall ensure that associations, organizations or other legal entities which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement of obligations under this Directive.” This has led to a strategic shift towards “rights-based legal activism.” Unions act in court to protect the fundamental rights of non-discrimination of several workers or of a single worker who has been discriminated by an employer on the grounds of personal beliefs, race and ethnic origin or sexual orientation.¹⁰⁸

Second, Law no. 31 on April 12, 2019, Provisions on Class Action (*Disposizioni in materia di azione di classe*) is expected to enter into force in May 2021. This law enlarges the boundaries of the field of application of consumer class actions to enable generic organizations and private associations to bring compensatory and injunctive redress for the protection of both collective interest and homogeneous individual rights. The action can be brought by collective organizations and not by individuals, as class representatives (like in the U.S.).¹⁰⁹ Many commentators argue that this legal provision can be applied to unions or other workers' associations.¹¹⁰ As a result, unions and other workers' associations, enrolled on a specific list from the Minister of Justice, will be allowed to bring compensatory redress to protect workers' general individual homogeneous rights or injunctive redress to protect workers' collective interests. In the former case, the

Vincenzo Bavaro, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* (2011) 313; Franco Liso, *Appunti sui profili giuridici della recente vicenda Fiat*, *Ibid.* (2011) 331; see also the comments of Giuseppe Berta, Gian Primo Cella, Claudio Trigilia in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* (2011) 95 ff.

¹⁰⁶ See Larry Savage, Charles W. Smith, *supra* note 90.

¹⁰⁷ See the Constitutional court judgments 231/2013 and 194/2018 (that declared the Jobs Act partially incompatible with the Italian Constitution. It is worth noting that, in Italy, unions or private organizations are not allowed to direct access to the Constitutional court; a judicial mediation and intervention is always necessary. In this case, the plaintiff was a female employee acting against the employer for unfair dismissal; however, the union actively supported the claim and also asked to intervene in front of the Constitutional court.

¹⁰⁸ As to the discrimination carried out by Fip-Fiat, that refused to rehire a number of workers who were members of the CGIL, see Tribunale di Roma, 21 June 2012, Corte d'appello di Roma, 9 October 2012 and Corte di cassazione, 11 March 2014, n. 5581. As to the discrimination carried out by Ryan-Air, see Tribunale di Bergamo, 30 March 2018 and Corte d'appello di Brescia, 24 July 2019. See Marzia Barbera, Venera Protopapa, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, *Riv. Giur. Lav.* (2014) II, 177; Giulia Proseccchi, *Antisindacalità e discriminazione? La condotta di Ryan-Air e l'“imbarazzo” della scelta sull'azione giudiziale*, *Riv. Giur. Lav.* (2020) 158. As to the discrimination of a lesbian teacher carried out by a private school in Trento, see Corte d'appello di Trento, 7 March, 2017.

¹⁰⁹ As to the American class action and collective action, see William C. Jhaveri-Weeks, Austin Webbert, *Class Actions under Rule 23 and Collective Actions under the Fair Labor Standard Act: Preventing the Conflation of Two Distinct Tools to Enforce the Wage Laws*, *Georgetown J. on Poverty L. & Pol'y*, 23 (2016) 233 ff.

¹¹⁰ See ORSOLA RAZZOLINI, SIMONE VARVA, MICAELA VITALETTI (EDS), *SINDACATO E PROCESSO (A CINQUANT'ANNI DALLO STATUTO DEI LAVORATORI)*. GIUSTIZIA CIVILE.COM (2020).

individual workers will have to expressly opt-in (rather than opt-out) if they want to be awarded compensatory damages; in the latter, the judge will issue an injunction that obliges firms or other entities to stop the illicit conduct and to adopt all necessary measures to eliminate the effects of the infringement.

Finally, on January 8, 2020, the Constitutional court adopted a deliberation that restricts the boundaries of the rights of third parties to participate in the Constitutional trial through the intervention of rights. However, this is a right that, in decades of experience, the Court only exceptionally awarded to unions or other private associations¹¹¹. Meanwhile, for the first time, non-profit organizations (including political parties and unions) are entitled to participate as *amicus curiae* by delivering a written opinion of a maximum of 25,000 characters. As a result, unions or other workers' associations can potentially stand trial, not as the "party" (through the intervention of right) but as "amicus."

The introduction of the *amicus curiae* in the Italian Constitutional court has been welcomed by some scholars and highly criticized by others. The risk, it has been said, is that the court will open the doors to conflicts of political, social, and economic interests and will shift from purely jurisdictional to a mostly political function.¹¹² In Lowman's words, "No longer a mere friend of the court, the amicus has become a lobbyist, an advocate, and, most recently, the vindicator of the politically powerless";¹¹³ this is a risk some scholars are afraid of. The benefit, in the Constitutional court's words, is that it "opens up to hear the voice of civil society",¹¹⁴ in accordance with a pluralistic view of the legal system and its sources.

Except for unfair labor practices, self-employed workers unions can rely on all the abovementioned judicial tools. Representative actions and strategic litigation can strengthen the power of unions and, in the meantime, contribute to effective judicial protection of self-employed workers who, frequently, do not have enough economic resources to burden the costs of individual litigations. For example, the question of late payments, an Italian plague,¹¹⁵ or a firm's practice to apply unfair terms and conditions could be successfully addressed collectively rather than individually.

As mentioned above, during the coronavirus lockdown, food delivery riders have continued to work without adequate personal protective equipment (face masks and hands sanitization

¹¹¹ ROBERTO ROMBOLI, IL GIUDIZIO COSTITUZIONALE INCIDENTALE COME PROCESSO SENZA PARTI (1985); MARILISA D'AMICO, PARTI E PROCESSO NELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE (1991); Paolo Bianchi, *Dal «processo senza parti» alla «rappresentazione processuale degli interessi»*, *Giur. cost.* (1994); Felice Giuffrè, *La "forma" del contraddittorio dal giudizio di legittimità al sindacato di ammissibilità: la Corte apre ai «comitati del no» ma solo in quanto «amici»*, *Giur. cost.* (2000) 2995 ff. In general, see GUSTAVO ZAGREBELSKY, VALERIA MARCENÒ, GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. II. OGGETTI, PROCEDIMENTI, DECISIONI (2007) 146.

¹¹² See Massimo Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, *Riv.AIC*, 2 (2020) 402 ff. As to the nature of the Constitutional court's judgment and trial see CARLO MEZZANOTTE, CORTE COSTITUZIONALE E LEGITTIMAZIONE POLITICA, EDITORIALE SCIENTIFICA (1984, rist. 2014).

¹¹³ See Michael K. Lowman, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, *The American University Law Review*, 41(1992) 1243 ff.; and, critically, Benedetta Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, *Rivista AIC*, 4 (2019).

¹¹⁴ See the Press release of the Constitutional court, 8 January 2020, available at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf.

¹¹⁵ See Sergio Bologna, *supra* note 47, 25 ff. who underlines that the problem of late payments in Italy is a problem of "denied citizenship".

products).¹¹⁶ They brought individual claims in front of different tribunals to obtain an injunction. However, this issue could have been successfully addressed collectively through an injunctive redress brought by a representative union. In this respect, the entry into force of the Italian class action will offer new strategic opportunities and challenges to both employees and self-employed workers unions.

Finally, it is worth noting that, in recent years, an increasing cooperation and/or competition between unions and NGOs can be observed. Human rights issues – such as non-discrimination rights, right to decent working conditions etc. – are concerns of both unions and NGOs. Unions' reluctance towards Courts might be very soon counterbalanced by NGOs judicial activism and strategic human rights litigations.¹¹⁷ As has been underlined, a cooperation between the two of them might turn out to be fundamental especially in informal and non-unionized sectors where unions need to enter into social alliances with NGOs.¹¹⁸ Further, this cooperation might encourage unions to go beyond the national boundaries and to address international human rights concerns such as the protection of workers' fundamental rights in global supply chains.¹¹⁹

VI. Conclusion.

The emergence of self-employed workers' income inequality, and poverty has started a huge debate about the need to expand the scope of the labor movement to the multifaceted universe of self-employment. In Italy, traditional unions and new unions are striving to provide adequate responses to increasing social and economic disparities by considering the different needs of protection and unionization of the genuinely self-employed (such as professionals, freelancers) and the false self-employed (such as food delivery riders, Uber drivers, call center workers).

This paper argues that self-employed collective action can take three different forms: political and legislative, through lobbying, social alliances, and other institutional activities; economic, through the use of coercive measures such as strikes and collective bargaining; judiciary, through legal claims filed by the unions or by individual workers supported by the unions.

Self-employed workers' unions rely mostly on political action and new forms of coalition with local administration. A social coalition can support and strengthen a union's power in its relationship with the State; it can contribute to legitimize union activities; it can promote a social and political change and attract new members; it can allow unions to collect more financial resources. An interesting example is represented by the Bologna Charter of Fundamental Rights of Digital Work in the Urban Context.

In contrast, collective bargaining and strike action faces significant legal and economic difficulties; namely, the assumed incompatibility between competition law and collective rights and the elusiveness of the socio-economic counterpart in the self-employment market. In this respect, there is a need to reconcile competition law and collective rights and to reconsider the boundaries of the so-called antitrust labor exemption whenever collective bargaining and strike action is

¹¹⁶ See Tribunale di Bologna, 14 April 2020; Tribunale di Firenze, 1° April 2020; Tribunale di Firenze, 5 May 2020.

¹¹⁷ See HELEN DUFFY, STRATEGIC HUMAN RIGHTS LITIGATION. UNDERSTANDING AND MAXIMIZING IMPACT (2018).

¹¹⁸ See Dave Spooner, *Trade Unions and NGOs: The Need for Cooperation, Development in Practice* (2003), 19 ff.

¹¹⁹ An analysis of the European debate on the protection of human rights in global supply chains through new national and EU legal tools (such as the French *devoir de vigilance*, Loi 2017-399) is in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* (2020), issues no. 2,3,4.

necessary to promote fundamental constitutional values such as human dignity, liberty, autonomy, substantial equality, and democracy. Newly evolving forms of protest are also taken into account (flash-mobs, sit-in, parades).

Finally, legal activism and strategic litigation might play an important role in strengthening the power of self-employed workers' unions and in guaranteeing self-employed workers the right to effective judicial protection. In this respect, several recent legal innovations can be taken into account: collective discrimination (2003), a general representative action for the protection of homogeneous individual rights and collective interests (2019–2020), and the *amicus curiae* (2020). However, in the judicial field, unions face increasing competition from NGOs that have common human rights concerns, such as non-discrimination rights and rights to decent working conditions and wages, and have been involved in strategic litigation for years, developing experience, skills and financial resources. A cooperation between the two of them might be encouraged since it could support unions' action, especially in non-unionized, informal and transnational contexts.

L'adibizione a mansioni superiori secondo l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015*

Roberto Voza

1. L'esigibilità delle mansioni superiori al cospetto dell'incerto obbligo formativo.	26
2. La definitività dell'assegnazione.	28
3. La riformulazione della vecchia eccezione: la sostituzione di altro lavoratore.	32
4. La nuova eccezione: la rinuncia alla promozione.	32
Riferimenti bibliografici.	35

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 432/2020

1. L'esigibilità delle mansioni superiori al cospetto dell'incerto obbligo formativo.

Nella *locatio operarum* «la determinatezza delle opere può essere maggiore o minore», trattandosi di un «concetto assai elastico»: comunque, «la determinatezza vuolsi perché il locatore di opere abbia ad essere sottratto ai capricci del conduttore»¹²⁰. Come traspare da queste parole, già a Lodovico Barassi (e, ancor più, a qualche coeva pronunzia della magistratura probivirale¹²¹) appariva chiara l'esigenza di determinare il contenuto della prestazione lavorativa, comprimendone i margini di variabilità da parte del datore di lavoro.

Oggi come ieri, la costruzione di vincoli allo *ius variandi* è concentrata sulla mobilità orizzontale (attraverso la nozione di equivalenza, ora declinata in termini di formale appartenenza allo stesso livello e categoria legale di inquadramento) e sulla mobilità verticale verso il basso, intesa quale modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro.

L'*insufficienza* del consenso del lavoratore a determinare la legittimità della sua adibizione a mansioni inferiori, ossia la nullità del patto contrario al divieto legale di retrocessione, conquistata (o, quanto meno, esplicitata) attraverso l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori e poi (parzialmente) incrinata dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, costituisce una limitazione all'autonomia privata, che non trova un'esplicita conferma nella (ben più scarna) disciplina della adibizione a mansioni superiori.

Anche il legislatore del 2015 lascia in ombra la problematica della fonte della mobilità verticale verso l'alto (su cui la dottrina si è tradizionalmente divisa fra la tesi consensuale e la tesi dello *ius variandi in melius*¹²²), occupandosi solo delle conseguenze operanti a favore del lavoratore, nella consapevolezza (corroborata dalla prassi, che si riflette nel contenzioso) che lo svolgimento di mansioni superiori non si rifiuta, semmai si rivendica, come segno di un miglioramento della propria condizione professionale e, quindi, retributiva¹²³.

Ai fini della costruzione di una facoltà di rifiuto *giustificato* da parte del lavoratore, basata quantomeno sulle tradizionali regole di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., non si può escludere, tuttavia, che la mobilità ascendente sia accompagnata da ulteriori (e sgradite) modificazioni delle condizioni di lavoro, relative, per esempio, al luogo di esecuzione della prestazione, all'orario di lavoro, ecc., ovvero da un peggioramento della qualità della vita, in termini di maggior impegno, responsabilità e rischi. L'ipotesi estrema (e patologica) è quella in cui l'adibizione a mansioni superiori nasconde una condotta mobbizzante, consistente non nel 'banale' demansionamento, bensì – più 'perfidamente' – nell'assegnazione di compiti superiori (quindi, apparentemente gratificanti), ma troppo difficili da svolgere, rendendo così il lavoratore inadempiente ovvero inducendolo a dimettersi per evitare di specchiarsi quotidianamente nell'immagine

¹²⁰ BARASSI, 1901, 291 e 295.

¹²¹ «L'operaio, in corso di rapporto di servizio, adibito in via di esperimento ad un lavoro diverso dall'ordinario, può rifiutare le nuove condizioni che gli sono offerte e ritornare al compito primitivo. Se per tale rifiuto l'imprenditore lo licenzia, è tenuto a pagargli una indennità pari ad otto giorni di salario» (*Oreficerie*, Milano, 11 luglio 1901); «un operaio, assunto per un determinato servizio non è tenuto ad accettare diverse e più umili incombenze e se il suo assuntore, a cagione del suo diniego, lo licenzia in due piedi, deve indennizzarlo con una somma pari ad otto giorni di salario» (*Meccaniche*, Milano, 26 novembre 1902). Entrambe le massime sono riportate in REDENTI, 1906, 83, nn. 216 e 218.

¹²² Per una ricostruzione del dibattito, v. BROLLO, 1997, 291-299.

¹²³ Infatti, la giurisprudenza «ha avuto poche occasioni di occuparsi della fonte della mobilità ascendente, perché la domanda di giustizia in netta prevalenza è volta a chiedere la mera applicabilità del precetto normativo» (BROLLO M., VENDRAMIN M., 2012, 571).

deformata della propria incapacità.

Al di là delle percezioni soggettive più o meno opinabili, la consapevolezza di non essere all'altezza dei nuovi compiti lavorativi può dipendere dalla oggettiva mancanza di adeguata idoneità psicofisica e/o capacità tecnico-professionale, tale da esporre il lavoratore all'inadempimento della prestazione e (nei casi estremi) ai rischi connessi alla sicurezza propria e/o altrui ovvero all'incolumità di impianti, attrezzature, strumenti di lavoro, ecc.

A questo proposito, il collegamento tra formazione e mutamento di mansioni, operato dalla riforma del 2015, appare un'occasione persa.

Vero è che nella disciplina legale della mobilità compare (finalmente, potremmo dire) un riferimento alla formazione del lavoratore assegnato a nuove mansioni, ma ciò avviene nel contesto di una disposizione parecchio ambigua, da cui si percepisce soltanto che tale richiamo serve a compensare la scelta di ampliare lo spettro dei compiti esigibili, in funzione – dunque – quasi *compensativa* della dilatazione del potere datoriale.

La stessa collocazione dell'inciso normativo (prima ancora del suo contenuto) sembra confermare tale impressione: incastonato nel terzo comma dell'art. 2103, il riferimento alla formazione risulta immediatamente susseguente alla previsione in tema di demansionamento unilaterale (secondo comma) e immediatamente precedente a quella che abilita la contrattazione collettiva a prevedere ulteriori ipotesi di *ius variandi* (sempre verso il basso), che si aggiungano alla fattispecie legale (la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore»).

Secondo una certa lettura, la norma si riferirebbe sia alla mobilità orizzontale sia a quella *in peius*, a condizione – però – che siano realizzate mediante *ius variandi* e non mediante gli accordi in deroga introdotti dal 6° comma dell'art. 2103 c.c.: ciò in quanto la formazione costituirebbe «un onere gravante sul datore di lavoro se vuole esercitare legittimamente il potere modificativo di adibire il lavoratore a mansioni per le quali quest'ultimo non è idoneo professionalmente»¹²⁴.

In realtà, proprio questa motivazione dovrebbe indurre ad estendere l'obbligo formativo, testualmente collegato al generico «mutamento di mansioni» (senza limitazioni di sorta), anche alla mobilità verticale verso l'alto, lì «dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria»¹²⁵.

Sarebbe sufficiente invocare l'argomento logico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, anche perché, all'assenza di indicazioni circa l'ambito applicativo dell'obbligo formativo si contrappone la delimitazione operata in riferimento all'ulteriore vincolo introdotto *ex novo* dal legislatore del 2015 (nel 5° comma dell'art. 2103 c.c.), ossia l'obbligo di comunicare per iscritto il mutamento di mansioni (a pena di nullità), evidentemente finalizzato a dare «certezza in ordine ai contenuti del debito lavorativo»¹²⁶: quest'ultimo è letteralmente circoscritto alle «ipotesi di cui al secondo e al quarto comma», ovvero al demansionamento unilaterale giustificato dalla nuova fattispecie legale (la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore») oppure dalle «ulteriori ipotesi» previste dai contratti collettivi.

Comunque, la delimitazione del perimetro dell'obbligazione datoriale di formare il lavoratore a

¹²⁴ PISANI, 2015, 146.

¹²⁵ AMENDOLA, 2016, 25.

¹²⁶ PAOLITTO, 2015, 179.

seguito del mutamento di mansioni, non è l'unico problema che la norma lascia irrisolto.

Infatti, il legislatore adombra l'eventualità che la formazione possa non essere necessaria, secondo una valutazione che, almeno in prima battuta, sembrerebbe rimessa allo stesso datore di lavoro, ossia al destinatario dell'obbligo: un cortocircuito logico, prima ancora che giuridico.

Per di più, a corroborare la sensazione che si tratti di «un precetto privo di sanzione, e come tale [...] di dubbia rilevanza giuridica»¹²⁷, restano ignote le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo, posto che la disposizione si limita ad escludere «la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni».

Il *focus* normativo si concentra solo su ciò che non accade se l'obbligo risulta violato: la preoccupazione esclusiva del legislatore sembra essere quella di salvaguardare la validità del comando datoriale contenente la modifica delle mansioni, tanto che alcuni risolvono «l'enigma», derubricando a mero *onere* ciò che è richiesto al datore di lavoro e considerando, invece, il lavoratore come il soggetto obbligato¹²⁸.

Non abbiamo memoria di una simile formulazione normativa. Al massimo, sovviene alla mente il contingentamento legale del numero complessivo di contratti a tempo determinato (art. 23, 4° comma, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), dove il legislatore non si limita ad escludere «la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato», ma contempla – *in positivo* – la previsione di una sanzione amministrativa.

Allora, l'interprete dovrà cercare una possibile conseguenza della violazione dell'obbligo formativo al di fuori della norma che lo pone, sforzandosi di ipotizzare soluzioni come il risarcimento del danno (per perdita di *chance*), l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento (almeno in casi estremi, certamente in quelli implicanti rischi per la salute e sicurezza), l'attenuazione dell'obbligo di diligenza professionale del lavoratore (ai fini della rilevanza disciplinare di un'eventuale imperizia nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali), la configurabilità di una giusta causa di dimissioni, ecc.

2. La definitività dell'assegnazione.

Anche nell'ambito dell'assegnazione a mansioni superiori l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, incide sulle garanzie del lavoratore, a partire dall'effetto che la regolazione della adibizione a mansioni inferiori e la scomparsa del riferimento all'equivalenza professionale determinano sulla nozione stessa di mansioni superiori.

Infatti, benché la norma persista nel tacere sul significato da attribuire a quest'ultima nozione, «si può senz'altro dedurre la legittimità di assegnazione a mansioni proprie di qualsiasi livello superiore, sebbene non immediatamente successivo, e, addirittura, appartenenti ad una diversa categoria legale»¹²⁹.

¹²⁷ MARIANI, 2016, 96. Di un «ossimoro che priva sul nascere l'onere formativo di qualsivoglia "autorità"», parla AVONDOLA, 2016, 384-385.

¹²⁸ LISO, 2015, 13, nonché PACELLA, 2018, 95.

¹²⁹ LEONE, 2015, 1112.

Al di là del (rimasto immutato) diritto all'immediato adeguamento retributivo, frutto del principio di proporzionalità di matrice costituzionale, è sull'ulteriore aspetto della reversibilità/irreversibilità della mobilità ascendente, che si concentrano le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 81/2015.

Ricordiamo che, in origine, fu la contrattazione collettiva, addirittura in epoca corporativa, a concepire la cosiddetta promozione automatica, o meglio, l'inquadramento nella categoria/qualifica superiore per effetto dello svolgimento delle corrispondenti mansioni protratto nel tempo¹³⁰. Una simile previsione, ignorata dal codice civile del 1942¹³¹, fu letta – nei classici studi sul tema – «come uno strumento per tutelare il lavoratore contro l'esercizio illegittimo dello *jus variandi*», ossia protratto oltre i limiti temporali consentiti¹³².

Alla dimensione sanzionatoria della norma (che presume il carattere fraudolento dell'operazione realizzata dal datore di lavoro) fu poi associata – quando ormai la promozione automatica era divenuta un effetto generalizzato *ex lege* dall'art. 13 Stat. lav. – l'intenzione di valorizzare l'aspettativa del dipendente «a non vedere dispersa la professionalità acquisita» grazie allo svolgimento delle mansioni superiori¹³³.

A tale aspettativa si è sempre contrapposta l'esigenza del datore di lavoro di valutare l'idoneità del lavoratore a svolgere le nuove mansioni, prima di considerare definitivo il corrispondente inquadramento professionale.

Per questo, l'esistenza di un limite temporale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva e si perfeziona la fattispecie legale della promozione automatica, fa sì che – fin quando tale soglia non venga raggiunta – il datore di lavoro possa sempre riassegnare il lavoratore alle precedenti mansioni (inferiori rispetto a quelle temporaneamente svolte).

Orbene, l'attuale disciplina legale incide sul bilanciamento tra questi opposti interessi, innanzitutto prolungando il suddetto termine da tre a sei mesi. Conseguentemente, è divenuta superflua (ed è stata, infatti, abrogata dal 2° comma, dello stesso art. 3) la previsione di cui all'art. 6, l. 13 maggio 1985, n. 190, relativa all'assegnazione a mansioni superiori di quadro o di dirigente, che – ove fosse rimasta in vigore – avrebbe perso il suo originario carattere di specialità.

L'allungamento (precisamente, il raddoppio) del periodo in cui gli effetti della mobilità ascendente rimangono reversibili rafforza la possibilità di utilizzarla al fine di *provare* l'attitudine del lavoratore ad occupare la posizione professionale più elevata, accogliendo le istanze di flessibilità delle imprese, che «mal tolleravano un termine effettivamente piuttosto breve, oltre il quale l'adibizione a compiti superiori poteva determinare la definitiva, automatica modificazione dell'assetto aziendale»¹³⁴.

Nel dilatare i margini temporali di flessibilità gestionale a disposizione del datore di lavoro, il

¹³⁰ L'art. 5 del CCNL per gli impiegati dell'industria, sottoscritto in data 5 agosto 1937, prevedeva il passaggio di categoria (per effetto di svolgimento di mansioni superiori) come effetto automatico.

¹³¹ Infatti, l'originaria versione dell'art. 2103 c.c. si limitava a riconoscere, in caso di adibizione a mansioni diverse, il diritto del lavoratore «al trattamento corrispondente all'attività svolta, se a lui più vantaggioso».

¹³² GIUGNI, 1963, 410.

¹³³ BROLLO, 1997, 307.

¹³⁴ GARGIULO, 2015, 16.

legislatore precisa che deve trattarsi di un semestre *continuativo*, in verità esplicitando un assunto già da tempo desunto in via interpretativa, nonostante il silenzio della legge¹³⁵.

Ciò che il legislatore omette di esplicitare è la *mitigazione* del requisito della continuità, elaborata sempre in via interpretativa in una pluralità di sfumature: dalla tesi che imponeva al lavoratore di provare l'intento fraudolento del datore di lavoro in caso di frazionamento del periodo di adibizione a mansioni superiori, a quella che riteneva sufficiente provato in via presuntiva tale intento la 'frequenza' e la 'sistematicità' delle varie assegnazioni disposte dal datore, a quella – infine – che esigeva una «programmazione della molteplicità degli incarichi», dovuta non a reali esigenze organizzative, ma ad una «predeterminazione utilitaristica», consistente nella volontà di impiegare determinati lavoratori, anziché altri, ugualmente utilizzabili¹³⁶.

Un siffatto temperamento, comunque declinato, si renderebbe oggi a maggior ragione auspicabile, proprio perché il periodo necessario alla promozione automatica è stato raddoppiato, oltre ad essere stato espressamente reso continuativo.

In assenza di tale correttivo, i margini di elusione della *ratio* normativa si dilaterrebbero a dismisura e, per questo, «il raddoppio del termine di tolleranza, al quale è affiancato l'attributo della continuità dell'adibizione, andrebbe opportunamente affiancato da un irrigidimento interpretativo»¹³⁷.

Al di là dei contenuti, anche sul piano delle tecniche regolative si colgono incisive novità nella disciplina del mutamento di mansioni introdotta dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015: infatti, così come l'adibizione a mansioni inferiori registra l'importante novità dei patti in deroga, l'adibizione a mansioni superiori è segnata dalla piena derogabilità del nuovo termine semestrale da parte dei contratti collettivi, individuabili grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 dello stesso decreto (che contempla qualsiasi livello negoziale).

Ora l'autonomia collettiva può sostituire al termine legale un qualsiasi altro termine pattizio, inferiore ma anche superiore (ovvero, confermare il termine legale nella sua attuale declinazione), mentre nel testo previgente il periodo era «comunque non superiore a tre mesi», quindi ad una soglia legale inderogabile in senso peggiorativo per il lavoratore.

La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*, avvicinandola, ad esempio, all'art. 2120, 2° comma, c.c.: la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore, come già sarebbe potuto avvenire – per la verità – attraverso i contratti collettivi di prossimità, non solo in riferimento alla durata del periodo in questione¹³⁸.

Per l'esattezza, emerge la connotazione meramente suppletiva della norma di legge, nel senso che essa trova applicazione solo «in mancanza» di previsioni negoziali: si riproduce, in tal modo, la tecnica regolativa sottesa (per fare un altro esempio), all'art. 5, l. 23 luglio 1991, n. 223 sui

¹³⁵ Lo rammenta, fra gli altri, MISCIONE, 2015, 442.

¹³⁶ BROLLO, 2015, 82.

¹³⁷ GARGIULO, 2015, 16, il quale ritiene che «il giudice dovrebbe dichiarare, ad esempio, la promozione automatica anche nel caso di assegnazioni di poco inferiori ai sei mesi, disposte a breve distanza l'una dall'altra per la copertura della medesima posizione lavorativa».

¹³⁸ BROLLO, 2012, 390, secondo la quale la contrattazione di prossimità può «escludere *tout court* che lo svolgimento prolungato di mansioni superiori comporti l'acquisizione della relativa qualifica».

criteri di scelta dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo.

La contrattazione collettiva successiva al *Jobs Act* ha optato ora per l'accorciamento, ora per il mantenimento dell'arco temporale fissato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015.

Nel primo senso, si muove, ad esempio, il CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti (19 giugno 2018): ai fini dell'acquisizione del diritto all'inquadramento professionale superiore per i primi è sufficiente un periodo continuativo di 20 giorni (oppure 40 giorni in un anno, anche se frazionati), per i secondi, un periodo (anche non continuativo, ma riferito allo stesso anno) di 15 o 25 giorni (a seconda che dell'area professionale in cui avviene il passaggio). Analogamente, il CCNL per gli addetti all'industria metalmeccanica privata (26 novembre 2016) I lavoratori avranno diritto al passaggio a categoria superiore se «disimpegnano le mansioni superiori» per un periodo pari a 30 giorni continuativi (ovvero 75 giorni non continuativi nell'arco di un anno o 6 mesi non continuativi nell'arco di tre anni), oppure per un periodo di 3 mesi continuativi, (ovvero 9 mesi non continuativi nell'arco di tre anni, per l'acquisizione della sesta e della settima categoria professionale). Un termine breve (2 mesi per gli operai e 3 mesi per gli impiegati) è presente pure nel CCNL per i dipendenti da imprese esercenti il noleggio autobus con conducente (26 luglio 2018). Una variante di questa soluzione si rintraccia nel CCNL dipendenti dalle Aziende esercenti la produzione di cemento, calce e gesso (29 maggio 2019), ove il termine in questione è pari a 5 mesi, quindi inferiore a quello semestrale, ma superiore a quello trimestrale, precedentemente fissato dall'art. 2103 c.c.

Di contro, la riproduzione dell'attuale termine di legge è presente, ad esempio, nel CCNL per gli addetti all'industria chimica e farmaceutica (15 ottobre 2015), CCNL per gli addetti all'industria dell'energia e del petrolio (25 gennaio 2017) e nel CCNL per gli addetti del settore elettrico (9 ottobre 2019): per il primo dei tre contratti il periodo semestrale può anche non essere continuativo, purché la somma dei singoli periodi corrispondenti ai termini predetti sia compresa in un massimo di 18 mesi, per gli altri due è, invece, necessario che si tratti di un semestre continuativo.

Lì dove la contrattazione collettiva non ha ancora avuto modo di esprimersi dopo l'entrata in vigore della riforma del 2015, è presumibile che possano ritenersi applicabili i limiti temporali previsti dai contratti collettivi anteriori a tale data, i quali non possono ritenersi automaticamente caducati per effetto dello *ius superveniens* di fonte legale, in assenza di una espressa previsione in tal senso¹³⁹.

Il ragionamento viene però capovolto da chi ritiene che «le clausole della contrattazione collettiva concepite nel vigore della precedente disciplina e riproduttive di quest'ultima [...] siano state redatte sul presupposto di una determinata disciplina legale: per tale ragione esse hanno una portata non precettiva, ma soltanto ricognitiva di una disciplina di legge che ora non è più esistente»¹⁴⁰.

Tale conclusione appare parecchio impegnativa, se si pensa agli effetti di sistema che ne deriverebbero nel rapporto tra legge e contratto collettivo: quest'ultimo verrebbe meno tutte le volte in cui riproduca il contenuto di norme di legge successivamente abrogate o modificate, come se la riproduzione del contenuto della legge non fosse di per sé una scelta dotata di autonoma

¹³⁹ Così, fra gli altri, BUCONI, 2018, 51.

¹⁴⁰ ROMEI, 2018, 260.

rilevanza negoziale, quale manifestazione di volontà delle parti contraenti.

3. La riformulazione della vecchia eccezione: la sostituzione di altro lavoratore.

Anche dopo la riscrittura dell'art. 2103 c.c., la sostituzione di altro lavoratore, quale presupposto per l'adibizione a mansioni superiori relative ad un posto evidentemente non libero, continua a fungere da fatto impeditivo della promozione automatica, di cui il datore di lavoro è tenuto a fornire prova in base ai principi generali (art. 2697 c.c.), se vuole impedire la maturazione del diritto da parte del lavoratore. Muta, però, l'articolazione della fattispecie, in quanto, secondo l'attuale testo della norma, ad impedire la promozione automatica del lavoratore assegnatario di mansioni superiori non è più l'esigenza di sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, bensì – genericamente – la sussistenza di «ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio».

Si ampliano, così, i margini di eccezione alla regola, oggi non più circoscritta a quelle ipotesi di assenza, che il datore di lavoro 'subisce' per effetto di circostanze del tutto indipendenti dalla sua volontà e, quindi, per lui inevitabili.

In sostanza, non c'è più spazio per delimitare la nozione di lavoratore assente nei termini delineati da quell'orientamento giurisprudenziale (per la verità, non univoco e, anzi, incrinato nel tempo da decisioni di segno contrario, con riferimento ad ipotesi come le ferie, il collocamento in CIG a zero ore, il comando o distacco, la sostituzione 'a cascata' o 'a scorrimento', ecc.), che considerava unicamente le ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro e non già le ipotesi in cui il lavoratore fosse «destinato, per scelta organizzativa del datore di lavoro, a lavorare fuori dell'azienda o in altra unità o altro reparto, o, ancora, inviato a partecipare ad un corso di formazione» (nel caso di specie, trattavasi di un lavoratore inviato in missione in altra sede)¹⁴¹.

In senso questa volta restrittivo, la norma vigente precisa che il lavoratore sostituito deve essere «in servizio» e, dunque, tale espressione consente di escludere chi sia in congedo o in aspettativa per cariche pubbliche o incarichi sindacali (ed ipotesi similari): in questi casi, il sostituto maturerà il diritto alla promozione, nella misura in cui il sostituito non possa considerarsi in servizio¹⁴².

4. La nuova eccezione: la rinuncia alla promozione.

Sempre in via di eccezione all'automatico conseguimento dell'inquadramento superiore in caso di mobilità ascendente, il legislatore del 2015 ha riconosciuto al lavoratore la facoltà di impedire tale conseguenza, opponendovi la propria «diversa volontà».

Non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico).

La configurazione giuridica di tale manifestazione di volontà è tutta da scoprire, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa, a partire dal fatto che non è neppure chiaro se la volontà del lavoratore debba essere manifestata in modo espresso, oppure possa ricavarsi anche solo dal

¹⁴¹ Cass., 1° febbraio 2010, n. 2280; per una ricostruzione delle varie posizioni della giurisprudenza, v. BROLLO-VENDRAMIN, 2012, 580-581, nonché – più di recente – LEONE, 2015, 1113.

¹⁴² In tal senso, MISCIONE, 2015, 444; BROLLO, 2015, 84; GALANTE, 2016, 70; MENEGOTTO, 2016, 28.

tacito 'ritorno' alle mansioni di provenienza.

In primo luogo, qualora il lavoratore dichiarasse, all'atto dell'assunzione o in costanza di rapporto, di non voler conseguire l'effetto legale della promozione in caso di futuro svolgimento di mansioni superiori, si tratterebbe non di una rinuncia/transazione, bensì di un patto in deroga, ossia di una clausola che modifica il regolamento negoziale in violazione di una norma di legge. A nostro avviso, in tal caso scatterebbe la nullità per violazione del divieto di patti (o atti) contrari, in quanto l'ammissibilità di una simile manifestazione di volontà non figura tra le eccezioni al divieto tipizzate al 9° comma dell'art. 2103 c.c. (che le racchiude tutte, in via tassativa). Anche qualora fosse stata già disposta l'adibizione a mansioni superiori, la rinuncia anticipata del lavoratore alla promozione (a cui si riferirebbe l'attuale previsione normativa, secondo una diversa opinione prospettata in dottrina¹⁴³), configurerebbe un patto in deroga in quanto il diritto alla promozione matura solo dopo l'effettivo svolgimento delle mansioni superiori per il periodo predeterminato.

Non è mancata, tuttavia, una tesi che ha considerato la volontà del lavoratore di accettare la promozione come uno dei tre elementi costitutivi di una fattispecie complessa: il primo (*fatto*) sarebbe l'assegnazione a mansioni superiori, il secondo (*fatto*) sarebbe il decorso del tempo e, infine, il terzo (*atto*) sarebbe, appunto, la volontà del lavoratore, che, «se contraria, impedisce il perfezionarsi della fattispecie». Dunque, secondo tale ricostruzione, laddove «tale volontà fosse espressa preventivamente, essa non configurerebbe affatto un atto nullo, dal momento che mancherebbe la norma imperativa violata: la volontà contraria del lavoratore infatti impedisce fin dall'inizio che la fattispecie si perfezioni, e quindi osta alla stessa sussistenza della "norma di legge" che dovrebbe essere contraddetta dalla volontà del singolo»¹⁴⁴.

Per quanto sofisticata e originale, la tesi non ci pare convincente. Più semplicemente, riteniamo che il diritto alla promozione automatica per effetto dello svolgimento di mansioni superiori per un certo arco temporale sia uno tra i tanti effetti posti da norma inderogabile nell'ambito della fattispecie-lavoro subordinato, esattamente come – per fare un esempio in libertà – il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato per il lavoratore che abbia prestato attività lavorativa per più di sei mesi, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda (art. 24, 1° comma, d.lgs. n. 81/2015).

Si dirà che, nel caso delle mansioni superiori, si realizza un mutamento in senso novativo dell'oggetto del contratto, per effetto della modifica del contenuto della prestazione lavorativa, che viene spinto oltre il perimetro delle mansioni originariamente esigibili. Ma questa obiezione non fa che riproporre la *vexata quaestio* in ordine all'esistenza o meno dello *ius variandi* verso l'alto e del suo fondamento: quand'anche si ritenesse indispensabile il consenso del lavoratore ai fini dello svolgimento delle mansioni superiori (secondo l'ormai minoritaria tesi consensualistica), è lì che dovrebbe concentrarsi l'attenzione, ovvero sulla fase iniziale dell'assegnazione.

Viceversa, una volta che si è verificato lo svolgimento di mansioni superiori (per il periodo predeterminato dal contratto collettivo o dalla legge), occorre prendere atto delle conseguenze che ne derivano. *Ex facto oritur ius*: da quel fatto, il legislatore fa discendere il diritto all'inquadramento

¹⁴³ Così PINTO, 2016, 360-361, secondo il quale, «il "dissenso" potrà essere validamente manifestato *dopo* che sia venuto a esistenza il presupposto del diritto, vale a dire l'assegnazione delle mansioni superiori, e *prima* che la fattispecie si sia perfezionata, ossia prima che sia trascorso il periodo massimo stabilito dal contratto collettivo o dalla legge».

¹⁴⁴ ROMEI, 2018, 262-263.

superiore. A quel punto, occorre trattare tale diritto come ogni altro, nel senso che la volontà del lavoratore (come di qualsiasi altro soggetto) non serve ad acquisire la titolarità del diritto (che – come detto – è un effetto di legge), ma ad esercitarlo ovvero a disporre una volta che il diritto sia sorto e sia divenuto – solo allora – appunto – astrattamente *disponibile*.

In quel momento, allorquando il rifiuto si manifesti a seguito dell'avvenuto svolgimento di tali mansioni oltre il limite, esso non può che costituire una rinuncia ad un diritto (quello alla promozione), ormai già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, in applicazione di una norma inderogabile di legge.

Secondo la nostra ricostruzione, solo tale negozio unilaterale (e non anche la rinuncia a diritto futuro) è reso valido dall'art. 2103, 7° comma, c.c., il quale – lo ripetiamo – contiene una norma (inderogabile) che attribuisce la titolarità del diritto alla promozione, allorquando si verifichi il presupposto in essa indicato, ossia il *fatto* dell'avvenuto svolgimento di mansioni superiori per il periodo a ciò necessario.

Ribadire che si tratta di un effetto legale *automatico* non sposta i termini della questione: anche la cessazione del rapporto di lavoro – per fare un altro esempio – è il presupposto fattuale che determina (automaticamente, ossia senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà) la maturazione del diritto al T.F.R. ai sensi di altra norma inderogabile (art. 2120 c.c.). Eppure, proprio perché occorre distinguere il piano della titolarità da quello dell'esercizio di qualsiasi diritto (anche se posto da norma inderogabile), nessuno dubita della possibilità di disporre del (diritto al) T.F.R., ovviamente nelle forme e nei modi consentiti dall'art. 2113 c.c.

Una volta operato tale inquadramento giuridico, ciò che balza agli occhi, nella nuova disciplina della mobilità ascendente, è l'assenza di qualsiasi meccanismo di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore secondo la logica dell'autonomia individuale assistita, peraltro perseguita proprio dall'art. 2103 c.c. in riferimento agli accordi legittimanti il demansionamento (6° comma), quelli sì da ritenersi veri e propri patti in deroga.

A questo punto, si prospettano due opzioni interpretative.

Pur nel silenzio della norma si potrebbe invocare l'applicabilità dell'art. 2113 c.c., consentendo così al lavoratore di impugnare la dichiarazione abdicativa, ove non sia stata resa in 'sede protetta'¹⁴⁵. In tal modo, la coerenza del sistema sarebbe salvaguardata, anche se «siffatta interpretazione rende la disposizione priva di efficacia propriamente normativa, in quanto non farebbe altro che ribadire una regola generale»¹⁴⁶.

In virtù di tale argomento, ossia proprio valorizzando il mancato richiamo al regime generale delle rinunzie e transazioni, non si può escludere che la norma configuri quello alla promozione «come un diritto disponibile»¹⁴⁷, in deroga allo stesso art. 2113 c.c. In tal caso, bisognerebbe constatare la sottovalutazione del rischio che la volontà del lavoratore possa subire condizionamenti, se è vero che la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori rappresenta un evidente vantaggio

¹⁴⁵ È quanto sostenuto da GARGIULO, 2015, 16 e da SARACINO, 2015, 194.

¹⁴⁶ GARILLI, 2016, 144.

¹⁴⁷ ZOLI, 2015, 352; v., pure, LAZZARI, 2017, 678; BROLLO, 2015, 85; BUCONI, 2018, 53.

per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale ed organizzativa. Si tratterebbe, allora, di «una grave ingenuità (se di “calcolata distrazione” non si vuol parlare) dell’attuale legislatore, il quale, nella riorganizzazione di una materia tanto delicata, ha dato per scontato che ogni lavoratore sia dotato della piena consapevolezza dei propri diritti e di una altrettanto completa forza contrattuale»¹⁴⁸.

Resta, comunque, inesplorata l’ipotesi in cui il lavoratore manifesti validamente la propria volontà contraria alla promozione, ma continui – di fatto – a svolgere le mansioni superiori anche oltre la soglia temporale massima.

Se si esclude la rinuncia preventiva dal campo di applicazione della norma, ne conseguirà che quella già manifestata sarà idonea a paralizzare il conseguimento dell’effetto legale *per il passato*, ma non potrà impedire che, *per il futuro*, la fattispecie legale si perfezioni nuovamente. In altri termini, decorso un ulteriore periodo di svolgimento delle mansioni superiori (pari a quello necessario), il lavoratore – fermo restando sempre il suo diritto all’adeguamento retributivo per l’attività svolta – maturerà nuovamente anche il diritto all’inquadramento superiore.

Riferimenti bibliografici.

Amendola F. (2016), *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT* – 291

Avondola A. (2016), *La riforma dell’art. 2013 c.c. dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, I, 369, ss.

Barassi L. (1901), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. ed. libreria, Milano.

Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano.

Brollo M. (2012), *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in Carinci F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 371 ss.

Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni. Art. 3*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT e-Book, n. 48, 29 ss.

Brollo M., Vendramin M. (2012), *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo I, 513 ss.

Buconi M.L. (2018), *La mobilità verticale nel nuovo testo dell’art. 2103 c.c.*, in *Labor*, 1, 35 ss.

Galante M. (2016), *Lo jus variandi all’epoca del Jobs Act*, in Ricci M., Santoni, Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all’epoca del Jobs Act*, Quaderni de Il diritto del mercato del lavoro, 51 ss.

Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, in *Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”, It.* – 268.

Garilli A. (2016), *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 129 ss.

¹⁴⁸ AVONDOLA, 2016, 388.

- Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Lazzari C. (2017), *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, in *DLRI*, 663 ss.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità "a misura d'uomo"*, in *LG*, 1101 ss.
- Liso F. (2015), *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona, It.* – 257.
- Mariani M. (2016), *Il nuovo ius variandi*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 89 ss.
- Menegotto M. (2016), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act. Nuovi spazi per la flessibilità funzionale*, *Working Paper ADAPT n. 7*.
- Miscione M. (2015), *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 437 ss.
- Pacella G. (2018), *Le nuove regole dello ius variandi*, in Di Stasi A. (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 87 ss.
- Paolitto L. (2015), *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 155 ss.
- Pinto V. (2016), *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in *RGL*, I, 364 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Redenti E. (1906), *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, rist. a cura di Caprioli S., Giappichelli, Torino, 1992.
- Romei R. (2018), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *RIDL*, I, 233, ss.
- Saracino M. (2015), *Le mansioni superiori*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 187 ss.
- Zoli C. (2015), *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 333 ss.

Le prospettive del diritto del lavoro dopo la pandemia*

Alessandro Bellavista

1. Le trasformazioni del tessuto economico e le politiche del lavoro.	38
2. I nuovi percorsi riformatori. Il problema del lavoro sommerso e irregolare.	41
3. Il sistema della contrattazione collettiva e il salario minimo legale.	45
4. Gli appalti e le esternalizzazioni.	46
5. Gli ammortizzatori sociali. La metodologia delle riforme.	48

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 433/2021

1. Le trasformazioni del tessuto economico e le politiche del lavoro.

Il mercato del lavoro italiano, negli ultimi anni, è stato interessato da pressioni di vario genere che hanno indotto i *policy makers* ad adottare risposte regolative alquanto contestate e, come si vedrà tra poco, di basso profilo, specialmente imperniate sulla diffusa riduzione delle tutele dei lavoratori¹⁴⁹.

Anzitutto, va rilevato che, sul piano esogeno, la sempre più spinta apertura dei mercati ha incrementato la concorrenza globale; e, pertanto, ha fortemente messo in discussione la capacità delle imprese italiane di muoversi in un ambiente più competitivo rispetto all'immediato passato. Sicché, parecchie aziende non sono riuscite a reggere il nuovo contesto. Poi, la grande crisi del 2007-2008 ha generato le note politiche di *austerità* europee e nazionali che, in particolare in Italia, hanno alquanto ridotto la possibilità delle istituzioni pubbliche di agire in modo da incentivare i processi di sviluppo delle imprese¹⁵⁰.

Tuttavia, l'attuale crisi sanitaria ha segnato un risveglio delle politiche di stampo neo-keinesiano (e post-keinesiano) e ha affermato con chiarezza la centralità dell'attore pubblico, a livello nazionale ed europeo, per fronteggiare emergenze di tale portata¹⁵¹. L'Unione europea ha adottato provvedimenti temporanei che hanno consentito agli Stati nazionali un'indispensabile liberazione dai vincoli di bilancio, per immettere risorse tali da sostenere l'economia. Il governo italiano è stato costretto, in prima battuta, a varare soprattutto misure di salvaguardia del tessuto produttivo ed occupazionale¹⁵², lasciando al futuro prossimo l'implementazione di reali politiche per la crescita; che, infatti, sono al momento solo in fase di discussione.

Sul piano endogeno, v'è da segnalare che la permanente crisi fiscale (dovuta anche, e soprattutto, alla costante incapacità di avviare una seria lotta all'evasione) e l'ingente ammontare della spesa pubblica incompressibile hanno ridotto i margini di manovra delle politiche espansive. A ciò va aggiunto che, proprio a causa dell'assenza pluriennale di una vera politica industriale¹⁵³, l'apparato produttivo italiano ha dimostrato una ramificata obsolescenza, una bassa produttività, una costante perdita di competitività. A tal punto che s'è consolidata, tranne la limitata presenza di alcuni settori virtuosi, la visione di un'economia ai limiti della sopravvivenza ovvero destinata ad un inevitabile declino¹⁵⁴.

Purtroppo, le forze politiche dominanti nel Paese sono state, profondamente influenzate da ricette e ideologie neo-liberiste (tra cui si segnala il *refrain* del culto della riduzione della spesa

¹⁴⁹ Cfr. A. GARILLI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*, DML, 2020, 9 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro riformate*, DRI, 2016, 7 ss.

¹⁵⁰ Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche del lavoro tra due crisi*, DRI, 2020, 237 ss.; C. TRIGILIA – G. VIESTI, *La crisi del Mezzogiorno e gli effetti perversi delle politiche*, il Mulino, 2016, n. 1, 52 ss.

¹⁵¹ Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche*, cit., 249 ss.

¹⁵² Cfr. A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio*, Torino, 2020; G. PROIA (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid*, Torino, 2020; F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, I, 313 ss.; C. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica tra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, 439 ss.

¹⁵³ Cfr. L. GALLINO, *La scomparsa dell'Italia industriale*, Torino, 2003, 3 ss.; G. VIESTI, *Una moderna politica industriale: un tema fondamentale per la sinistra italiana*, *Italinieuropei*, 2014, n. 1, 1 ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. FORGES DAVANZATI, *Alle origini del declino economico italiano*, *Itinerari di ricerca storica*, XXX, 2016, n. 1, 149 ss.; G. VIESTI, *La riscoperta della politica industriale: per tornare a crescere*, *Economia italiana*, 2013, n. 3, 1 ss.

pubblica e del ruolo dello Stato) e le hanno applicate in modo estremamente rigido e semplificato¹⁵⁵. Emblematica di questo approccio è stata l'improntitudine con cui si è assistito al trapianto nei processi di formazione delle regole lavoristiche di versioni opportunistiche della cosiddetta dottrina della *law and economics*¹⁵⁶. Tutto questo è avvenuto perché i decisori politici sono stati drogati dalle perversioni del sistema elettorale maggioritario e da un clima di elezioni permanente: il che li ha indotti soprattutto ad assumere posizioni populiste¹⁵⁷ e ad avere come obiettivo quasi esclusivo quello di conquistare e mantenere immediato consenso ovvero di dimostrare alla propria *constituency* di essere sempre in grado di fare «qualcosa». Anche se questo «qualcosa» aveva carattere simbolico o non era in grado di rispondere ai problemi per cui era stato escogitato¹⁵⁸. Ciò è accaduto in modo bipartisan, soprattutto negli ultimi anni in cui s'è assistito al paradosso di un governo formalmente di centro-sinistra (il governo Renzi) che, di fatto, ha adottato politiche del lavoro di puro stampo neo-liberista, raggiungendo risultati più estremi dell'ultima coalizione di centro-destra (e cioè, il governo Berlusconi dimessosi nel 2011)¹⁵⁹.

A differenza degli altri paesi *leader* in Europa (Germania, Francia), in Italia le politiche per la competitività hanno perseguito quella che è comunemente definita la «via bassa per lo sviluppo». Queste politiche non si sono basate sugli stimoli agli investimenti privati e pubblici, e alle innovazioni di prodotto e di processo, anche per contrastare l'endemico nanismo industriale: e cioè, la prevalenza di un tessuto di piccole e medie imprese, non in grado, proprio a causa della loro ridotta dimensione, di disporre di capitali adeguati da utilizzare in progetti di ricerca e sviluppo e di spostare la loro attività nei segmenti qualitativamente più elevati della produzione di beni e servizi¹⁶⁰.

Non ci si è preoccupati, se non a parole, della creazione di tutte le cosiddette precondizioni per lo sviluppo. Vale a dire, la necessità di disporre di diffuse e moderne infrastrutture materiali e immateriali, di un ampio e appropriato sistema della formazione e della ricerca. In sostanza, v'è stata una scarsissima attenzione all'incremento qualitativo dei fattori produttivi e s'è agito, quasi esclusivamente, sulla riduzione dei costi di impiego del fattore lavoro. E attraverso una sostanziale svalutazione del lavoro s'è, in pratica, compensata l'impossibilità di svalutare la moneta, a causa dei vincoli europei, in modo da sostenere la fragile competitività delle imprese italiane¹⁶¹.

Così le politiche del lavoro hanno abbandonato la tradizionale impostazione *pro-labour*, figlia

¹⁵⁵ Cfr. M. GALLEGATI, *Il mercato rende liberi e le altre bugie del neoliberalismo*, Roma, 2021; L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Roma-Bari, 2012, 56 ss.; M. MAZZUCATO, *Pubblico e privato uniti nella lotta*, *la Repubblica*, 2 gennaio 2016, 29.

¹⁵⁶ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Il lavoro tra diritto ed economia*, *Labor*, 2019, 236 ss.; A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, *RGL*, 2012, I, 561 ss.; O. MAZZOTTA, *Valutare il diritto del lavoro: ovvero l'utopia della vita esatta*, *LD*, 2010, 191 ss.; M. ROCCELLA, *La disciplina dei licenziamenti tra referendum e progetti di riforma*, 2000, in www.cgil.it.

¹⁵⁷ Cfr. M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino, 2017; C. SALMON, *Populismo e post-verità*, *la Repubblica*, *Robinson*, 24 dicembre 2016, 30 s.

¹⁵⁸ Cfr. C. TRIGILIA, *Quale democrazia per la crisi italiana?*, *il Mulino*, 2020, n. 2, 192 ss.

¹⁵⁹ U. ROMAGNOLI, *Controcorrente*, *LD*, 2015, 3 ss.; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, *ivi*, 13 ss.

¹⁶⁰ Cfr. C. TRIGILIA, *Introduzione*, in C. TRIGILIA (a cura di), *Capitalismi e democrazie*, Bologna, 2020, 40 ss.; P. TRIDICO, *Riforme del mercato del lavoro, concorrenza, produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa*, *Sindacalismo*, 2015, 81 ss.

¹⁶¹ Cfr. G. FORGES DAVANZATI – G. PAULI, *Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito*, *Costituzionalismo.it.*, 2015; P. TRIDICO, *Riforme*, *cit.*, 97 ss.; M. MAZZUCATO, *L'abisso della disegualianza*, *la Repubblica*, 31 dicembre 2014, 33.

delle fondamentali direttive costituzionali, volte a rimuovere le disparità sostanziali, e hanno adottato misure *pro-business*, con al centro le sole esigenze del mondo produttivo¹⁶². Con ciò s'è determinato un aumento, a tutti i livelli, della flessibilità dell'impiego della manodopera, con la costruzione di una sorta di supermarket di contratti precari, l'abbassamento delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato nel rapporto a tempo indeterminato; e l'eliminazione di ostacoli effettivi agli appalti di sola manodopera, alle pratiche di frantumazione del ciclo produttivo e di esternalizzazione di funzioni, aventi il solo scopo di risparmiare sul costo del lavoro¹⁶³.

Per quanto vi sia chi, sedotto dal congenito meccanismo delle impostazioni neo-liberiste, continui a sostenere che non vi fosse alcuna alternativa alle politiche adottate, che si sono ridotte in un sostanziale abbassamento delle tutele del lavoro e in una crescita del lavoro povero sotto-retribuito, l'altra faccia della medaglia è rappresentata dal fatto che l'Italia è ormai uno dei paesi in cui più sono aumentati i divari nella distribuzione dei redditi tra lavoro, da un lato, e profitti e rendite, dall'altro¹⁶⁴; benché, come risulta da una recente ricerca, qui «si lavori comparativamente molto di più rispetto agli altri paesi» delle maggiori economie dell'Eurozona¹⁶⁵.

Di fatto, «in Italia si lavora di più – a causa della scarsa capacità tecnologica e ai bassi investimenti in innovazione del nostro sistema economico – ma si viene retribuiti molto meno». In particolare, l'Italia è caratterizzata da una stagnazione salariale di lungo periodo; e, rispetto alle maggiori economie dell'Eurozona, non ha ancora recuperato il livello salariale precedente alla crisi del 2007-2008. Questa perversa dinamica retributiva, che pone una vera e propria «questione salariale», è alimentata dalla «struttura della forza lavoro occupata che, rispetto all'Eurozona, vede oggi una maggiore presenza delle professioni meno qualificate e, quindi, meno retribuite». A ciò si aggiunge che risultano evidenti disparità salariali tra i rapporti di lavoro non standard (tempo determinato, part-time e discontinuo) e quelli standard (tempo indeterminato, full-time e senza discontinuità)¹⁶⁶. Il che è una chiara dimostrazione degli effetti perversi delle politiche in questione e dell'indiscutibile legame tra occupazione non standard, precaria e di bassa qualità con l'incremento del fenomeno dei *working poor* e della cosiddetta *in-work poverty*¹⁶⁷ e, più in generale, delle disuguaglianze¹⁶⁸.

Peraltro, come s'è già accennato, l'attuale crisi pandemica ha fornito la chiara dimostrazione che la capacità di reazione delle comunità nazionali a *shock* siffatti, che incidono in modo pervasivo

¹⁶² Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Il lavoro*, cit., 243 ss.; O. MAZZOTTA, *Poteri e contropoteri nello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo*, LD, 2020, 769 ss.; C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino, 2017, 2206 ss.; M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, Jus, 2008, 59 ss.

¹⁶³ Cfr. F. SANTONI, *Le metamorfosi del diritto del lavoro*, DML, 2015, spec. 9 ss.; P. G. ALLEVA, *Un programma contro la precarietà*, *MicroMega*, 2011, n. 7, 72 ss.; M. ROCCELLA, *Lavoratori senza diritti*, *ivi*, 2010, n. 5, 141 ss.

¹⁶⁴ Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche*, cit., 243 ss.; P. TRIDICO, *Riforme*, cit., 72 ss. e 76; G. FORGES DAVANZATI – G. PAULI, *Precarietà*, cit.; L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Torino, 2011, 107 ss.

¹⁶⁵ N. GIANGRANDE, *La questione salariale in Italia. Un confronto con le maggiori economie dell'Eurozona*, Roma, 2020, 5.

¹⁶⁶ N. GIANGRANDE, *La questione*, cit., 9.

¹⁶⁷ Cfr. P. BARBIERI, *Il lavoro povero in Italia: determinanti strutturali e politiche di contrasto*, LD, 2019, 5 ss.

¹⁶⁸ Cfr. M. PIANTA, *Disuguaglianze: le ragioni del loro aumento, le politiche che mancano*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 3, 35 ss. E, in particolare, sulla esponenziale crescita delle disuguaglianze, che rappresenta uno dei frutti avvelenati delle politiche neo-liberiste, cfr. ampiamente M. FRANZINI – M. PIANTA, *Disuguaglianze*, Roma-Bari, 2016.

su tutte le strutture sociali ed economiche, dipende soprattutto dall'efficienza e dalla solidità delle istituzioni pubbliche¹⁶⁹. E così, dopo anni di mancati investimenti nella sanità pubblica e di esaltazione della primazia di fantasmagorici modelli privatistici, l'Italia è dovuta correre ai ripari cercando di recuperare il tempo perduto, avviando progetti di rivitalizzazione dell'offerta sanitaria pubblica ai vari livelli.

Più in generale, sembra appunto di assistere ad un nuovo protagonismo dell'intervento pubblico e, in particolare, dello Stato nell'economia volto a temperarne le distorsioni, nell'ottica di una maggiore giustizia sociale, di cui però non si potranno vedere gli effetti nell'immediato, tranne quelli relativi alla copertura delle situazioni di sofferenza e di disagio attraverso l'erogazione di sussidi monetari¹⁷⁰.

2. I nuovi percorsi riformatori. Il problema del lavoro sommerso e irregolare.

Beninteso, una delle più significative manifestazioni dell'ideologia neo-liberista è stata quella della contestazione dei valori fondativi del diritto del lavoro e della rivendicazione dell'esigenza di integrare nel discorso giuslavoristico e nella relativa normativa le esigenze del mercato e quindi del datore di lavoro¹⁷¹. Peraltro, questa rappresentazione è stata accompagnata, come strategia di *marketing*, da una forte valorizzazione del ruolo dell'autonomia individuale. Il messaggio è stato quello che la liberazione del mercato da vincoli e rigidità avrebbe favorito lo stesso lavoratore, il quale avrebbe avuto la possibilità di dispiegare appieno la propria personalità e arricchire la propria professionalità. Accanto a ciò s'è con pervicacia sostenuto che un aumento della flessibilità del mercato del lavoro avrebbe comportato una crescita dell'occupazione e della produttività¹⁷².

Questa narrazione¹⁷³ s'è sciolta come neve al sole e ha dimostrato tutta la sua fallacia di fronte all'analisi delle prevalenti modalità effettive di svolgimento dei rapporti di lavoro, di nuovo conio o più tradizionali: laddove l'allentamento delle garanzie e l'aumento delle tipologie temporanee hanno prodotto, in prevalenza, solo sfruttamento e precarietà¹⁷⁴, senza alcuna reale valorizzazione della professionalità individuale e senza alcun significativo incremento dell'occupazione e della produttività del lavoro¹⁷⁵. Ciò ha realizzato una tale estensione del potere del capitale sul

¹⁶⁹ Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche*, cit., 249 ss.; G. VIESTI, *Un nuovo modello di sviluppo*, il Mulino, 2020, n. 3, 385 ss.

¹⁷⁰ Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche*, cit., 249 ss.

¹⁷¹ Cfr., per un ampio quadro del dibattito sull'attualità dei valori fondativi del diritto del lavoro e su alcune prospettive di riforma, A. GARILLI, *Le trasformazioni*, cit., 3 ss.; O. MAZZOTTA, *Poteri e contropoteri*, cit., 759 ss.; B. CARUSO – R. DEL PUNTA – T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 20 maggio 2020; F. CARINCI, *Un invito alla discussione. Il manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, ADL, 2020, 1039 ss.; P. TOSI, *Qualche riflessione a proposito del «Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile»*, LDE, 2020, n. 3; L. ZOPPOLI, *Valori, diritti e lavori flessibili: storicità, bilanciamento, declinabilità, negoziabilità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 400/2019, 1, ss.; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, ADL, 2019, 279 ss.; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, LD, 2016, 585 ss.

¹⁷² Cfr., per un paradigma di un'impostazione siffatta, P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Milano, 2015.

¹⁷³ Cfr. L. MARIUCCI, *Riflessioni su «L'idea di diritto del lavoro, oggi»*, LD, 2016, 134 ss.; M. BARBERA, *Tre narrazioni della flexicurity*, RGL, 2018, I, 557 ss.

¹⁷⁴ Cfr. M. REVELLI, *Se un'ora di lavoro vale 4 euro*, La Stampa, 16 luglio 2020, 19; M. PANARA, *Lavoro, le ricette fallite*, la Repubblica, 31 gennaio 2020, 36; R. CARLINI, *I precari non finiscono mai*, L'Espresso, 22 luglio 2018, 48 ss.; M. FANA, *Non è lavoro, è sfruttamento*, Roma-Bari, 2018.

¹⁷⁵ Cfr. P. TRIDICO, *Riforme*, cit., 66 ss.; G. FORGES DAVANZATI, *Gli effetti perversi della moderazione salariale e la proposta di Stato innovatore di prima istanza*, in P. ELLERANI e S. CRISTANTE (a cura di), *Le scienze umane alla prova della distanza sociale*, Lecce, 2020, 103 ss.

lavoro da produrre una sostanziale mercificazione di quest'ultimo, aggredendo il perno centrale delle ragioni dell'esistenza di un diritto speciale, come quello del lavoro, che è appunto fondato sul presupposto che il lavoro non può essere assimilato ad una merce, a causa del fatto che il rapporto coinvolge la persona del lavoratore¹⁷⁶. Il che peraltro, nella realtà effettuale, contraddice l'assetto risultante dai principi fondamentali della Costituzione che pongono il lavoro e la sua tutela in una posizione privilegiata¹⁷⁷.

D'altra parte, fino a quando, nel rapporto contrattuale, la posizione del lavoratore sarà quella di contraente più debole, assoggettato di fatto alla dittatura contrattuale del datore, allora non potrà essere smentita l'affermazione di Otto Kahn Freund. E cioè che «l'oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato, e mi azzardo a dire che sempre sarà, di costituire una forza di bilanciamento atta a compensare la disuguaglianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro»¹⁷⁸. In altri termini, «cambiano i modelli e le tecniche, ma al fondo la funzione del diritto del lavoro resta sempre quella di predisporre una rete protettiva che corregga l'asimmetria contrattuale e tuteli i valori fondamentali dell'esistenza umana: la libertà, la dignità e l'uguaglianza»¹⁷⁹.

Così, è urgente avviare un ampio progetto di bonifica del mercato del lavoro, allo scopo di rafforzare le tutele dei lavoratori e di dare adeguata protezione a chi non ne è affatto provvisto¹⁸⁰. In questa direzione, qualcosa è stato realizzato, di recente, a partire dal cosiddetto «decreto dignità» del 2018, dagli ultimi due governi che hanno varato alcuni provvedimenti volti a temperare le manifestazioni più estreme della logica della flessibilità e della precarietà, come consacrata nel *Jobs Act* del 2015; ma il percorso è ancora lungo¹⁸¹ e qui ci si limiterà a fissare alcune coordinate essenziali. Peraltro, proprio l'attuale emergenza pandemica ha «riportato il lavoro al centro della scena sociale»¹⁸², dimostrando (come se ce ne fosse reale bisogno!) la sua assoluta importanza per la sopravvivenza dell'intero Paese; e questo conferma ulteriormente quanto sia irrinunciabile una nuova politica del lavoro che ripudi le ricette neo-liberiste e che abbia, invece, come obiettivo cardine la valorizzazione e la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, come prescritto dall'art. 35 Cost.

Anzitutto, va chiaramente sottolineato che gli interventi in materia di regolazione del lavoro, per essere efficaci, presuppongono un completo ribaltamento dell'assetto del sistema produttivo. Se l'impresa datrice di lavoro ha una competitività alquanto bassa, dovuta alla scarsa qualità dei suoi prodotti e dei suoi processi, è inevitabile che essa sia portata ad avvalersi di lavoro parimenti di

¹⁷⁶ Cfr. G. GIUGNI, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in ID., *Lavoro legge contratti*, Bologna, 1989, 259 ss.

¹⁷⁷ Cfr. M. NAPOLI, *Le norme*, cit., 60 ss.

¹⁷⁸ O. KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, 2° ed., London, 1977, 6.

¹⁷⁹ A. GARILLI, *Le trasformazioni*, cit., 8.

¹⁸⁰ Cfr. le linee riformatrici, in gran parte condivisibili, contenute nella proposta di legge n. 1423, «Disposizioni in materia di società cooperative, appalto, somministrazione di lavoro e distacco dei lavoratori», presentata alla Camera dei Deputati il 6 dicembre 2018 dall'on. Costanzo e altri; e nei progetti di legge elaborati da P. G. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Santarcangelo di Romagna, 2018; e dalla CGIL con la *Carta dei diritti universali del lavoro* del 2016. Cfr. anche L. MARIUCCI, *L'agenda desiderabile: idee per una nuova fase del diritto del lavoro*, LD, 2013, 167 ss.

¹⁸¹ Cfr. L. MARIUCCI, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 407/2020, 4 ss.

¹⁸² A. PERULLI, *Covid-19 e diritto del lavoro: emergenza, contingenza e valorizzazione del lavoro dopo la pandemia*, Labor, 2020, 455.

scarsa qualità, temporaneo e sottopagato. Viceversa, solo l'impresa che opera in settori innovativi ed altamente specializzati, con elevati margini di profitto, abbisogna di manodopera con elevata formazione (di cui è peraltro necessaria la fidelizzazione agli obiettivi aziendali) ed è in grado di reggere i maggiori costi per assicurare dignitosi trattamenti economici e normativi. Pertanto, l'ammodernamento del tessuto imprenditoriale italiano è una condizione indispensabile per favorire la crescita del lavoro di qualità ed adeguatamente tutelato. Quest'obiettivo dovrebbe essere al centro delle politiche pubbliche, le quali ovviamente non potrebbero prescindere dalla partecipazione attiva del ceto imprenditoriale privato¹⁸³.

Come è stato bene osservato, in termini più ampi, soprattutto tenendo conto dell'attuale drammatica situazione a causa della pandemia, «il futuro dell'Italia dipenderà dalla capacità della politica di disegnare interventi di rilancio tempestivi ed efficaci». E ciò «contemporaneamente per la crescita economica e la coesione sociale». Quindi, «non un mero elenco di spese, ma la capacità di disegnare un possibile "nuovo modello di sviluppo" per il Paese, nel quale i diversi interventi possano trovare ragionevole sintesi, rafforzarsi a vicenda, creare fiducia»¹⁸⁴.

Sul piano degli interventi specifici in materia di lavoro, è imprescindibile una prospettiva di ampio raggio che sappia adattarsi alle sfide offerte dalle innovazioni tecnologiche e organizzative, di cui l'espansione delle varie forme di nuovi lavori, come quello agile¹⁸⁵ o il lavoro attraverso le piattaforme digitali, rappresentano un chiaro esempio, e avendo di mira la primaria esigenza di evitare lo sfruttamento e di salvaguardare la dignità della persona che lavora¹⁸⁶.

Va poi aggredita l'estesa economia sommersa che peraltro produce un'ingente sottrazione di risorse agli enti fiscali e previdenziali: risorse che, stando ad alcuni studi, se fossero recuperate, seppure in minima parte, potrebbero essere destinate ad abbattere i deficit di bilancio e ad investimenti virtuosi¹⁸⁷.

La lotta contro il lavoro sommerso presuppone efficaci politiche pubbliche, costituite da una equilibrata miscela di misure premiali e repressive, che sostengano la regolarizzazione delle attività, al momento, illegali e che tengano conto delle specifiche peculiarità dei vari mercati del lavoro¹⁸⁸.

In questa prospettiva, un ruolo fondamentale gioca il rafforzamento degli apparati di vigilanza che scontano carenze di personale, di coordinamento e di dotazioni tecnologiche e di mezzi¹⁸⁹. In effetti, il contrasto alle frodi nel mercato del lavoro richiede inevitabilmente un diffuso sistema di controlli, in modo tale che la possibilità stessa di essere sottoposta ad accertamenti induca l'impresa a muoversi nella regolarità. Né è da trascurare anche l'opportunità di aumentare i poteri degli organi di sorveglianza, in modo funzionale all'esigenza dell'accertamento degli illeciti e alla

¹⁸³ Cfr. N. GIANGRANDE – S. GRECO, *Rilanciare la produttività del lavoro attraverso la ricerca e lo sviluppo*, www.dialetticafilosofia.it, aprile 2020, 1 ss.; P. BIANCHI, *Una politica industriale per ripartire*, *il Mulino*, 2020, n. 3, 415 ss.; M. PIANTA, *Diseguaglianze*, cit., 41 ss.; M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2014.

¹⁸⁴ G. VIESTI, *Un nuovo modello di sviluppo*, *il Mulino*, 2020, n. 3, 385 ss.

¹⁸⁵ Cfr. M. NICOLOSI, *Le sfide del lavoro agile dopo l'emergenza pandemica*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza*, cit., 89 ss.

¹⁸⁶ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Il lavoro*, cit. 240 ss.; M. BARBIERI, *Della subordinazione dei ciclofattorini*, *LLI*, vol. 5, n. 2, 2019, 4 ss.; O. MAZZOTTA, *L'inafferrabile etero-direzione: a proposito di ciclofattorini e modelli contrattuali*, *Labor*, 2020, n. 1, 3 ss.; G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, *DLRI*, 2019, 633 ss.

¹⁸⁷ Cfr. C. COTTARELLI, *I sette peccati capitali dell'economia italiana*, Milano, 2019, 11 ss.

¹⁸⁸ Cfr. V. FERRANTE (a cura di), *Economia «informale» e politiche di trasparenza*, Milano, 2017, 11 ss.; M. BROLLO – C. CESTER – L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, 2016.

¹⁸⁹ Cfr. M. REVELLI, *Politica assente. Sul lavoro si muore ancora*, *La Stampa*, 21 luglio 2020, 1.

loro prova in giudizio.

In particolare, va detto che un sistema efficace di vigilanza in materia di lavoro, contribuzione e assicurazione obbligatoria non solo permette di combattere l'evasione contributiva, ma svolge anche un'importante funzione dissuasiva a commettere illeciti e consente di dimostrare la presenza dello Stato e la sua vicinanza ai soggetti più deboli. Per fare ciò, è necessario correggere le distorsioni prodotte dalla riforma del 2015 del sistema di vigilanza, con l'istituzione dell'Ispettorato nazionale del lavoro, e tenere conto del fatto che queste attività sono profondamente diversificate. Perciò, va abbandonata l'idea della creazione di una sorta di «super-ispettore», competente in ogni materia, e invece vanno rimpolpati gli organici dei singoli corpi ispettivi dei vari enti previdenziali. Con ciò lasciando all'Ispettorato nazionale del lavoro la sola vigilanza in materia di lavoro e, semmai, incrementando le forme di coordinamento tra i vari enti coinvolti¹⁹⁰.

Di conseguenza, speciale attenzione va dedicata all'abuso delle tipologie flessibili di contratti di lavoro e al cosiddetto falso lavoro autonomo. Oltre ad un'oculata riduzione delle forme di lavoro temporaneo¹⁹¹, andrebbe aumentata la trasparenza del mercato del lavoro, rendendo pubblici tutti i contratti di lavoro subordinato ed autonomo stipulati dalle imprese¹⁹². Il che favorirebbe un controllo diffuso sulla genuinità di questi rapporti, soprattutto se fosse prevista la possibilità di impugnare e contestare questi contratti da parte delle organizzazioni sindacali, oltre che dagli apparati pubblici di vigilanza. Per spingere gli interessati a contrastare direttamente l'irregolarità dei loro rapporti di lavoro, potrebbe essere prevista la misura secondo cui, in caso di trasformazione giudiziale di un contratto precario in rapporto a tempo indeterminato o di dichiarazione *tout court* della sussistenza di un contratto di lavoro, in queste ipotesi si applica, per un certo periodo, la tutela reintegratoria per il licenziamento ingiustificato, qualunque siano le dimensioni aziendali¹⁹³.

È nota ormai la diffusione di varie forme di lavoro autonomo genuino in condizioni di debolezza contrattuale. A questo proposito sarebbe opportuno andare oltre quanto realizzato dalla l. n. 81/2017 e introdurre più vaste protezioni per tale categoria di lavoratori per compensare la loro fragilità e soggezione economica, senza trascurare l'opportunità di un sostegno a specifiche forme di azione collettiva¹⁹⁴.

Altro campo d'intervento dovrebbe essere quello del riequilibrio delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Purtroppo, qui l'ideologia neoliberista ha prodotto i suoi più perversi effetti e s'è in sostanza adottato un sistema generale di

¹⁹⁰ Cfr. le risultanze dell'*Indagine conoscitiva sul riordino del sistema della vigilanza in materia di lavoro, contribuzione e assicurazione obbligatoria a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 149, nella prospettiva di una maggiore efficacia delle azioni di contrasto al lavoro irregolare e all'evasione contributiva*, in corso presso la XI Commissione permanente della Camera dei Deputati (Lavoro pubblico e privato); e cfr. la lettera dell'11 novembre 2019 dell'Associazione professionale dei Funzionari ispettivi pubblici (Aniv), inviata alla suddetta Commissione.

¹⁹¹ Cfr. P.G. ALLEVA, *Lavoro precario. L'ultimo assalto*, il *Fatto Quotidiano*, 1 luglio 2020, 21; F. SANTONI, *I modelli contrattuali nel lavoro che cambia*, *DML*, 2018, 3 ss.

¹⁹² Cfr. L. MARIUCCI, *L'agenda*, cit., 178 ss.; P. G. ALLEVA, *Un programma*, cit., 75 ss.

¹⁹³ Cfr. P. G. ALLEVA, *"Nero", appalti ed esuberanti. Così si riforma il lavoro*, il *Fatto Quotidiano*, 11 giugno 2020, 11.

¹⁹⁴ Cfr. O. RAZZOLINI, *La subordinazione ritrovata e la lunga marcia del lavoro autonomo*, *LLI*, vol. 6, n. 2, 2020, 141 ss.; M. NAPOLI, *Le norme*, cit., 68 ss.

tutela obbligatoria, di tipo forfettario, anche laddove operava la tutela ripristinatoria. Nonostante che il recente intervento della Corte costituzionale, con la pronuncia n. 194/2018, e il cosiddetto «decreto dignità» abbiano temperato la rigidità e la tenuità dei meccanismi indennitari introdotti dal *Jobs Act*, resta che la tutela reintegratoria è ormai ridotta ai margini¹⁹⁵. Peraltro, come afferma la stessa Consulta, il legislatore ha la discrezionalità di prevedere un meccanismo di tutela, nei confronti del licenziamento illegittimo, solo risarcitorio-monetario, «purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza». Tuttavia, vi sono forti dubbi che la disciplina attuale, risultante dalla manipolazione della Corte costituzionale, rispetti effettivamente tale principio; e comunque essa è stata censurata dal Comitato europeo dei diritti sociali per violazione dell'art. 24 della Carta Sociale europea, il quale impone un risarcimento congruo, e non forfettizzato, del danno subito a causa del licenziamento illegittimo¹⁹⁶.

La soluzione più opportuna sarebbe quella di introdurre una tutela reintegratoria di portata generale nell'ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento, e cioè che prescindendo dalle dimensioni dell'azienda. Semmai, potrebbero essere mantenute le attuali ipotesi di recesso *ad nutum*, collegate alla natura intrinsecamente fiduciaria dei relativi rapporti; e andrebbe avviata una vera riforma della giustizia del lavoro, soprattutto con l'immissione di nuovo personale, in modo tale da accelerare i processi e fare sì che le decisioni arrivino in tempi rapidissimi.

3. Il sistema della contrattazione collettiva e il salario minimo legale.

Va poi dato un riassetto al sistema della contrattazione collettiva, che andrebbe dotata di efficacia generale, alla stregua dell'art. 39 Cost.; o, quantomeno, introducendo una forma di salario minimo legale che faccia riferimento ai trattamenti economici contenuti nei contratti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Con il che, da un lato, si semplificherebbe il sistema contrattuale il quale, al momento, riscontra l'interferenza di più contratti collettivi negli stessi ambiti; e, dall'altro, si eliminerebbe il fenomeno della contrattazione collettiva «pirata», alquanto diffusa in molti settori, caratterizzata dalla presenza di contratti collettivi, stipulati da organizzazioni di dubbia rappresentatività, che prevedono trattamenti peggiorativi rispetto a quelli dei sindacati più rappresentativi.

Così, la fissazione legale di misure salariali omogenee, per rami merceologici o di attività, secondo la tradizione delle relazioni industriali italiane, avrebbe l'effetto virtuoso di assicurare retribuzioni dignitose ad ampie fasce di lavoratori che attualmente sono dipendenti da datori di lavoro che non applicano i contratti collettivi genuini o che operano ai margini della legalità e che talvolta fanno uso di contratti «pirata». Peraltro, i meccanismi qui suggeriti avrebbero l'effetto di ridurre la piaga dei bassi salari, attualmente alquanto diffusa, e agevolerebbero l'attività degli organi ispettivi che saprebbero già *a priori* quale sia il contratto di riferimento per ogni azienda sottoposta a vigilanza, senza incontrare l'ostacolo, come spesso oggi accade, di eventuali e lunghe

¹⁹⁵ Cfr. E. BALLETTI, *Indennità per il licenziamento illegittimo nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, *GI*, 2020, 1238 ss.; R. SANTUCCI, «*Quel che resta*» della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso, in AA.VV., *Il regime dei licenziamenti in Italia e Spagna: ordinamenti a confronto*, Napoli, 2017, 285 ss.

¹⁹⁶ Cfr. A. GARILLI, *Le trasformazioni*, cit., 17 ss.

contestazioni, in sede giudiziaria, del datore di lavoro¹⁹⁷. Sul piano più generale, un salario minimo legale così congegnato rafforzerebbe la funzione della contrattazione collettiva quale strumento di regolazione del mercato e della concorrenza¹⁹⁸.

È peraltro indispensabile che un intervento siffatto debba anche riguardare sia l'area dei rapporti di collaborazione a cui, in forza dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, si applica la disciplina del lavoro subordinato, sia le collaborazioni di cui all'art. 409 c.p.c., sia forse alcune tipologie di lavoro autonomo genuino, caratterizzate da un'accertata soggezione economica del prestatore d'opera. In questi casi, il contratto collettivo parametro dovrebbe essere, in relazione al tipo di attività svolta, quello per il lavoro dipendente, in mancanza di una specifica contrattazione collettiva per i soggetti destinatari dei compensi minimi.

4. Gli appalti e le esternalizzazioni.

Quanto, invece, al contrasto delle operazioni opportunistiche e, nella peggiore delle ipotesi, fraudolente, di disintegrazione del ciclo produttivo, la strada della protezione del lavoro passa ormai, principalmente, attraverso la regolazione dei rapporti tra le imprese, in vario modo legate da processi di polverizzazione e di integrazione organizzativa che comunque incidono sulle relazioni di lavoro¹⁹⁹.

Ciò allo scopo di evitare che i suddetti processi siano motivati dalla sola esigenza dell'abbattimento dei costi e non dalla ricerca di un valore aggiunto sul piano della qualità dei processi e dei prodotti. Il che è particolarmente evidente nella cosiddetta «catena degli appalti», in cui l'impresa *leader* (cioè l'appaltante), grazie alla sua forza di mercato, impone ai propri fornitori prezzi di acquisto dei beni e servizi non in grado di consentire a questi ultimi di assicurare trattamenti dignitosi ai rispettivi lavoratori.

Qui si assiste allo sviluppo di forme di lavoro precario generate dallo spacchettamento del ciclo produttivo e dall'imputazione dei rapporti di lavoro a soggetti distinti da chi effettivamente si avvale delle prestazioni di lavoro. Tale fenomeno è stato definito come «fessurazione dei luoghi di lavoro»²⁰⁰, proprio per designare il peggioramento delle condizioni di lavoro che consegue dalle esternalizzazioni. Queste offrono l'opportunità all'impresa *leader* di non assumere direttamente la manodopera, ma di utilizzarla lo stesso attraverso varie tipologie contrattuali, tra cui *in primis* l'appalto: con ciò, come s'è appena detto, scaricando tutti i costi di gestione addosso alle imprese appaltatrici che, a causa della loro endemica debolezza, e pur di ottenere margini di guadagno, sono portate ad applicare trattamenti estremamente bassi ai rispettivi lavoratori.

¹⁹⁷ Cfr. T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, DRI, 2019, 767 ss.; M. FORLIVESI, *Sulla funzione anticoncorrenziale del ccnl*, ivi, 838 ss.; U. CARABELLI, *Riflessioni e considerazioni operative sul c.d. salario minimo*, 3 luglio 2019, www.comma2.it.

¹⁹⁸ Cfr. P. G. ALLEVA, *Il salario minimo aiuta pure i sindacati*, *Il Fatto Quotidiano*, 20 giugno 2019, 13; P. TOSI, *Concorrenza, lavoro, diritti (aspetti collettivo-sindacali)*, ADL, 2017, 1337 ss.

¹⁹⁹ Cfr. L. DORIGATTI, *La precarietà invisibile*, *il Mulino*, 2018, n. 4, 56 1 ss.; D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Milano, 2018, 17 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, 31 ss.

²⁰⁰ Cfr. D. WEIL, *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard, 2014.

In sostanza, l'impresa *leader* invece di svolgere l'intero ciclo produttivo con proprie maestranze, alle quali andrebbero attribuite condizioni di lavoro omogenee, coglie l'opportunità di affidare parte delle lavorazioni ad altri soggetti, i quali possono legittimamente decidere di applicare ai propri lavoratori condizioni diverse rispetto a quelle operanti nell'impresa *leader*, fino ad arrivare a vere e proprie forme di sfruttamento. Ciò dipende soprattutto dal fatto che, con il d.lgs. n. 276/2003, è stato abrogato il principio della parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore che svolgono le medesime mansioni²⁰¹. Ed è evidente l'assoluta urgenza di reintrodurre una regola siffatta che comporterebbe una maggiore responsabilizzazione delle imprese *leader* in ordine alla selezione dei contraenti, rispetto a quanto oggi consegue dalla sola applicazione del vigente principio della responsabilità solidale. L'esenzione dalla regola della parità di trattamento potrebbe operare, in via di eccezione, solo per gli appalti di attività temporanee, rapsodiche e non connesse con il ciclo produttivo dell'impresa appaltante, ovvero per gli appalti in cui l'appaltatore offra opere e servizi che presuppongono il possesso di specializzazioni e *know how* particolari²⁰².

Rilevante è poi intervenire sulla disciplina del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda. Per un verso, si tratta con chiarezza di prevedere, come regola generale, che la successione di appalti rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c., in presenza delle condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁰³; e, in caso contrario, comunque garantendo ai lavoratori coinvolti apposite salvaguardie. Per altro verso, va precisato esplicitamente che la cessione del ramo d'azienda non può riguardare un cosiddetto scatolone vuoto, senza alcuna autonoma capacità produttiva preesistente al trasferimento²⁰⁴.

Più in generale, nonostante che le forme dello sfruttamento sembrino mutare e talvolta siano difficili da smascherare, in effetti si ripresenta sempre la vecchia storia in cui il capitale e i suoi attori principali dimostrano di possedere infinite risorse di adattamento ai nuovi contesti, ma restando fedeli al motto: *business as usual*.

Sicché, le strategie di contrasto degli *animal spirits* e i tentativi di rafforzare un'effettiva tutela dei lavoratori devono adeguarsi a tali atteggiamenti camaleontici. E oggi, pertanto, assume estrema importanza, proprio ai fini di una reale protezione del lavoro, la ricerca di tecniche adeguate e innovative che si concentrino sulla regolazione del mercato delle imprese e dei loro cangianti rapporti. In quest'ottica, andrebbero previste forme di controllo rapido e costante sulle imprese, come quelle cooperative, che risultano fornitrici di opere e servizi per altre aziende, in modo da verificare la loro affidabilità complessiva e la loro capacità di rispettare gli standard economico-normativi. La tecnologia moderna, per esempio, consente di svolgere indagini mirate nei settori dove è più frequente la nascita e la mortalità delle imprese, fenomeni che possono nascondere operazioni di sottrazione di risorse al fisco e alla previdenza²⁰⁵.

²⁰¹ Cfr. U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, DRI, 2009, 91 ss.

²⁰² Cfr. le proposte di P. G. ALLEVA, *Restituire diritti*, cit., 63 ss. e della Cgil, *Carta dei diritti universali del lavoro*, cit.

²⁰³ Cfr. M. ROCCELLA – T. TREU – M.P. AIMO – D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 8° ed., 2019, 392 ss.; L. ARIOLA, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. II, Torino, 2017, 209 ss.

²⁰⁴ Cfr. P. ALLEVA, *Restituire*, cit., 66 e 68; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, 2012, 108 ss.

²⁰⁵ Cfr. A. LILLA, *Contrasto all'evasione contributiva: l'Inps ricorre all'intelligenza artificiale collettiva*, *Ipsoa quotidiano*, 8 febbraio 2019.

5. Gli ammortizzatori sociali. La metodologia delle riforme.

Quanto alle garanzie fuori del rapporto di lavoro, non va trascurata l'esigenza di consolidare la rete di protezione finale in caso di perdita del lavoro e di inoccupazione. Il che richiede un perfezionamento degli attuali ammortizzatori sociali, attraverso una loro semplificazione e una reale impostazione universalistica che abbracci anche chi non abbia mai lavorato e sia in cerca di lavoro²⁰⁶. Il che richiede la previsione di forme di sostegno al reddito anche a favore dei lavoratori autonomi; semmai adattando tecniche e misure e distinguendo tra le fasce deboli del lavoro autonomo (quelle ai margini della subordinazione oppure in condizioni di dipendenza economica) e gli autonomi *tout court*²⁰⁷. Quanto al contrasto della carenza di occasioni di lavoro, oltre alle indispensabili politiche pubbliche e private, ovviamente non sono sufficienti solo le politiche passive a tutela del reddito. È necessario altresì un forte rinnovamento delle politiche attive per volgerle pienamente a valorizzare la persona in cerca di lavoro, mediante un'effettiva assistenza all'elaborazione dei propri percorsi di vita in cui un ruolo fondamentale sia svolto da una reale formazione continua e da una permanente socializzazione in contesti produttivi dinamici e stimolanti.

Last but not least, va fatta una breve considerazione sul metodo delle riforme. È noto che l'area dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali coinvolge interessi di vario genere e, per definizione, in aperta contrapposizione.

Fondamentale è quindi il compito dell'attore politico nella sua opera di mediazione e di coinvolgimento delle grandi rappresentanze degli interessi. D'altra parte, è altresì risaputo che le riforme, per essere realmente efficaci, presuppongono anche il coinvolgimento attivo dei loro destinatari. Si pensi al discusso art. 8 della l. n. 148/2011, la cui portata, così tanto eversiva di assetti consolidati del sistema nazionale di diritto del lavoro e delle tradizioni delle relazioni industriali, ha fatto sì che questa disposizione sia stata in sostanza rigettata e sia caduta in desuetudine²⁰⁸. Infatti, l'applicazione dell'enunciato è stata rifiutata pure dalle organizzazioni imprenditoriali, che peraltro se ne sarebbero potute avvantaggiare, pur di non compromettere gli instabili equilibri con la controparte sindacale. E ogni tanto questa disposizione appare come un fantasma in qualche isolata e avventata sentenza o fa capolino in qualche accordo, più o meno occulto, sottoscritto da soggetti di dubbia rappresentatività e di cui è discutibile la complessiva legittimità²⁰⁹.

Viceversa, proprio l'esperienza dell'attuale crisi sanitaria ha dimostrato quanto sia stata importante la collaborazione tra le parti sociali, guidata dall'attore politico, per gestire l'emergenza, per stemperare i conflitti e per assicurare l'effettività della tutela della salute dei dipendenti; in

²⁰⁶ Cfr. C. DE MARCO, *Gli strumenti di sostegno al reddito per situazioni di non lavoro dovute all'emergenza epidemiologica*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza*, cit., 45 ss.; D. GAROFALO, *La disoccupazione da pandemia: come passare dall'assistenzialismo di Stato ad una nuova politica per l'occupazione*, in D. GAROFALO (a cura di), *Covid-19 e sostegno al reddito*, Modena, 2020, 1 ss.; A. PERULLI, *Covid-19*, cit., 460 ss.; e cfr., anche, la *Proposta di riforma degli ammortizzatori sociali* del Centro studi e ricerche dell'Ordine dei consulenti del lavoro di Milano del 23 dicembre 2020.

²⁰⁷ Cfr. A. PERULLI, *Professioni, basso profilo sulla Cig*, *il Sole 24 ore*, 29 dicembre 2020, 23.

²⁰⁸ Cfr. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, 10° ed., Milano, 2018, 92; M. MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, *DRI*, 2017, 7 ss.; G. FERRARO, *Teorie e cronache del diritto sindacale e autorità del punto di vista giuridico*, *ADL*, 2016, 39.; U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (Perché il presente obbliga a fare i conti con il passato)*, *LD*, 2013, 3 ss.

²⁰⁹ Cfr. A. RANFAGNI – I. PETRONE, *Derogare si può: principi costituzionali e fonti internazionali alla prova del contratto di prossimità*, *Diritti&LavoroFlash*, 2019, n. 6, 8 ss.; App. Firenze 20 novembre 2017, *RIDL*, 2017, II, 979 ss.; T. Firenze 4 giugno 2019, n. 529, *DRI*, 1221.

particolare, quanto all'adeguamento delle misure di sicurezza al peculiare contesto della pandemia.

Non è da trascurare l'ampia «finestra di opportunità» che si apre con la rinnovata sensibilità sociale dell'Unione europea di cui un chiaro segnale proviene dalla proposta della Commissione di una direttiva sul salario minimo²¹⁰ e, in particolare, dal piano europeo di rilancio (*Next Generation EU, Recovery Fund*) per finanziare la ripresa di tutti i paesi colpiti dalla crisi economica, scaturita dalla pandemia da Covid-19²¹¹. Si tratta di segnali importanti verso l'abbandono delle dannose politiche dell'*austerità*, ma ciò ovviamente non è sufficiente. Ciò perché è necessario il consolidamento definitivo di scelte siffatte, vale a dire un vero cambio di passo nella costruzione europea. E questo richiede anche una radicale modifica della *governance* europea, e quindi del suo assetto istituzionale e dei suoi meccanismi decisionali²¹².

Per quanto concerne l'Italia è indispensabile che le risorse europee, in linea con le indicazioni comunitarie, siano destinate a concreti programmi nazionali (*Recovery Plan*) per la ripresa economica, l'arricchimento delle dotazioni infrastrutturali materiali e immateriali, la sostenibilità ambientale e la tenuta della coesione sociale²¹³. Nel fare ciò un indiscutibile valore aggiunto sarà fornito dal maggiore coinvolgimento possibile delle parti sociali (e cioè dalla rivitalizzazione del valore della concertazione), il cui apporto, come dimostra la storia recente e no, è sempre stato responsabile e fruttuoso per il successo delle grandi scelte di politica economica d'interesse generale²¹⁴.

I persistenti fallimenti delle molteplici riforme della pubblica amministrazione, avviate senza interruzione a partire dagli anni novanta del secolo scorso, dimostrano l'insufficienza di un approccio meramente regolatorio e autoritario, e quindi la necessità che il riformatore adotti un atteggiamento dinamico basato su negoziazioni e su sperimentazioni continue per diffondere, in ogni ambito, la piena condivisione dello spirito stesso dell'esigenza della riforma e del cambiamento. E cioè, per legare e coinvolgere tutti gli interessati lungo il difficile percorso della realizzazione di obiettivi comuni. Ciò richiede un potere politico preparato e paziente, che sappia progettare il futuro e pensare al bene delle generazioni che verranno. Un potere politico che pratichi effettivamente la via della cosiddetta «democrazia negoziale»²¹⁵, caratterizzata da diffuse pratiche di concertazione, in cui le spinte anarchiche del capitale trovino adeguate barriere e discipline, in cui gli interessi deboli abbiano sufficiente rappresentanza e in cui il contrasto delle disuguaglianze rappresenti la stella polare dell'azione pubblica.

D'altra parte, la ricerca più attenta ha messo in luce che «i problemi che ostacolano la

²¹⁰ Cfr. A. LO FARO, *Al andar se hace camino: la proposta di direttiva sul salario minimo tra ottimismo della volontà e...*, *Menabò di Etica ed Economia*, 14 gennaio 2021, www.eticaeconomia.it.

²¹¹ Cfr. A. RICCOBONO, *Un «salto di specie» per l'UE? La solidarietà europea alla prova della crisi pandemica*, in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza*, cit., 181 ss.; F. SARACENO, *L'economia europea tra lockdown e fondo per la ripresa*, *il Mulino*, 2020, n. 3, 422 ss.

²¹² Cfr. T. TREU, *Diritto e politiche*, cit., 250 ss.; G. VIESTI, *Il futuro delle regole fiscali europee e la «solitudine» dei riformisti*, *Menabò di Etica ed Economia*, 14 gennaio 2021, www.eticaeconomia.it; F. SARACENO, *La crisi e l'Europa. Un'opportunità per uscire dall'impasse?*, ivi, 30 settembre 2020.

²¹³ Cfr. G. VIESTI, *Un nuovo*, cit., 393 ss.

²¹⁴ Cfr. G. GIUGNI, *La lunga marcia della concertazione*, Bologna, 2003, 39 ss.

²¹⁵ Cfr. C. TRIGILIA, *Quale democrazia*, cit., 196 ss.

riproduzione e l'estensione di uno sviluppo inclusivo» - e cioè una crescita affiancata da una diminuzione delle diseguaglianze sociali²¹⁶ - «sono più di natura politica che economica»: vale a dire «chiamano maggiormente in causa le capacità dell'assetto politico-istituzionale di trovare e mobilitare il consenso per operare delle scelte regolative a sostegno di uno sviluppo inclusivo»²¹⁷.

Allora, se «l'ideale è costruire un mondo in cui lo sviluppo civile e sociale non sia il sottoprodotto dello sviluppo economico ma un obiettivo coscientemente perseguito»²¹⁸, è assolutamente urgente un cambio di passo. In altri termini, come ebbe a scrivere John Maynard Keynes, in una famosa lettera al Presidente Roosevelt, è necessario «saltare il crepaccio prima che faccia buio».

²¹⁶ Cfr. P. GUERRIERI, *Per una crescita inclusiva: analisi e proposte*, in C. DELL'ARINGA – P. GUERRIERI (a cura di), *Inclusione, produttività, crescita*, Bologna, 2019, 9 ss.; M. MAZZUCATO, *Costruire lo Stato innovatore: un nuovo quadro per la previsione e la valutazione di politiche economiche che creano (e non solo aggiustano) il mercato*, *Economia & Lavoro*, 2014, n. 3, 7 ss.

²¹⁷ Cfr. C. TRIGILIA, *Introduzione*, cit., 56.

²¹⁸ F. CAFFE', *Intervista*, in G. AMARI (a cura di), *Federico Caffè. La dignità del lavoro*, Roma, 2014, 37.

**Condizionalità ed ipotesi di esclusione (dalla seconda proroga)
del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19:
molto rumore per (quasi) nulla (note minime)***

Michele De Luca

1. Condizionalità ed ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: definizione ed impostazione del tema d'indagine.	52
2. Condizionalità del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid 19: integrazioni salariali con causale Covid-19 ovvero esonero dal versamento dei contributi.	57
3. Ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: cessazione definitiva dell'attività e fallimento del datore di lavoro.	59
4. Segue: dimissioni incentivate da accordo sindacale aziendale	61
5. Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: ipotesi di salvezza nel cambio appalto.	65
6. Brevi notazioni conclusive.	66

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 434/2021

1. Condizionalità ed ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: definizione ed impostazione del tema d'indagine.

1.1. Nasce senza *condizionalità* e senza limiti²¹⁹. E tale rimane dopo la prima *proroga*²²⁰.

Solo a far tempo dalla seconda *proroga*, infatti, il *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid* – 19 risulta esplicitamente subordinato a *condizionalità* e, contestualmente, limitato da *ipotesi di esclusione*.²²¹

1.2. Ne risulta, infatti, prevista (dall'articolo 14, in relazione agli articoli 1 e 3, del decreto legge agosto, come convertito dalla legge n. 126 del 13 ottobre 2020, cit., appunto) la *proroga* ulteriore del *blocco* al termine *finale* del 31 dicembre 2020.

La subordina, tuttavia, a *condizionalità*, quali appunto:

- *fruizione integrale dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19* ovvero, in alternativa, *esonero dal versamento dei contributi previdenziali*:

²¹⁹ Vedi Articolo 46, intitolato *Disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*, del decreto legge *cura Italia* 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, che si limita a fissare in sessanta giorni – a decorrere dalla data di entrata in vigore (17 marzo 2020) del decreto legge *cura Italia* – il periodo del *blocco dei licenziamenti*, che si articola nel divieto temporaneo dell'intimazione e nella sospensione di procedure ad essa preliminari (su questo ultimo punto, vedi: M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro (VTDL)*, 2020, n. 4, spec. paragrafo 6.

²²⁰ Vedi articolo 80 del decreto legge *rilancio Italia* 19 maggio 2020, n. 34, come convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, che parimenti si limita ad elevare – a cinque mesi – lo stesso periodo del *blocco dei licenziamenti*.

²²¹ Vedi articolo 14 (intitolato *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*) – in relazione agli articoli 1 e 3 (intitolati *Nuovi trattamenti di cassa integrazione ordinaria, assegno ordinario e cassa integrazione in deroga* e, rispettivamente, *Esonero dal versamento dei contributi previdenziali per aziende che non richiedono trattamenti di cassa integrazione*) – del decreto legge agosto 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, come convertito (legge n. 126 del 13 ottobre 2020, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, in vigore dal 14 ottobre 2020), che – lungi dal limitarsi a prorogare il periodo del divieto temporaneo dell'intimazione del licenziamento e della sospensione di procedure preliminari alla intimazione – sancisce testualmente:

“Art. 14 Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo

1. Ai datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19 di cui all'articolo 1 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto resta precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto.

2. Alle condizioni di cui al comma 1, resta, altresì, preclusa al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge. 3. Le preclusioni e le sospensioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, o nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo, a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22. Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso “.

- Contestualmente introduce, tuttavia, eccezioni e deroghe – anche per quanto riguarda il *termine del blocco* – parimenti correlate alla fruizione (anche pregressa) degli stessi trattamenti.

Con esse concorrono ipotesi di *esclusione del blocco*, quali:

- *licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione;*
- *fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa o ne sia disposta la cessazione;*
- *accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo.*²²²

Sono, comunque, *fatte salve* – dal blocco dei licenziamenti, appunto – *le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto.*²²³

²²² La lettura di questa *proroga del blocco* – che è stata proposta – pare sostanzialmente confermata dalla relazione al disegno di legge di conversione del *decreto legge agosto*, sub articolo 14 appunto (A.S.1925).

²²³ Sul punto, vedi, per tutti: M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro (VTDL)*, 2020, n. 4, spec. paragrafo 6, nota 31 ed, ivi, i riferimenti ulteriori; C. TUCCI, *Da oggi licenziamenti possibili in sei casi*, *Il sole* 24 ore, 18 agosto 2020; G. FALASCA, *Blocco licenziamenti fino a dicembre per chi non usa ammortizzatori Covid*, *ibidem*, 19 agosto 2020; ID., *Licenziamenti anche a settembre per chi ha fatto pochi giorni di cig*, *ibidem*, 15 agosto 2020; E. DE FUSCO, *Esonero sostitutivo della Cig calcolato sui contributi non versati dall'azienda*, *ibidem*, 20 agosto 2020; Tito Boeri, *Perché il divieto di licenziamento non è una buona idea (oltre che incostituzionale)*, *La Repubblica*, 4 agosto 2020; G. FALASCA, *Chiusura attività. Sì ai licenziamenti se l'impresa è messa in liquidazione*, *Sole* 24 ore., 4 settembre 2020; Matteo Verzaro, *La condizionalità del divieto di licenziamento nel Decreto Agosto*, in *Lavoro diritti Europa*; Arturo Maresca, *La flessibilità del divieto di licenziamento per Covid (Prime riflessioni sull'art. 14, D.L. n. 104/2020)*, in *Labor- Il lavoro nel diritto*; ID., *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art. 14, co. 3, D.L. n. 104/2020: l'alternativa realistica al divieto di licenziamento per Covid*, in *Lavoro diritti Europa*, n. 3/2020; Nota 713 del 16 settembre 2020, sul *decreto agosto*, dell'Ispektorato nazionale del lavoro (INL), spec Art.14-Licenziamenti collettivi e individuali per g.m.o.; Circolare dell'INPS numero 105 del 18 settembre 2020, avente ad oggetto *Articolo 3 del decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, recante "Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia"* (pubblicata nella G.U. n. 203 del 14-8-2020). *Esonero dal versamento dei contributi previdenziali per aziende che non richiedono trattamenti di cassaintegrazione*; F. Scarpelli, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel D.L. n.104/2020*, in *Labor* 2020; Roberto Cosio, *La proroga del blocco dei licenziamenti. La compatibilità con l'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, 2020.; Circolare INPS n. 115 del 30 settembre 2020, avente ad oggetto: *Decreto-legge 14 agosto 2020, n. 104, recante "Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia". Nuove norme in materia di trattamento ordinario di integrazione salariale (CIGO), assegno ordinario (ASO), cassa integrazione in deroga (CIGD), nonché cassa integrazione speciale operai agricoli (CISOA). Modifiche alle disposizioni in materia di accesso alla cassa integrazione dei lavoratori dipendenti iscritti al Fondo Pensione Sportivi Professionisti. Estensione del trattamento straordinario di integrazione salariale per crisi aziendale alle aziende operanti nel settore aereo, in possesso di particolari requisiti*; M. Floris, *Il blocco dei licenziamenti non vale per tutti in caso di cambio appalto*, in *Il sole* 24 ore, 5 ottobre 2020; D. COLOMBO, *Esodi incentivati entro il 31 dicembre solo con il via libera dei sindacati*, *id.*, 12 ottobre 2020.

Adde: M. T. Carinci, *Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost.*, in *DLRI*, 2020, p. 571; U. Gargiulo, V. Luciani, *Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti*, in *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, a cura di O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli, Ediesse, 2020, p. 205 ss.; A. LASSANDARI, A. PICCININI; *Un anno di blocco dei licenziamenti: con sussurra e griatra ferragosto e ognissanti*, in *Questione giustizia* 18 novembre 2929; A. PATTI, *Diritti de lavoratori nelle imprese in crisitra legislazione emergenziale del CCII*; M. FLORIS, *Il blocco de licenziamenti non vale per tutti in caso di cambio appalto*. *Il Sole* 24 ore 5 0ottobre 2020; ID., *Il passaggio di datore può far perdere anzianità e livello*, *ibidem*; R. COSIO, *Il blocco dei licenziamenti al tempo de Covid-19. Tra Carte e Corti*; G. VIDIRI, *La nuova storia del diritto del lavoro l'incostituzionalità del blocco dei licenziamenti*; G. Pogliotti, C. TUCCI, *Sop ai licenziamenti fino a marzo. Cassa Covid gratuita per le imprese*, *Sole* 24 ore 31 ottobre 2020; ID., *Cic, le aziende pagano già 4 miliardi*, *ibidem*; G. FALASCA, *Attività chiusa: stop al licenziamento per chi*

1.3. Da ultimo, il *blocco dei licenziamenti* è stato ulteriormente *prorogato* fino al 31 marzo 2021 – dalla *legge di bilancio 2021* (legge 30 dicembre 2020, n. 178, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, articolo 1, commi da 309 a 311)²²⁴ – nei termini testuali seguenti:

“309. Fino al 31 marzo 2021 resta precluso l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e restano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro di clausola del contratto di appalto.

310. Fino alla medesima data di cui al comma 309, resta, altresì, preclusa al datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo a sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e restano altresì sospese le procedure in corso di cui all'articolo 7 della medesima legge.

311. Le sospensioni e le preclusioni di cui ai commi 309 e 310 non si applicano nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni o attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, o nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo; a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22. Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso”.

1.4. All'evidenza, ne risulta sostanzialmente ribadito che il *blocco dei licenziamenti* – *prorogato*, contestualmente, al 31 marzo 2021 – non si applica nelle ipotesi già previste ed, in parte, esplicitamente ridefinite.

Resta la *condizionalità della “fruizione integrale dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19* ovvero, in alternativa, (dell') *esonero dal*

trasferisce un ramo di azienda, Sole 24 ore 28 dicembre 2020; ID., *Resta la soluzione di esiti incentivati con accordi aziendali*, ibidem; Messaggio INPS n. 4464 del 26 novembre 2020 – avente ad oggetto: *Articolo 14, comma 3, del decreto legge n. 104 del 2020 Risoluzione del rapporto di lavoro a seguito di accordo collettivo aziendale e accesso all'indennità NASPI* – laddove, tra l'altro si legge (ultimo periodo): *Infine si evidenzia che anche il personale dirigente, eventualmente aderente agli accordi in commento, ove ricorrano gli altri presupposti di legge, può accedere alla indennità di disoccupazione NASPI*; A. BOTTINI, *Naspi ai dirigenti senza effetto sui licenziamenti*, Il sole 24 ore 15 dicembre 2020.

²²⁴ Preceduto, tuttavia, e sostanzialmente anticipato – quanto al contenuto normativo – dal decreto legge *ristori* 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 176, *Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, articolo 12, commi 9-11.

versamento dei contributi previdenziali.

Integrazione salariale ed esonero contributivo risultano, infatti, esplicitamente prorogati al 31 marzo 2021 – come il *blocco dei licenziamenti* – dalla stessa *legge di bilancio 2021*, con disposizioni (articolo 1, commi 295-303, 305-308, 312-314) significativamente *contigue*, per così dire, alle disposizioni (commi 309-311 dello stesso articolo 1) che, per quanto si è detto, risultano dedicate al *blocco*.

Restano del pari, esplicitamente, *fatte salve* (comma 309) – dal *blocco dei licenziamenti*, appunto – *le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto*.²²⁵

1.5. *Condizionalità ed ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti*, all'evidenza, si applicano solo per l'avvenire (art. 11 preleggi), cioè dalla data (15 agosto 2020) di entrata in vigore del *decreto agosto*, che le introduce.

Ne prescindono, quindi, i licenziamenti precedenti alla stessa data, che restano soggetti alla diversa disciplina del *blocco* – senza *condizionalità*, appunto, e senza *ipotesi di esclusione* – allora vigente (come prevista dai decreti *cura Italia* e *rilancio Italia*).²²⁶

1.6. *Condizionalità ed ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti* non sembrano, tuttavia, una sorpresa né, tantomeno, una rivoluzione.

Prevedibili fin dalla origine, costituiscono, infatti, l'evoluzione coerente del *blocco*.

1.7. Intanto il *blocco dei licenziamenti* è stato posto in relazione – fin dalle origini, appunto – con le *integrazioni salariali*.

Il *blocco*, infatti, risulta *icasticamente* configurato come “*corrispettivo, sul piano sociale, degli aiuti*

²²⁵ Vedi riferimenti a nota 5, spec.: G. Pogliotti, C. TUCCI, *Sop ai licenziamenti fino a marzo. Cassa Covid gratuita per le imprese*, Sole 24 ore 31 ottobre 2020; ID., *Cic, le aziende pagano già 4 miliardi*, ibidem; G. FALASCA, *Attività chiusa: stop al licenziamento per chi trasferisce un ramo di azienda*, Sole 24 ore 28 dicembre 2020; ID., *Resta la soluzione di esiti incentivati con accordi aziendali*, ibidem; Messaggio INPS n. 4464 del 26 novembre 2020 – avente ad oggetto: *Articolo 14, comma 3, del decreto legge n. 104 del 2020 Risoluzione del rapporto di lavoro a seguito di accordo collettivo aziendale e accesso all'indennità NASPI* – laddove, tra l'altro si legge (ultimo periodo): *Infine si evidenzia che anche il personale dirigente, eventualmente aderente agli accordi in commento, ove ricorrano gli altri presupposti di legge, può accedere alla indennità di disoccupazione NASPI*; A. BOTTINI, *Naspi ai dirigenti senza effetto sui licenziamenti*, Il sole 24 ore 15 dicembre 2020.

Sulle integrazioni salariali con *causale Covid 19* nella *legge di bilancio 2021*, vedi: *messaggio* dell'INPS n. 406 del 29 gennaio 2021, avente ad oggetto *Legge 30 dicembre 2020, n. 178 (legge di bilancio 2021). Nuove disposizioni in materia di integrazioni salariali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Prime indicazioni operative per la trasmissione delle domande relative ai trattamenti di integrazione salariale (cassa integrazione ordinaria e in deroga, assegno ordinario e cassa integrazione speciale operai agricoli "CISOA")*; A. CANNIOTO, G. MACCARONE, *L'Inps apre lo sportello per le istanze cassa Covid 2021*, in Sole 24 ore del 30 gennaio 2021.

²²⁶ M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, cit., spec. paragrafo 6, nota 31.

*concessi alle imprese*²²⁷, a cominciare – appunto – dalle integrazioni salariali, quale alternativa alla retribuzione.

E le integrazioni salariali, addirittura, quale *condizione* di legittimità costituzionale del *blocco*.²²⁸

Coerente risulta, quindi, il rilievo che “(...) *la disciplina* (del *blocco*, appunto), *pur avendo effetti specifici di tutela della stabilità del rapporto, attinge al valore e alla dimensione giuridica della solidarietà, imponendo al datore di lavoro un comportamento socialmente responsabile (.....) che va oltre la dimensione individuale e che é bilanciato da una pluralità di interventi a suo favore: dunque un modulo di responsabilità sociale dell'impresa che si gioca tra vincoli, sostegno, condizionalità (.....)*”.²²⁹

La correlazione prospettata non implica, tuttavia, equivalenza quantitativa di integrazioni salariali ed altri *aiuti* alle imprese con il pregiudizio da queste subito in dipendenza del *blocco dei licenziamenti*.

Coerente risulta, pertanto, la configurazione – che ne risulta – delle integrazioni salariali, appunto, come *condizionalità* – a far tempo dalla seconda *proroga* – del *blocco* dei licenziamenti.

1.8. Analogamente, si è posto – fin dall'origine – il problema di compatibilità del *blocco dei licenziamenti* – che suppone, all'evidenza, una impresa in attività – con la cessazione dell'attività, appunto, e con il fallimento del datore di lavoro.

Coerente risulta, pertanto, la loro configurazione esplicita – corredata, tuttavia, da utili puntualizzazioni – come *ipotesi di esclusione* – a far tempo dalla seconda *proroga* – del *blocco* dei licenziamenti.

1.9. Gli esiti incentivati – con accordi sindacali aziendali stipulati, tuttavia, da *sindacati esterni* – non sembrano, all'evidenza, licenziamenti – per i lavoratori che aderiscano agli stessi accordi – ma dimissioni.²³⁰

La configurazione esplicita quale ipotesi di esclusione dal *blocco dei licenziamenti* – a far tempo, appunto, dalla seconda *proroga* dello stesso – sembrerebbe, quindi, affatto superflua.

²²⁷ Così, testualmente, Giulio Prosperetti (intervista a), *Lo stop ai licenziamenti legittimo se temporaneo*, sole 24 ore del 17 giugno 2020.

²²⁸ Vedi Riccardo Del Punta (intervista a), *Stop ai licenziamenti senza Cig è a rischio incostituzionalità*, in Sole 24 ore del 15 giugno 2020, che sembra trascurare gli *aiuti alle imprese* diversi dalle integrazioni salariali (contributi a fondo perduto, prestiti garantiti, benefici fiscali e contributivi).

Sulle integrazioni salariali al tempo del Covid-19, vedi per tutti:

DOMENICO MESITI, *La tutela previdenziale temporanea speciale dei lavoratori nell'emergenza Covid-19*, in A. PILEGGI (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, Edizioni LPO, 2020, 115 ss.;

GIOVANNI FIACCAVENTO, *Integrazioni salariali speciali: un primo tentativo di universalizzazione delle tutele*. *Ibidem*, 129 ss. CINZIA DE MARCO, *La cassa integrazione guadagni in deroga alla prova del Covid-19*, *ibidem*, 141 ss.; Riccardo Del Punta, *Note sugli ammortizzatori sociali ai tempi de Covid-19*, RIDL, 2020, I, 251.

²²⁹ Così, testualmente, Franco Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, II, 313 ss.

²³⁰ In tal senso, vedi G. FALASCA, *Resta la soluzione di esodi incentivati con accordi sindacali*, cit.

Il *principio di conservazione* – che, sebbene espressamente codificato (dall'art. 1367 c.c.) in materia contrattuale, deve ritenersi operante, in quanto espressione di un sovraordinato principio generale insito nel sistema, anche e soprattutto in tema di interpretazione della legge²³¹ – impone, tuttavia, di assegnare alla disposizione in esame (articolo 1, comma 311, legge 30 dicembre 2020, n. 178,) un *significato utile* (vedi *infra*).

1.10. Resta, infine, la *salvezza* – dal *blocco dei licenziamenti*, appunto – delle *ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto*.

Pare funzionale, tuttavia, al superamento di problematiche concernenti l'*obbligo di riassunzione* – a carico dell'impresa subentrante – del personale impiegato nell'appalto nel caso, appunto, di *cambio appalto* (vedi *infra*, § 5.2.).²³²

1.11. La ricostruzione di ciascuna delle *condizionalità* e delle ipotesi di *esclusione* – del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19* – risulta funzionale, poi, ad una *valutazione di sintesi*.

Notazioni conclusive recano – con la stessa *valutazione* – riflessioni *minime*, anche di prospettiva, ad essa relative.

2. Condizionalità del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid 19: integrazioni salariali con causale Covid-19 ovvero esonero dal versamento dei contributi.

2.1. Il *blocco dei licenziamenti* – che si articola nel divieto della intimazione, appunto, e nella sospensione di procedure ad essa preliminari²³³ – non si applica *“ai datori di lavoro che non abbiano integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19, di cui all'articolo 1, ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto (...)”*.

Lo stabilisce testualmente – a partire dalla seconda *proroga del blocco* – il *decreto agosto*.²³⁴

E lo ribadisce, da ultimo – come pure è stato anticipato (§ 1.4.) – la *legge di bilancio per il 2021*.²³⁵

Integrazioni salariali ed *esonero contributivo* risultano, infatti, esplicitamente prorogati al 31

²³¹ Vedi Cass., sez. un., 5 giugno 2014, n. 12644, in *Diritto & Giustizia* 2014, con nota di MARINO.

²³² Vedi, per tutti, M. Floris, *Il blocco dei licenziamenti non vale per tutti in caso di cambio appalto*, cit..

²³³ Vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite* (note minime), cit., spec. paragrafo 6

²³⁴ Vedi articolo 14 (intitolato *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*) – in relazione agli articoli 1 e 3 (intitolati *Nuovi trattamenti di cassa integrazione ordinaria, assegno ordinario e cassa integrazione in deroga* e, rispettivamente, *Esonero dal versamento dei contributi previdenziali per aziende che non richiedono trattamenti di cassa integrazione*) – del decreto legge agosto 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, come convertito (legge n. 126 del 13 ottobre 2020, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, in vigore dal 14 ottobre 2020)

²³⁵ Legge 30 dicembre 2020, n. 178, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, articolo 1, commi 295-303, 305-308, 312-314 in relazione ai commi da 309 a 311.

marzo 2021 – come il *blocco dei licenziamenti* – dalla stessa *legge di bilancio 2021*, con disposizioni (articolo 1, commi 295-303, 305-308, 312-314) significativamente *contigue*, per così dire, alle disposizioni (commi 309-311 dello stesso articolo 1) che, per quanto si è detto, risultano dedicate al *blocco*.

2.2. Intanto la *fruizione integrale* delle integrazioni salariali *con causale Covid-19* – che ne risulta contemplata – pare riferita al diritto alla loro *fruizione*, appunto, per l'intera *durata* che ne è prevista dalla legge.²³⁶

Mentre la *fruizione effettiva* integra l'esercizio dello stesso diritto e – se anteriore alla entrata in vigore della norma in esame (15 agosto 2020) – comporta la riduzione, appunto, del periodo residuo di *fruizione*.

Coerentemente, la mancata domanda delle integrazioni salariali – da parte di chi ne ha diritto alla fruizione, appunto – configura la fattispecie costitutiva del diritto – all'esonero contributivo²³⁷ – che la norma in esame contempla in alternativa.

L'esplicita imputazione, poi, dello stesso diritto – ai *datori di lavoro*, che vi possano accedere²³⁸ – sembra, all'evidenza, prescindere dalla inclusione dei dipendenti, investiti dal licenziamento vietato, nelle *categorie* che possano beneficiare delle stesse integrazioni salariali.²³⁹

2.3. Coerente risulta, quindi, la configurazione del diritto, appunto, alla *fruizione integrale* di integrazioni salariali *con causale Covid-19* – oppure, in alternativa, all'esonero contributivo – come *condizionalità del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*.

La configurazione prospettata, all'evidenza, non incide sul *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*, né sugli obblighi – che ne derivano per il datore di lavoro, gravato dal *blocco* – ma si limita a subordinarli, tuttavia, ad una *condizione casuale* e non *meramente potestativa*.²⁴⁰

E consente, peraltro, al datore di lavoro – gravato dal *blocco* – di porre in cassa integrazione i lavoratori che ne siano beneficiari, con gli oneri di favore per le imprese (quali: esonero dalla contribuzione addizionale ordinaria e finanziamento a carico dello stato entro i previsti limiti di spesa), che sono previsti, appunto, per le integrazioni salariali *con causale Covid-19*.²⁴¹

²³⁶ Vedi riferimenti alle due note precedenti.

²³⁷ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

²³⁸ Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

²³⁹ Rendendo priva di rilievo, ai fini che ci occupano, la questione se i dirigenti rientrino nel campo d'applicazione delle integrazioni salariali *con causale Covid 19*: spunti per una soluzione della questione da parte dell'INPS – in coerenza con (asserite) suggestioni del Ministero del lavoro – sembrano potersi ricavare, tuttavia, dal Messaggio dell'Istituto n. 4464 del 26 novembre 2020, avente ad oggetto *Articolo 14, comma 3, del decreto legge n. 104 del 2020 Risoluzione del rapporto di lavoro a seguito di accordo collettivo aziendale e accesso all'indennità NASPI*, cit. (vedi *infra*)

²⁴⁰ Vedi, per tutte, Cass. 4 aprile 2013, n. 8172; 8 settembre 2016, n. 17770. Ad entrambe si rinvia per riferimenti ulteriori di giurisprudenza.

²⁴¹ Vedi M. MARIUCCI, *Covid 19e ammortizzatori sociali per il territorio nazionale. Prime annotazioni*, in Giust. Civ. com. n. 4/2020.

2.4. Ne risulta, quindi, disattesa la tesi contraria, che sembra configurare la *fruizione effettiva* delle stesse integrazioni salariali, appunto, come alternativa al *blocco dei licenziamenti*.²⁴²

Con la conseguenza che resterebbe affidata al datore di lavoro la scelta – all'evidenza, insindacabile – tra il licenziamento – investito dal *blocco* – e la *fruizione effettiva* delle integrazioni salariali *con causale Covid-19*.

Ne risulterebbe, quindi, sostanzialmente cancellato – o, quantomeno, privato di efficacia vincolante – lo stesso *blocco dei licenziamenti*.

Infatti l'obbligo – che al datore di lavoro ne risulta imposto – all'evidenza, degraderebbe ad *obbligazione alternativa* (di cui all'articolo 1285 c.c.), che *postula l'originario concorso di due o più prestazioni, dedotte in modo disgiuntivo e poste su un piano di parità, con scelta rimessa alla volontà di una delle parti (plures res in obligatione, una autem in solutione)*.²⁴³

E lascerebbe, quindi, al datore di lavoro, appunto, la *facoltà di optare* – per la *non fruizione effettiva* delle integrazioni salariali – in alternativa e, quindi, in funzione elusiva degli obblighi che gli derivano dal *blocco dei licenziamenti*.²⁴⁴

Ne risulterebbe, così, all'evidenza disattesa – con la disciplina della materia, come sopra interpretata – anche la *ratio* del *blocco* di porre a carico del datore, appunto, l'onere di garantire la *conservazione del posto di lavoro*.²⁴⁵

3. Ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: cessazione definitiva dell'attività e fallimento del datore di lavoro.

3.1. Il *blocco dei licenziamenti* – che si articola nel divieto della intimazione, appunto, e nella sospensione di procedure ad essa preliminari²⁴⁶ – non si applica:

- “nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile”;

- ai “licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto

²⁴² In tal senso pare da ultimo, A. PATTI, *Diritti de lavoratori nelle imprese in crisi tra legislazione emergenziale del CCII*, cit., spec. § 2; Nello stesso pare, tuttavia, A. Maresca, *La flessibilità del divieto di licenziamento per Covid (Prime riflessioni sull'art. 14, D.L. n. 104/2020)*, cit..

²⁴³ Vedi Cass. 20 marzo 2018, n. 6984; 2 dicembre 2013, n. 26988; 4 maggio 2012, n. 6772; 23 agosto 2011, n. 17512; 23 luglio 2009, n. 17346; sez. un., 7 novembre 1978, n. 505.

²⁴⁴ Il divieto della intimazione del licenziamento si coniuga, per quanto si è detto, con la sospensione di procedure ad essa preliminari: vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, cit., spec. § 6.

²⁴⁵ Vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, cit., spec. § 3.

²⁴⁶ Vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, cit., spec. paragrafo 6

per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso”.

Lo stabilisce testualmente – a partire dalla seconda proroga del blocco – il decreto agosto.²⁴⁷

E lo ribadisce, da ultimo – come pure è stato anticipato (§ 1.4.) – la legge di bilancio per il 2021.²⁴⁸

3.2. A far tempo dalla seconda proroga – come è stato anticipato – il legislatore prende atto – e porta a conseguenza – la problematica compatibilità – emersa fin dall'origine – del blocco dei licenziamenti, appunto, con la cessazione dell'attività e fallimento del datore di lavoro.

Circonda, tuttavia, la presa d'atto di opportune cautele – nella definizione, appunto, delle stesse ipotesi di esclusione del blocco – per garantirne, sostanzialmente, la efficacia vincolante ed ostacolare ogni elusione.

In tale prospettiva, le ipotesi di esclusione in esame – come risulta dalle definizioni rispettive – non si esauriscono nella cessazione dell'attività e nel fallimento del datore di lavoro.²⁴⁹

3.3. Intanto la cessazione dell'attività del datore di lavoro – anche non imprenditoriale, nonostante il riferimento testuale alla impresa, in quanto tale limitazione pare priva di qualsiasi giustificazione – deve essere integrale e definitiva.

Dalla cessazione ne risulta, quindi, investita – integralmente, quanto definitivamente – l'attività datoriale nella sua obiettività.

Pertanto il trasferimento d'azienda o di un ramo di essa – che ne comporta soltanto la sostituzione del titolare – viene coerentemente escluso in forma esplicita.

Mentre l'esercizio provvisorio dell'attività datoriale risulta palesemente incompatibile con la sua cessazione definitiva.

La cessazione deve conseguire, poi, alla liquidazione del datore di lavoro, contribuendo la forma, che ne risulta prescritta, ad ostacolare ogni elusione del blocco dei licenziamenti.

Resta, tuttavia, la prospettata incompatibilità – con la cessazione definitiva – dell'esercizio provvisorio dell'attività datoriale.

Né rileva, in contrario, la circostanza che l'esercizio provvisorio sia previsto espressamente

²⁴⁷ Vedi articolo 14 (intitolato *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*), comma 2, del decreto legge agosto 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, come convertito (legge n. 126 del 13 ottobre 2020, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, in vigore dal 14 ottobre 2020)

²⁴⁸ Vedi Legge 30 dicembre 2020, n. 178, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, articolo 1, comma 311.

²⁴⁹ Di tali definizioni si duole – con riferimento al decreto ristori che, tuttavia, anticipa la legge di bilancio per il 2021 – A. ABBATE, *La conversione in legge del decreto Ristori: un'altra occasione sprecata per chiarire le eccezioni al divieto di licenziamento*, in Bollettino ADAPT 11 gennaio 2021, n.1.

(dall'articolo 2487, comma1, lettera c, c.c.) per la *liquidazione*, appunto, delle società per azioni.²⁵⁰

Non sembrano integrare, comunque, *esercizio provvisorio* le attività finalizzate, esclusivamente, alla cessazione e liquidazione dell'attività datoriale.²⁵¹

3.4. Il *blocco dei licenziamenti* – come è stato anticipato – non si applica neanche *in caso di fallimento*, entro i limiti stabiliti contestualmente.

Il fallimento – non già qualsiasi procedura concorsuale – e *l'esercizio provvisorio – non previsto oppure cessato* – concorrono, infatti, a delimitare il campo d'applicazione di questa *ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti*.²⁵²

Ancora una volta, il legislatore ne circonda la definizione di opportune cautele, per garantire la efficacia vincolante del *blocco* ed ostacolarne ogni elusione.

Intanto la *specificità* del fallimento – nell'ambito delle procedure concorsuali – pare alla radice della tassativa previsione del legislatore, insuscettibile di applicazione estensiva.

Parimenti tassativo sembra, altresì, il rilievo assegnato all'*esercizio provvisorio – non previsto oppure cessato* – al fine di delimitare, per quanto si è detto, il campo d'applicazione di questa *ipotesi di esclusione del blocco dei licenziamenti*.

Ne risulta palesemente ridimensionata o, comunque, derogata – agli stessi fini, beninteso, e negli stessi limiti – la *recedibilità* del fallimento dai *rapporti pendenti* (anche) di lavoro (ai sensi dell'articolo 72 della legge fallimentare).

Questa, infatti, prescinde dall'*esercizio provvisorio*.

La *conservazione del posto li lavoro* – che costituisce, per quanto si è detto, la *ratio* del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19* – all'evidenza, prevale sulla *ratio* della prospettata *recedibilità* del fallimento.

4. Segue: dimissioni incentivate da accordo sindacale aziendale

4.1. Il *blocco dei licenziamenti* – che si articola nel divieto della intimazione, appunto, e nella sospensione di procedure ad essa preliminari²⁵³ – non si applica “*nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo, a detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui*

²⁵⁰ In senso contrario pare, anche sul punto, A. ABBATE, *La conversione in legge del decreto Ristori: un'altra occasione sprecata per chiarire le eccezioni al divieto di licenziamento*, cit.

²⁵¹ Vedi D. CECCATO, S. CARRA', *Licenziamenti, liquidazione e prosecuzione parziale dell'attività*, in GLav., 2020, n.38, 37 ss.

²⁵² Critica la mancata inclusione di altre procedure concorsuali (quali *concordato preventivo liquidatorio ed amministrazione straordinaria*) – sebbene possa, parimenti, non essere previsto oppure cessare *l'esercizio provvisorio* – A. ABBATE, *La conversione in legge del decreto Ristori: un'altra occasione sprecata per chiarire le eccezioni al divieto di licenziamento*, cit.

²⁵³ Vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite* (note minime), cit., spec. paragrafo 6.

all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22."

Lo stabilisce testualmente – a partire dalla seconda *proroga del blocco* – il *decreto agosto*.²⁵⁴

E lo ribadisce sostanzialmente – come pure è stato anticipato (§ 1.4.) – dalla *legge di bilancio per il 2021*.²⁵⁵

4.2. Gli esiti incentivati – con accordi sindacali aziendali stipulati, tuttavia, da *sindacati esterni* – non sembrano, all'evidenza, licenziamenti – per i lavoratori che aderiscano agli stessi accordi – ma dimissioni.²⁵⁶

La configurazione esplicita quale ipotesi di esclusione dal *blocco dei licenziamenti* – come pure è stato anticipato (§ 1.9.) – sembrerebbe, quindi, affatto superflua.

Il *principio di conservazione* – che, sebbene espressamente codificato (dall'art. 1367 c.c.) in materia contrattuale, deve ritenersi operante, in quanto espressione di un sovraordinato principio generale insito nel sistema, anche e soprattutto in tema di interpretazione della legge²⁵⁷ – impone tuttavia, per quanto si è detto (§ 1.9.), di assegnare alla disposizione in esame (articolo 1, comma 311, legge 30 dicembre 2020, n. 178,) un *significato utile*.

4.3. Invero, *“dopo l'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo, che si distingue radicalmente dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa (più di quindici dipendenti), al numero dei licenziamenti (almeno cinque), e all'arco temporale (120 giorni) entro cui sono effettuati i licenziamenti ed essendo strettamente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento della struttura aziendale”*.²⁵⁸

Pertanto – dopo la legge n. 223 del 1991 – *“la nozione di licenziamento collettivo discende necessariamente dalla ricorrenza degli elementi indicati dall'art. 24 della legge citata, la cui sussistenza esclude la possibilità di una diversa qualificazione del recesso”*.²⁵⁹

Tuttavia occorre assimilare ai licenziamenti altre forme di cessazione del rapporto di lavoro – che parimenti dipendano da iniziativa del datore di lavoro e risultino motivate da *ragioni non inerenti*

²⁵⁴ Vedi articolo 14 (intitolato *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*), comma 2, del decreto legge agosto 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, come convertito (legge n. 126 del 13 ottobre 2020, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, in vigore dal 14 ottobre 2020).

²⁵⁵ Vedi Legge 30 dicembre 2020, n. 178, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, articolo 1, comma 311.

²⁵⁶ In tal senso, vedi G. FALASCA, *Resta la soluzione di esodi incentivati con accordi sindacali*, cit.

²⁵⁷ Vedi Cass., sez. un., 5 giugno 2014, n. 12644, cit.

²⁵⁸ Così, testualmente Cass. n14638 del 2006.

²⁵⁹ Così, testualmente, Cass. 27/05/1997, n. 4685.

alla persona del lavoratore²⁶⁰ – quale, a mero titolo di esempio, la cessazione del rapporto di lavoro, appunto, in dipendenza del rifiuto, da parte del lavoratore, della modifica di condizioni di lavoro, unilateralmente disposta – a *suo sfavore* – dal datore di lavoro.²⁶¹

Parimenti sembra potersi assimilare al licenziamento la cessazione del rapporto di lavoro in dipendenza della accettazione, da parte del lavoratore, della proposta – in ipotesi di dimissioni incentivate – unilateralmente disposta dal datore di lavoro.

Coerentemente, tali dimissioni – unilateralmente incentivate, appunto, dal datore di lavoro – non potrebbero non essere soggette al *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*.

Di conseguenza, le analoghe dimissioni incentivate – con accordi sindacali aziendali stipulati, tuttavia, da *sindacati esterni* – potrebbero, quantomeno, fare sorgere il dubbio circa la soggezione al *blocco dei licenziamenti*.

La loro configurazione – quale *ipotesi di esclusione*, appunto, dello stesso *blocco* – risulta funzionale alla rimozione del dubbio prospettato.

Sembra rappresentare, dunque, il *significato utile*, che – in base al *principio di conservazione* – potrebbe essere attribuito – (anche) a prescindere dalla *intenzione del legislatore* – ad una disposizione *affatto superflua*, per quanto si è detto.

4.4. Resta, infine, la incentivazione ulteriore – alle dimissioni incentivate con accordi sindacali aziendali, appunto, stipulati da *sindacati esterni* – dell'ammissione al trattamento NASPI (di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22) dei lavoratori – che aderiscano all'accordo – in difetto, all'evidenza, dello *stato di disoccupazione involontaria* richiesta per l'accesso a tale trattamento.²⁶²

L'ambito soggettivo di applicazione di tale incentivo ulteriore – alle dimissioni incentivate con accordi sindacali aziendali, appunto – forma oggetto di *messaggio* dell'INPS, in dichiarata coerenza con suggestioni del ministero del lavoro e delle politiche sociali.²⁶³

Le conclusioni – alle quali il *messaggio* perviene – offrono spunti per la soluzione di questioni che

²⁶⁰ Vedi, sul tema affrontato nel paragrafo, M. DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)*, in *Labor*, 2020, 149 e 267, spec. § 4.3.

²⁶¹ Vedi, sul punto, Cass.23 giugno 2006, n. 14638.

²⁶² Ne rappresenta, tuttavia, una ulteriore ipotesi – di accesso al NASPI, appunto, in difetto dello *stato di disoccupazione involontaria* – dopo quelle già previste: ipotesi legislativamente previste (quali: ipotesi di dimissioni per giusta causa e di risoluzione consensuale intervenuta nell'ambito della procedura di conciliazione di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dall'articolo 1, comma 40, della legge 28 giugno 2012, n. 92) si coniugano, infatti, con altre introdotte dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, tra l'altro, con l'interpello n. 13 del 2015 e pareri (quali: l'ipotesi di licenziamento con accettazione dell'offerta di conciliazione di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23; ipotesi di dimissioni per giusta causa a seguito del trasferimento del lavoratore ad altra sede della stessa azienda, non sorretto da comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, indipendentemente dalla distanza tra la residenza del lavoratore e la nuova sede di lavoro; ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro per risoluzione consensuale in seguito al rifiuto da parte del lavoratore al proprio trasferimento ad altra sede della stessa azienda distante oltre 50 chilometri dalla residenza del lavoratore ovvero mediamente raggiungibile in 80 minuti o oltre con i mezzi di trasporto pubblico).

²⁶³ Messaggio dell'INPS n. 2261 del 1° giugno 2020, avente ad oggetto: *“Articolo 46 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo. Tutela NASPI”*.

ne eccedono lo specifico oggetto e sembrano riguardare, addirittura, il campo d'applicazione del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*.

4.5. Nel *messaggio* si legge, infatti, testualmente:

“(...) In ordine all’ambito di applicazione dell’articolo 14, comma 3, del decreto-legge n. 104 del 2020, il Ministero del Lavoro e delle politiche sociali ha chiarito che la disposizione da ultimo citata ha carattere generale e si applica in tutti i casi di sottoscrizione degli accordi stipulati che riguardino o meno aziende che possano accedere ancora ai trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

In ragione di quanto sopra, stante la portata della disposizione di cui all’articolo 14, comma 3, del decreto-legge n. 104 del 2020, l’accesso alla prestazione NASpl per i lavoratori che aderiscono agli accordi in argomento è ammessa fino al termine della vigenza delle disposizioni che impongono il divieto dei licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo.

(...). Infine, si evidenzia che anche il personale dirigente, eventualmente aderente agli accordi in commento, ove ricorrano gli altri presupposti di legge, può accedere all’indennità di disoccupazione NASpl”.

4.6. Ne risulta – con il *carattere generale* della disposizione presa in esame – la sua applicazione – *in tutti i casi di sottoscrizione degli accordi*, incentivanti l'esodo – a prescindere dalla possibilità dei datori di lavoro, che li sottoscrivano, di accedere ai *trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.²⁶⁴

Coerente la conclusione finale che – proprio in base al *carattere generale* della disposizione presa in esame ed a prescindere dalla possibilità di beneficiare delle stesse integrazioni salariali – *anche il personale dirigente, eventualmente aderente agli accordi in commento, ove ricorrano gli altri presupposti di legge, può accedere all’indennità di disoccupazione NASPI*.

4.7. Resta da domandarsi, quindi, se l'inclusione dei dirigenti – tra i beneficiari dell'ammissione alla NASPI, in dipendenza della loro adesione ad accordi aziendali incentivanti l'esodo – supponga la soggezione del loro licenziamento, anche individuale, al *blocco al tempo del Covid-19*.

La risposta positiva pare imposta dalla circostanza che l'adesione ad accordi aziendali incentivanti l'esodo – sulla quale si fonda, appunto, l'ammissione (anche) dei dirigenti alla NASPI – integra, per quanto si è detto, una delle *ipotesi di esclusione* del *blocco dei licenziamenti*.

Non potrebbe, infatti, esserne *escluso* il licenziamento – dei dirigenti, appunto – se non fosse soggetto al blocco.

²⁶⁴ Analogamente prescindibile sembra l'inclusione dei lavoratori che aderiscano all'accordo incentivante l'esodo – in dipendenza della categoria di appartenenza (in ipotesi, dirigenziale) – tra i beneficiari delle stesse integrazioni salariali-

Palese il sostegno, che ne deriva, per la tesi che perviene alla stessa conclusione²⁶⁵ – sulla base della disciplina del *blocco* – mentre risulta, invece, disattesa la tesi di segno contrario.²⁶⁶

Resta, comunque, il problema della *efficacia vincolante* del *messaggio* in esame dell'INPS.

4.8. Invero le prassi amministrative – di cui sono espressione, tra l'altro, le circolari, i messaggi ed altre risoluzioni della pubblica amministrazione – non sono fonti del diritto e, come tali, non possono derogare ad esse, né vincolarne l'interpretazione, ma solo contribuire ad orientarne l'esegesi, nei limiti consentiti dal dettato normativo, influenzando così anche sulla formazione del *diritto vivente*.²⁶⁷

Della prospettata *efficacia* non può prescindere, tuttavia, chi intenda discostarsi dalle conclusioni – che possono ricavarsi, per quanto si è detto (§ 4.8.), dal *messaggio dell'INPS* in esame – riproponendo la tesi che esclude il licenziamento economico individuale dei dirigenti dal campo d'applicazione del *blocco*.²⁶⁸

5. Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: ipotesi di *salvezza nel cambio appalto*.

5.1. Resta, infine, la *salvezza* – dal *blocco dei licenziamenti*, appunto – delle *ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto*.

Lo stabilisce testualmente – a partire dalla seconda *proroga del blocco* – il *decreto agosto*.²⁶⁹

E lo ribadisce, da ultimo, la *legge di bilancio per il 2021*.²⁷⁰

Pare funzionale – come pure è già stato anticipato (§ 1.4.) – al superamento di problematiche concernenti l'*obbligo di riassunzione* – a carico dell'impresa subentrante – nel caso di *cambio*

²⁶⁵ Per la tesi della soggezione al *blocco* del licenziamento dei dirigenti, vedi: M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro (VTDL)*, 2020, n. 4, spec. paragrafo 7, secondo cui la identificazione del licenziamento *economico* individuale dei dirigenti – tra quelli *inclusi* nel *blocco* – riposa, essenzialmente (ma non esclusivamente), sulla *definizione (nominatim e mediante rinvio alla definizione legale)* dei licenziamenti *inclusi*, appunto, e sulla irrilevanza, a tale fine, della inapplicabilità – ai licenziamenti individuali dei dirigenti, appunto – della *disciplina limitativa* (legge 604/66 cit., spec. art. 10); F. Scarpelli, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, RIDL, 2020, I, 313, spec. 520-521.

²⁶⁶ Per la tesi che nega la soggezione al *blocco* del licenziamento dei dirigenti, vedi Franco Toffoletto, *Il divieto di recesso non vale per i dirigenti*, Sole 24 ore 24 giugno 2020, in base al rilievo che l'articolo 3 della legge 604/1966 “*non si applica, appunto, ai dirigenti, come dispone l'articolo 10 della legge del 1966, confermato nella sua validità dalla sentenza della Corte costituzionale 121 del 1972, in considerazione del fatto che “la categoria dei dirigenti presenta peculiari caratteristiche che sono oggetto di una disciplina particolare”*”.

²⁶⁷ Sul punto, vedi Cass. 3 gennaio 2020, n. 32; 24 novembre 2015, n. 23960; 25 maggio 2015, n. 10739; sez. un. civ. 2 novembre 2007, n. 23031).

²⁶⁸ In tal senso, vedi A. BOTTINI, *Naspi ai dirigenti senza effetto sui licenziamenti*, Sole 24 ore 15 dicembre 2020.

²⁶⁹ Vedi articolo 14 (intitolato *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo*), comma 2, del decreto legge agosto 14 agosto 2020, n. 104, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, come convertito (legge n. 126 del 13 ottobre 2020, *Misure urgenti per il sostegno e il rilancio dell'economia*, in vigore dal 14 ottobre 2020)

²⁷⁰ Vedi Legge 30 dicembre 2020, n. 178, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023*, articolo 1, comma 309.

appalto.²⁷¹

5.2. In principio è la *ratio* – del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19* – di garantire la conservazione del posto di lavoro.²⁷²

In tale prospettiva, l'appaltatore uscente può licenziare – nel caso di *cambio appalto* – solo i lavoratori poi riassunti dall'appaltatore subentrante.

Al di fuori della ipotesi in cui ne risulti un *trasferimento d'azienda* (ai sensi dell'articolo 2112 c.c.) – e la prosecuzione, che ne consegue, dei rapporti di lavoro dall'appaltatore uscente a quello subentrante – non esiste un obbligo generale di quest'ultimo alla riassunzione del personale impiegato nell'appalto.

Questo obbligo può essere imposto, tuttavia, da *clausole sociali* contenute nel bando di gara, nel contratto d'appalto oppure – entro i loro limiti soggettivi di *efficacia* – nei contratti collettivi.

La prevista salvezza dal *blocco*, nel caso di *cambio appalto*, del *recesso* dell'appaltatore uscente – che riguardi personale *già impiegato nell'appalto* – opera, quindi, soltanto se lo stesso personale sia riassunto dall'appaltatore subentrante in forza di *clausola sociale (di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto)*.

Pertanto risulta, all'evidenza, funzionale alla garanzia della conservazione del posto di lavoro – nel caso di *cambio appalto* – escludendo dal *blocco* il *recesso* dell'appaltatore uscente – dai rapporti di lavoro con il personale impiegato nell'appalto – solo quando una *clausola sociale* ne imponga la riassunzione all'appaltatore subentrante.

6. Brevi notazioni conclusive.

6.1. Agevoli risultano, a questo punto, brevi notazioni conclusive.

Intanto erano prevedibili fin dall'origine, per quanto si è detto, le *condizionalità* e le ipotesi di *esclusione* – introdotte solo a far tempo dalla seconda *proroga* – del *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*.

Lungi dall'immutare il *blocco* – nella sostanza e nella efficacia vincolante – ne stabiliscono la evoluzione virtuosa, diffusamente auspicata, dalla *rigidità* originaria alla *flessibilità*.

Palese risulta, poi, il contributo, che ne risulta, alla *ottimizzazione*, per così dire, del *bilanciamento* – tra libertà di iniziativa economica privata e sacrifici imposti dal *blocco* – che prescinde, tuttavia, dalla loro equivalenza quantitativa.

Tanto più la conclusione ora proposta si impone ove si consideri che, alla equivalenza quantitativa prospettata, sembrano d'ostacolo – con la grave crisi economica e finanziaria, in dipendenza della pandemia – principi fondamentali della nostra costituzione e del diritto dell'Unione europea.

²⁷¹ Vedi, per tutti, M. Floris, *Il blocco dei licenziamenti non vale per tutti in caso di cambio appalto*, cit..

²⁷² Vedi M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, cit., spec. paragrafo 4.

Intanto il *pareggio di bilancio* (art. 81 cost., come *sostituito* dall'art. 1 l. cost. 20 aprile 2012, n. 1) ne ha reso necessari ripetuti *scostamenti* al tempo del Covid-19 (cinque nel 2020 ed uno nel 2021).²⁷³

E si coniuga con il *divieto di aiuti di stato alle imprese*, imposto dal diritto dell'Unione europea ed opportunamente attenuato *nell'attuale emergenza del COVID-19*.²⁷⁴

6.2. In prospettiva, poi, l'auspicata ripresa economica – al termine della pandemia – potrebbe ricevere sostegno e promozione – anche in materia di lavoro – dal c.d. *recovery plan Italia*.²⁷⁵

Mentre il rischio di *licenziamenti di massa* al termine del *blocco*²⁷⁶ – diffusamente paventato – potrebbe ricevere soccorso, tra l'altro, anche dai *contratti di espansione*.²⁷⁷

Sono soltanto alcuni dei tanti problemi, che sono emersi, e delle ipotesi di soluzione, che sono state prospettate.

Concorrono a testimoniare, tuttavia, lo *stato di emergenza o di eccezione* – indotto dalla pandemia – nel quale si iscrive – e, coerentemente, deve essere *letto* – (anche) il *blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19*.²⁷⁸

²⁷³ Vedi il Dossier dell'Ufficio studi della Camera dei Deputati in data 20 gennaio 2021, *Gli scostamenti di bilancio per l'emergenza Covid*.

²⁷⁴ Vedi: la Comunicazione 3 aprile 2020 (C2020) 2215, *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*; Dossier 13 ottobre 2020 della Camera dei Deputati, *Gli aiuti di Stato nell'attuale epidemia da COVID: il nuovo quadro UE*.

²⁷⁵ Vedi il *Piano nazionale di ripresa e resilienza* – nel testo approvato, allo stato, dal Consiglio dei ministri (nella seduta del 12 dicembre 2020) ed in corso di perfezionamento – parte seconda, spec. *Politiche per il lavoro*.

Sul punto, vedi Webinar su *Investimenti e lavoro nel piano Next generation EU*, promotori: Facoltà di Economia Università Cattolica del Sacro Cuore - CNEL (29 gennaio 2021).

²⁷⁶ C'è chi parla di un milione di licenziamenti: vedi, da ultimo, C. CASADEI, *Un milione di posti in bilico senza proroga stop causali*, Sole 24 ore 20 gennaio 2021.

²⁷⁷ Sui *contratti di espansione*, vedi, da ultimo, la circolare dell'INPS n. 143 del 9 dicembre 2020, avente ad oggetto *Contratto di espansione ai sensi dell'articolo 41 del D.lgs n. 148/2015. Integrazione salariale straordinaria relativa alla riduzione di orario. Precisazioni in ordine all'obbligo contributivo del datore di lavoro. Istruzioni operative e contabili*.

Vedi altresì – con riferimento anche alle innovazioni (che sarebbero state) introdotte dalla *legge di bilancio per il 2011* – A. CANNINO, G. MACCARONE, *Nel contratto di espansione Cigs senza contributo addizionale*, Sole 24 ore 11 dicembre 2020; E. DE FUSCO, *Il contratto di espansione deve uscire dal sistema degli ammortizzatori sociali*, Sole 24 ore 12 dicembre 2020.

²⁷⁸ Vedi, per tutti: R. Romboli, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in Consulta on line del 5 ottobre 2020, spec. § 2 ss.; F. Sorrentino, *A proposito dell'emergenza coronavirus*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*.

Sul rilievo dello *stato di emergenza* – al fine della *lettura della legislazione emergenziale* – vedi Corte costituzionale numero 278 del 23 dicembre 2020 – che ha dichiarato non fondata (in riferimento all'articolo 25, secondo comma, Cost.) la questione di legittimità costituzionale) dell'articolo 83, comma 4 del decreto legge *cura Italia* come convertito (d.l. n. 18/2020 convertito in Legge n. 27/2020), nella parte in cui dispone la sospensione del termine di prescrizione, con riferimento ai procedimenti penali sospesi (ai sensi del comma 2 dello stesso articolo), anche per fatti commessi prima della sua entrata in vigore (9 marzo 2020) – ed, ivi, riferimenti del *diritto vivente* nello stesso senso.

**L'enigma qualificatorio dei *riders*.
Un incontro ravvicinato tra dottrina e giurisprudenza***

Cinzia De Marco- Alessandro Garilli

1. Scenario e delimitazione dell'indagine.	69
2. Le collaborazioni etero-organizzate nel testo dell'art. 2 d. lgs. n. 81 del 2015, previgente alle modifiche del 2019.	70
3. La razionalità economica e l'organizzazione del lavoro mediante piattaforma.	71
4. Le ragioni dell'intervento legislativo e l'inquadramento dell'art. 2 tra autonomia e subordinazione.	73
5. L'art. 2094 c.c.: sfuma l'etero-direzione ma permane la rilevanza qualificatoria del vincolo di disponibilità.	75
6. La qualificazione dei <i>riders</i> secondo la Cassazione e il Tribunale di Palermo: centralità dell'art. 2 o prevalenza della subordinazione?	78
7. L'art. 2 dopo la novella del 2019: il lavoro etero-organizzato è attratto nell'area dell'autonomia.	82
8. La complicazione del quadro: l'inadeguata e contraddittoria definizione contenuta nell'art. 47bis del d. lgs. n. 81/2015.	84
9. Il ruolo della contrattazione collettiva: tutele, rappresentatività e perimetri categoriali.	87

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 435/2021.

1. Scenario e delimitazione dell'indagine.

Il fenomeno dei *riders* ha assunto dimensioni sempre più crescenti, oggi anche a causa delle misure di contenimento dell'incontro fisico tra domanda di beni e servizi disposte per fronteggiare la pandemia.²⁷⁹

Esso è emblematico dell'impatto dirompente sul diritto del lavoro della trasformazione tecnologica caratterizzata dalla diffusione di svariate piattaforme che operano nel campo della *on demand economy* e che sono rivolte alla gestione di servizi a titolo oneroso di vario genere, e in cui si instaurano rapporti fra tre soggetti: «i prestatori di servizi che condividono beni, risorse, tempo e/o competenze e possono essere sia privati che offrono servizi su base occasionale [alla pari] sia prestatori di servizi nell'ambito della loro capacità professionale ("prestatori di servizi professionali"); gli utenti di tali servizi; e gli intermediari che mettono in comunicazione — attraverso una piattaforma *online* — i prestatori e utenti e che agevolano le transazioni tra di essi ("piattaforme di collaborazione")»²⁸⁰.

Nell'economia di questa indagine non si passerà in rassegna tutto il variegato panorama delle piattaforme digitali, ma si incentrerà l'attenzione soltanto sulle imprese che utilizzano lavoratori che svolgono attività di consegna di beni anche attraverso piattaforme digitali. Viceversa, non saranno presi in considerazione gli altri lavoratori della c.d. *gig economy* (o *crowd-working*) che svolgono prestazioni di servizi attraverso il c.d. *matchmaking* tra domanda e offerta di lavoro.

La crisi occupazionale e l'emersione di sacche crescenti di povertà (che lambiscono pezzi della classe media) hanno modificato le caratteristiche dei soggetti disponibili a questa forma di lavoro: non solo giovani che intendano svolgere attività a basso reddito, ma con margini di libertà del proprio tempo (consentendo loro di mantenersi agli studi o di dedicarsi ai loro interessi), ma anche, in modo sempre più esteso, lavoratori con carico familiare, disoccupati di lunga durata o occupati con contratti precari ma sempre con salari insufficienti a soddisfarne i bisogni essenziali

²⁷⁹ Raddoppiato nel giro di due anni, il numero dei *riders* è triplicato a seguito della pandemia: se prima del Covid 19 in Italia si contavano circa 10.000 lavoratori nell'ambito della *gig economy*, (secondo il XVII Rapporto annuale INPS del 2018 sulla base di un'indagine condotta dalla Fondazione Debenedetti, attraverso l'uso di una *websurvey*), attualmente si stimano essere circa 30.000 (www.affariitaliani.it 15 gennaio 2021). Un altro dato, raccolto dall'Ispettorato nazionale del lavoro, ha preso in considerazione il periodo gennaio 2016 – ottobre 2020, valutando il numero dei *riders* complessivamente utilizzato in oltre 60.000 (comunicato stampa dell'INL del 24.2.2021). Un'attività specifica che ha avuto un forte incremento riguarda (in Italia Everli) la consegna a domicilio di prodotti alimentari gestita da un'apposita piattaforma e in cui i lavoratori prendono il nome di *shopper*: il modello è rappresentato dalla *startup* americana Instacart fondata nel 2012 a San Francisco da Apoorva Mehta, ex dipendente di Amazon.com, che, però nel marzo 2017, ha accettato di pagare \$ 4,6 milioni per risolvere un accordo di *class action* derivante dalla presunta errata classificazione dei suoi *personal shopper* come lavoratori indipendenti.

²⁸⁰ Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, Bruxelles, 2 giugno 2016 COM (2016) 356 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/1-2016-356-IT-F1-1.PDF>. Per un'altra classificazione v. N. SRNICEK, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, Roma, 2017, che individua cinque tipologie di piattaforme: le piattaforme cosiddette di *advertising*, ovvero la cui principale fonte di ricavo è data dagli inserzionisti; le piattaforme *cloud*, che affittano servizi di *cloud computing* (hardware, software e strumenti di analisi) ad altre imprese; le piattaforme *industriali*, ovvero quelle «che funzionano come il *core framework* di base nel collegare sensori e azionatori, fabbriche e fornitori, produttori e consumatori, software e hardware»; le piattaforme *prodotto* e le piattaforme *lean*, caratterizzate dal modo in cui si relazionano con la proprietà. In particolare, le piattaforme *prodotto* sono quelle che forniscono prodotti come se si trattasse di servizi, ovvero quelle che li offrono in noleggio e, tramite essi, raccolgono dati, le piattaforme *lean* sono invece quelle riducono i costi al minimo, ovvero si costituiscono come semplice interfaccia tra erogatori e utenti: queste non posseggono i beni per l'erogazione del servizio richiesto, ma posseggono lo strumento di comunicazione, che permette la raccolta e l'analisi dei dati.

(c.d. *working poors*). Di guisa che andrebbe considerato l'impatto di questo settore della *gig economy* sul mercato del lavoro con riguardo ai diversi *status* occupazionali e al fine della riconfigurazione delle misure di sviluppo della professionalità e di protezione sociale e, tra queste, in primo luogo, l'introduzione di un salario minimo legale diretto a sostenere i bassi redditi dei lavoratori più deboli non coperti dalla contrattazione collettiva²⁸¹.

2. Le collaborazioni etero-organizzate nel testo dell'art. 2 d. lgs. n. 81 del 2015, previgente alle modifiche del 2019.

Sul fronte del rapporto di lavoro il dibattito tra giuslavoristi ha riguardato la qualificazione dei *riders* e si è concentrato sulla natura e sugli elementi costitutivi delle collaborazioni organizzate dal committente di cui all'art. 2 d. lgs. n. 81/2015 (d'ora in poi anche art. 2), nonché sulla disciplina a queste applicabili.

La disposizione - dalla cui rubrica intitolata «collaborazioni organizzate dal committente» si è enucleata la formula di lavoro etero-organizzato – nel testo originario (prima delle modifiche apportate dal d.l. 3 settembre 2019 n. 101, conv. nella l. 2 novembre 2019 n. 128) stabiliva che «si applica la disciplina del lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Il co. 2, rimasto invariato, individua poi i casi di esclusione dalla disciplina. Alcuni di questi erano già presenti nell'art. 61, co. 3 del d. lgs. n. 276/2003 relativamente al lavoro a progetto, altri sono stati inseriti successivamente²⁸².

Accanto a queste ipotesi specifiche, tutto sommato marginali, e alla (consueta) inestensibilità della disciplina alle pubbliche amministrazioni in conformità a quanto disposto dall'art. 7, co. 5*bis* e 6 del d. lgs. n. 165/2001, l'ipotesi più importante di carattere generale è contenuta nella lettera a) che consente ai contratti collettivi nazionali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di prevedere, in luogo dell'applicazione generalizzata della normativa in materia di rapporto di lavoro, «discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze organizzative e produttive del relativo settore». La norma, che ha un precedente specifico relativo ai prestatori di lavoro dei *call center outbound*, «conferma una tendenza alla funzionalizzazione della contrattazione per delega ... che sul piano pratico può orientare i sindacati tradizionali a dar vita a una contrattazione specializzata per i vari tipi di collaborazioni»²⁸³. Il vincolo di scopo previsto dalla legge offre alla

²⁸¹ T. TREU, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, - 374/2018, 12. In questa direzione v. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio «relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea» del 28 ottobre 2020, e da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 febbraio 2021 «sulla riduzione delle disuguaglianze con particolare attenzione alla povertà lavorativa», in cui, prendendo atto della suddetta proposta, si «invita la Commissione e gli Stati membri ad applicare il quadro legislativo relativo alle condizioni minime di lavoro per tutti i lavoratori, in particolare quelli assunti in condizioni di lavoro precarie, che interessano spesso anche i lavoratori atipici e i lavoratori atipici della *gig economy*».

²⁸² Si tratta delle collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni liriche e delle collaborazioni degli operatori che prestano le attività di cui alla l. n. 74/2001 e su cui v. circ. INL n. 6 del 3 aprile 2019.

²⁸³ T. TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *GDRI*, 2015, 2, 167; M. Magnani, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *DRI*, 2020, 113 ss.

contrattazione la possibilità di realizzare uno scambio tra salvaguardia dell'occupazione e abbassamento delle condizioni di lavoro.

Non si è mancato di rilevare che la nuova tipologia di lavoro etero-organizzato, introdotta nel lodevole intento di tutelare le nuove forme di sfruttamento lavorativo in condizioni di dipendenza socio-economica, si è mossa nell'ambito di un sistema normativo reso incerto a causa di una proliferazione di diverse fattispecie tra loro contigue²⁸⁴.

Si rimprovera al legislatore di avere operato, da un canto, mantenendo le tradizionali figure regolative del diritto del lavoro e in primo luogo il binomio subordinazione/autonomia²⁸⁵, e dall'altro coniato una categoria di rapporti accomunata dalla sottoposizione al potere di coordinamento del committente i cui confini, rispetto alle due fattispecie tradizionali, non sono ben definiti lasciando così all'interprete ampi margini di discrezionalità in cui la precomprensione gioca un ruolo significativo²⁸⁶.

Si rileva, inoltre, che l'estensione delle tutele del lavoro subordinato — secondo la lettera della legge, e in assenza di contrattazione collettiva — prescinde da ogni esigenza di selettività (come invece accade in altri paesi)²⁸⁷ e non tiene conto in particolare del fatto che lo statuto protettivo dei lavoratori digitali dovrebbe «essere variabile a seconda delle modalità di svolgimento di tali attività e della funzione svolta dalle piattaforme»²⁸⁸.

3. La razionalità economica e l'organizzazione del lavoro mediante piattaforma.

Il fatto è che il modello di contratto di lavoro costruito attorno alla nozione di subordinazione presuppone l'interesse datoriale a disporre del lavoratore obbligandolo all'esecuzione della prestazione. La razionalità economica del sistema faceva leva sullo scambio fra la messa a disposizione delle energie lavorative del dipendente e l'assoggettamento ai tradizionali poteri datoriali in funzione delle esigenze organizzative dell'impresa. Questo modello è scardinato dalla piattaforma, che consente, senza ricorrere ad alcun intermediario, di raggiungere la «folla» (*crowd*) di aspiranti disponibili a cogliere le opportunità di lavoro e quindi, nel caso dei *riders*, garantisce all'impresa una sovrappopolazione di disoccupati pronti a svolgere prestazioni elementari e interscambiabili²⁸⁹.

²⁸⁴ G. PROIA, *Le "collaborazioni organizzate" dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, in *DRI*, 2020, 2, 500.

²⁸⁵ Sull'attualità della distinzione v. L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori atipici?* in *DL*, 2000, 1, 317 ss., e in M. NAPOLI, (a cura di) Milano, 2004, 81 ss., spec. 87, secondo cui «la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo è nei fatti ed è concettualmente radicale, sicché non sono pensabili rapporti di lavoro né subordinato né autonomo»; M.V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 2010, 1, 28.

²⁸⁶ Lo stesso legislatore (art. 2, co. 3) consapevole delle difficoltà applicative della norma ha previsto che le parti possano rivolgersi alle commissioni di certificazione per attestare l'assenza dei requisiti costitutivi della etero-organizzazione. Ma com'è noto l'atto di certificazione non preclude al lavoratore di agire in giudizio per una diversa qualificazione del contratto o per la difformità tra quanto certificato e le modalità di effettiva attuazione del rapporto.

²⁸⁷ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 410/2020, 40.

²⁸⁸ T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 136/2017, 25. Cfr. anche A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 3412017, 4.

²⁸⁹ Cfr. M. NOVELLA, *Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse*, in *LLI*, 2019, vol. 5, 1, 82 ss.

In questo contesto l'impresa non ha alcuna convenienza a rendere obbligatoria la prestazione, giacché ci sarà sempre un soggetto disponibile a svolgerla e cioè ad accettare la chiamata, condizione per ottenere il compenso. Cosicché questa apparente libertà di scegliere se lavorare o meno, lungi dal soddisfare un interesse del lavoratore, è funzionale alla nuova razionalità economica determinata dalla piattaforma.

Va però precisato che l'interscambiabilità dei lavoratori non è assoluta, in quanto nella gestione della piattaforma entra in gioco il ruolo della reputazione che l'impresa acquista nel mercato e cioè la necessità che essa sia affidabile e quindi in grado di assicurarsi un numero adeguato di potenziali fruitori del servizio²⁹⁰.

Il *mix* tra folla di lavoratori disponibili ed esigenza di affidabilità nel mercato è regolato dall'algoritmo - che non è un'entità astratta ma programmata secondo *input* indicati in relazione agli obiettivi da raggiungere - che assume la funzione di individuare il *rider* più adatto a cui proporre una consegna sulla base di diversi e variabili elementi di valutazione, alcuni apparentemente neutri (ad esempio la posizione e il tipo di mezzo adoperato per la consegna), altri che invece richiedono un controllo più incisivo sull'esecuzione della prestazione, quali la previsione di premi e penalizzazioni collegati a vari parametri attraverso i quali si articola un giudizio complessivo di produttività che seleziona l'accesso ai turni, più o meno convenienti, messi a disposizione dal sistema.

L'organizzazione e la gestione dell'attività imprenditoriale si esplicano, dunque, per mezzo dei due strumenti tecnologici, piattaforma e algoritmo, la cui combinazione individua le modalità di esercizio dei poteri datoriali e quindi condiziona il processo di qualificazione dei rapporti di lavoro.

In questo quadro le imprese che si avvalgono di piattaforme digitali per gestire il servizio di distribuzione di prodotti alimentari a domicilio (Glovo, Deliveroo, Just Eat, etc) o di organizzare il trasporto passeggeri (Uber) non assumono la veste di meri intermediari favorendo l'incontro tra la domanda degli utenti e l'offerta dei beni, ma di strutture organizzate in cui i collaboratori lavorano in condizione di dipendenza²⁹¹. Come poi la dipendenza dalla piattaforma assuma significanza giuridica è questione complessa, che si dipana lungo un accidentato percorso che prende avvio dal noto dibattito sugli elementi costitutivi delle fattispecie lavoro subordinato e autonomo, con riguardo al punto di interconnessione tra loro, rappresentato dal lavoro etero-organizzato, per pervenire ad un *control test* che tenga conto delle specificità di ogni singolo caso oggetto di analisi, alla luce del concreto atteggiarsi del rapporto.

²⁹⁰ G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 205, secondo cui per affidabilità si intende «ciò che una comunità pensa di un certo soggetto, secondo un giudizio basato sulle sue azioni passate ... nel presupposto che queste siano indicatori affidabili dei comportamenti futuri, così da consentire di decidere in che modo relazionarsi al soggetto in questione».

²⁹¹ Corte giust. 20 dicembre 2017, C-434/15, *Asociacion Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL*, in *DLM*, 2018, 2, 335, con nota di M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, secondo cui l'attività della piattaforma avente ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento deve essere considerata indissolubilmente legata ad un servizio di trasporto, ai sensi dell'art. 58, par. 1, TFUE; Cour D'Appel de Paris, 10 gennaio 2019, n. 18/08357, con nota di B. KRIEF, *En étant un travailleur «contraint», le chauffeur Uber devient un salarié*, in *Bulletin Joly Travail*, febbraio 2019, pp. 8-13, per cui: «[...]le chauffeur...] a ainsi intégré un service de prestation de transport créé et entièrement organisé par la société Uber BV, qui n'existe que grâce à cette plateforme, service de transport à travers l'utilisation duquel il ne constitue aucune clientèle propre, ne fixe pas librement ses tarifs ni les conditions d'exercice de sa prestation de transport, qui sont entièrement régis par la société Uber BV». Per un approfondimento della giurisprudenza sul tema v. G. PACELLA, *Il lavoro tramite piattaforma digitale nei Paesi di Civil law*, in *LLI*, 2019, vol. 5, n. 1, 16 ss.

4. Le ragioni dell'intervento legislativo e l'inquadramento dell'art. 2 tra autonomia e subordinazione.

Non è qui possibile, né del resto sarebbe conducente ai fini della nostra analisi, ricostruire nel dettaglio le posizioni della dottrina sulla capacità qualificatoria dell'art. 2094 c.c. e sul concetto di coordinamento contenuto nell'art. 409, n. 3, c.p.c. Ci si limiterà pertanto ad una breve esposizione delle tesi principali, centrando l'attenzione sugli effetti indotti dall'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 sul rapporto dialettico tra subordinazione e autonomia quale si è andato configurando nella prassi giurisprudenziale.

Occorre però distinguere, al fine di una puntuale ricostruzione della fattispecie, il ricordato testo originario della disposizione da quello emendato nel 2019, che ha sostituito l'avverbio «esclusivamente» con «prevalentemente», ha soppresso le parole «anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro», e infine ha richiamato in modo espresso l'organizzazione mediante piattaforme «anche digitali» che possono gestire le modalità di esecuzione della prestazione.

Sulla prima versione la *Relazione illustrativa* del governo allo schema di decreto legislativo sul riordino della disciplina dei contratti di lavoro, sottolineava la finalità antielusiva della disposizione inserita nel quadro della promozione del lavoro subordinato e affermava che l'intervento «in materia di collaborazioni coordinate e continuative e di lavoro autonomo» persegue lo scopo «di estendere le tutele del lavoro subordinato ad alcuni tipi di collaborazione, morfologicamente contigue al rapporto di lavoro subordinato, e di sopprimere l'istituto del lavoro a progetto e dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, sovente abusati a fini elusivi». Tale intenzione è poi ribadita nel prosieguo della relazione a proposito del meccanismo di stabilizzazione dei collaboratori e dei lavoratori autonomi.

Pertanto chiaro è il collegamento con l'abrogazione del lavoro a progetto e delle altre ipotesi di dipendenza economica, individuate dalla l. n. 92/2012 (mediante il ricorso alle circostanze di fatto della monocommittenza, della durata e del basso reddito), la cui regolazione è stata ritenuta inidonea a coprire un'area di confine tra lavoro autonomo e subordinato. Quindi si è voluto rispondere, con una tecnica diversa, all'esigenza di tutela che quella normativa intendeva perseguire.

Proprio per questa funzione antielusiva il legislatore delegato, - secondo un «testimone diretto» dei lavori svoltisi in sede governativa - ha indicato «il vincolo di luogo e di orario come tratto distintivo della fattispecie cui estendere la protezione forte», avendo avuto riguardo in particolare a lavoratori inquadrati come collaboratori autonomi «ma inseriti dentro il perimetro aziendale, come gli addetti a mansioni di segreteria d'ufficio, magazzino, vendita al banco, e simili»²⁹². Ma a parte l'enfaticizzazione della finalità *lato sensu* antifraudolenta nessun apporto dà la relazione alla collocazione dell'art. 2 nelle due aree tradizionali.

Inoltre la necessità della sussistenza del coordinamento spazio-temporale ha reso dubbia l'applicazione della norma alle nuove forme di lavoro elementare di consegna di beni svolte tramite piattaforma, a cui peraltro il legislatore del 2015 non aveva probabilmente pensato, in quanto il fenomeno dei *riders* non era ancora esploso.

In questo quadro emergono le difficoltà in cui si muove la giurisprudenza che per prima ha

²⁹² P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, nota a Cass 24 gennaio 2020, n. 1663, in *RIDL*, 1, 2020, 93.

affrontato le questioni sull'applicazione della disposizione. Essa ha trascurato l'impatto socio-economico del fenomeno dei *riders* ed ha incentrato il problema della qualificazione attingendo ai tradizionali requisiti ed indici della subordinazione, negandone la loro sussistenza nei casi esaminati, senza un'attenta considerazione delle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro gestito dalla piattaforma mediante algoritmo. Nelle sentenze l'art. 2 è interpretato restrittivamente, sottolineando l'ineludibile necessità che le modalità di esecuzione siano organizzate dal committente con riferimento ai tempi di lavoro; circostanza questa non riscontrata, poiché sarebbe il lavoratore ad esercitare la scelta in ordine alle modalità temporali a seconda della propria libera disponibilità²⁹³.

Più articolate, come è naturale, sono state le analisi della dottrina. Il punto di partenza comune è nel riconoscere l'ambiguità degli elementi contenuti nell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015, che ponevano la disposizione in bilico tra due crinali²⁹⁴. Per alcuni autori la norma sembra tendere verso la subordinazione, dando corpo all'esigenza di tutelare zone grigie a questa contigue. In tale ambito c'è poi chi ritiene che essa abbia inteso normativizzare la c.d. subordinazione attenuata²⁹⁵. Tali prospettazioni tendono a valorizzare l'elemento dell'organizzazione sulla etero-direzione nell'individuazione del tipo lavoro subordinato²⁹⁶. Una solitaria posizione radicale è quella di chi ritiene l'art. 2 "norma apparente", in quanto gli elementi indicati dal legislatore nulla aggiungono alla nozione di subordinazione inverata nel diritto vivente²⁹⁷, con la conseguente irrilevanza dell'*intentio legis* (che del resto ha mero valore sussidiario), rivolta, come si è detto, ad estendere la platea dei destinatari della disciplina dettata per il lavoro subordinato²⁹⁸.

Da altri la norma è stata intesa quale segmento della più vasta area dell'autonomia, in cui il coordinamento relativo all'esecuzione della prestazione assume contorni più pregnanti rispetto alle

²⁹³ Trib Torino 7 maggio 2018, n. 778, in *RIDL*, 2018, 2, 218, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy*, e su cui v. P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *LDE*, 2018, 1; Trib. Milano, 10 settembre 2018, in *ADL*, 2019, 1, 151, con nota di E. DAGNINO, *Ancora ostacoli sulla "via giurisprudenziale" alla protezione dei lavoratori della gig economy in Italia*.

²⁹⁴ Per una panoramica delle posizioni in dottrina si v. R. DIAMANTI, *Il lavoro eterorganizzato e le collaborazioni coordinate e continue*, in *DRI*, 2018, 1, 105 ss.

²⁹⁵ O. MAZZOTTA, *Lo strano caso delle "collaborazioni organizzate dal committente"*, in *Labor*, 2016, I, 7 ss. La giurisprudenza fa prevalentemente ricorso alla subordinazione «attenuata» per prestazioni di natura intellettuale o professionale: per i musicisti d'orchestra (Cass. 4 maggio 2020, n. 8444, in *NGL*, 2020, 4, 546), per i giornalisti (da ultimo Corte App. Milano 20 novembre 2020, n. 597, in *DeJure*), per i dirigenti (Cass. 13 febbraio 2020, n. 3640, in *NGL*, 2020, 3, 311).

²⁹⁶ Cfr. L. NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'«autorità dal punto di vista giuridico»* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT"*, - 267/2015; 24, che propone «un concetto funzionale di subordinazione che consenta di porre maggiore attenzione al farsi dell'organizzazione, sia per quanto attiene ai profili di efficienza che delle ripercussioni della stessa "sull'integrità fisica e morale dei lavoratori"». Secondo l'A. l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015 ha introdotto una nuova presunzione assoluta di subordinazione; G. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, 59, secondo cui «la norma segna una fase di convergenza del lavoro subordinato e di quello autonomo stabile e continuativo unificandoli nel regime di tutela sulla base della consapevolezza da una parte che il lavoro subordinato si è profondamente trasformato ed evoluto, in qualche modo detipizzato, principalmente per effetto dei nuovi sistemi produttivi dell'economia, da un'altra parte che il lavoro autonomo continuativo non è altro che una nuova modalità organizzativa del lavoro dipendente prestato stabilmente a favore di una struttura produttiva».

²⁹⁷ P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?* in *ADL*, 2016, 6, 1130, secondo cui «occorre infatti prendere atto che l'art. 2, comma I, del d. lgs. n. 81, malgrado la sua formulazione in termini precettivi, è privo di efficacia propriamente normativa. Al più, esso si risolve in un intervento di sostegno, a latere dell'art. 2094 Cod. Civ., dell'approccio pragmatico della giurisprudenza improntato alla prudente valutazione della ricorrenza nel caso concreto degli indici della soggezione del lavoratore ad un pieno potere organizzativo del datore di lavoro».

²⁹⁸ La teoria è fatta propria dalla sentenza del Trib. Torino 7 maggio 2018, cit.

collaborazioni coordinate e continuative, e tali da accentuare la condizione di debolezza economica del soggetto fino al punto da applicargli la disciplina riservata al lavoro subordinato²⁹⁹. Questa tesi è stata condivisa dalla Corte d'Appello di Torino, che, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha inquadrato l'attività prestata dai *riders* nell'ambito dell'art. 2, qualificando la disposizione, in modo poco convincente, «come terzo genere che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. e la collaborazione come prevista dall'articolo 409 n. 3 c.p.c.»; ma poi riconoscendo che la nuova fattispecie resta «tecnicamente» autonoma³⁰⁰.

L'incertezza qualificatoria è stata considerata non tanto e non solo conseguenza dell'infelice fattura normativa della disposizione, quanto sintomo della crisi della fattispecie, crisi che se non è da ritenersi generale, riguarderebbe l'art. 2094 c.c. Un'opinione da molti condivisa ritiene perciò necessaria una rivisitazione delle categorie tradizionali, a partire dalla nozione di subordinazione e dall'attuale disciplina del lavoro autonomo estendendo a questo «una serie di tutele fondamentali laddove il lavoratore ... versi in una situazione di squilibrio contrattuale nei confronti del committente»³⁰¹.

Altri per districarsi dalla matassa qualificatoria hanno ricondotto l'art. 2 alle c.d. norme di disciplina, ma non nel senso che esso prescindendo dalla sua riconduzione ad una fattispecie, bensì sotto il profilo dei suoi effetti, consistenti nell'applicazione delle garanzie previste per il lavoro subordinato. Dunque resta sempre necessario definire la fattispecie astratta «che attiva l'effetto estensivo della disciplina» e la distingue «dalla subordinazione, da un lato, e dalla collaborazione coordinata e continuativa dall'altro»³⁰².

5. L'art. 2094 c.c.: sfuma l'etero-direzione ma permane la rilevanza qualificatoria del vincolo di disponibilità.

Con riferimento al criterio distintivo tra la fattispecie in esame e l'art. 2094 c.c., la giurisprudenza (già ricordata in precedenza alla nt. n. 17), espunta dai requisiti essenziali della subordinazione

²⁹⁹ A. PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in RGL 2016, I, 27; R. PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT", - 282/2015.

³⁰⁰ Corte Appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, in RIDL, 2019, 2, 340, con note di M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada..sulle ruote dei riders di Foodora* e R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*. Per altri commenti v. anche, P. TULLINI, *Le collaborazioni etero-organizzate dei riders: quali tutele applicabili?* in LDE, 2019,1; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'appello di Torino, sul caso Foodora. Al confine tra autonomia e subordinazione*, *ibidem*; E. GRAGNOLI, *Una discutibile significativa decisione sulla qualificazione dei contratti stipulati con i gestori delle cosiddette piattaforme digitali*, in www.dirittoalavorovariazioni.com; U. CARABELLI, C. SPINELLI, *La corte d'appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati*, in RGL, 2019, 1, 91 ss.

³⁰¹ M. V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in LLI, 2020, vol. 6, 2, 14.

³⁰² R. DEL PUNTA, *Sui riders e non solo: il rebus delle collaborazioni organizzate dal committente*, cit., 359-360. Cfr. anche A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 4, secondo cui «mentre il confine segue il principio secondo cui le discipline delle prestazioni aventi ad oggetto un facere a favore di altri si distinguono in ragione della natura subordinata o autonoma del vincolo contrattuale cui ineriscono, la soglia indica invece uno spazio che supera la scansione *tipo-logica* dell'*aut-aut* e definisce un nuovo criterio regolativo *topo-logico*, dove la determinatezza del confine lascia il passo ad uno spazio disciplinare che relativizza, senza eliminarle del tutto, le barriere tipologiche, prospettandosi quella situazione combinatoria tale per cui le tutele si declinano in ambiti non necessariamente coincidenti con quelli designati dal tipo standard di lavoro subordinato». ID, *Il diritto del lavoro e il "problema" della subordinazione*, in LLI, 2020, vol. 6, n. 2, 101, dove si afferma che la norma definisce un'area di continenza sovratipica, diversa rispetto a quella della subordinazione di cui non costituisce dunque una semplice correzione interpretativa.

l'etero-direzione, abbina al coordinamento funzionale con gli obiettivi dell'organizzazione aziendale, accompagnato dai consueti elementi indiziari della situazione di subordinazione³⁰³, l'impegno del lavoratore di porre la prestazione a disposizione del datore di lavoro in modo da essere disponibile a soddisfarne le esigenze; di guisa che il tratto essenziale della c.d. subordinazione tecnico-giuridica viene ravvisato nella dipendenza, intesa nel senso specifico di disponibilità nel tempo del prestatore di lavoro delle proprie energie inserite nell'altrui organizzazione produttiva³⁰⁴.

Questa costruzione, nella parte in cui valorizza l'elemento dell'inserzione del lavoratore nell'organizzazione produttiva altrui, può essere ricondotta, almeno in parte, alla teoria della c.d. doppia alienità espressa dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1996³⁰⁵. La stessa Corte in una precedente decisione³⁰⁶ ha affermato che la disciplina tipica trova applicazione «allorquando tra una prestazione e l'altra permanga il vincolo di disponibilità per il lavoratore e vi sia comunque l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro». Disponibilità che peraltro sussiste nonostante l'intermittenza e la saltuarietà della prestazione lavorativa, in quanto viene intesa come dedizione del lavoratore funzionale e sistematica alle esigenze dell'impresa³⁰⁷.

Tuttavia sull'obbligo di disponibilità del lavoratore come elemento immanente al tipo si registrano alcune posizioni contrarie, in evidente discontinuità rispetto alla ricordata lettura consolidata. Recenti sentenze, infatti, con riguardo ad ipotesi di particolare debolezza socio-economica del lavoratore, e che possono essere accostate al lavoro dei *riders*, hanno ritenuto che la libertà di accettare l'incarico e di presentarsi al lavoro «non attiene al contenuto» del rapporto, ma è esterna ad esso «non solo sul piano logico, bensì temporale in quanto [ne] precede lo svolgimento ... tale fatto comporta la conseguente configurazione di rapporti instaurati volta per volta (anche giorno per giorno) in funzione del relativo effettivo svolgimento ... L'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressione del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto

³⁰³ Cfr. ad es. Cass 15 giugno 2020, n. 11539, in *GD*, 2020, 30, 74.

³⁰⁴ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, in *DRI*, 2020, 2, 360, ma già E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 1993, 51, secondo cui «ai fini della collaborazione prevista dall'art. 2094 c.c. è da ritenere decisiva la continuità – o disponibilità nel tempo verso il datore – della prestazione di lavoro nella quale è da ravvisare l'aspetto caratteristico dell'attuazione del vincolo della subordinazione». In giurisprudenza cfr. Cass. 15 giugno 2020, n. 11539, in *GD*, 2020, 30, 74, secondo cui non solo «nel caso di prestazioni lavorative dotate di notevole elevatezza e di contenuto intellettuale e creativo» ma anche quando «la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione... il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare può non risultare ... e occorre allora fare ricorso a criteri distintivi sussidiari quali la continuità e la durata del rapporto...».

³⁰⁵ La sentenza, in *DL*, 1996, 1, 52 ss., rispecchia la tesi ricostruttiva della nozione di subordinazione elaborata dal relatore L. MENGONI, *Contratto di lavoro e impresa*, estratto da *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971 in M. NAPOLI, (a cura di) *Il contratto di lavoro*, cit., 34, discutibile è perciò ritenere (A. ZOPPOLI, *Le collaborazioni eterorganizzate tra antiche questioni, vincoli di sistema e potenzialità*, in *DRI*, 2020, 3, 716 ss.) che tale prospettazione della subordinazione abbia una valenza limitata perché la Corte l'abbia fatta propria in relazione al caso da essa esaminato del socio di lavoro nelle cooperative v. inoltre M. ROCCELLA, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo, oggi*, in *QS*, 2008, 71, spec. 102 ss. Per un'applicazione della teoria si v. Cass. 16 gennaio 2007, n. 820, in *RGL*, 2007, 4, 654, con nota di A. ALLAMPRESE, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*; Trib. Roma 29 agosto 2020, n. 3889, in *Dejure*.

³⁰⁶ Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, I, 2432.

³⁰⁷ Cass 4 settembre 2003 n. 12926, in *MGL*, 2004, 1-2, 93, la quale però precisa che in questi casi deve comunque essere assicurata al datore di lavoro «la propria disponibilità in caso di chiamata».

della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto)»³⁰⁸. Secondo tale orientamento è quindi sufficiente a configurare la subordinazione la disponibilità caso per caso a fornire la prestazione nelle fasce orarie indicate dal datore di lavoro, se essa risponde al modello organizzativo e gestionale predisposto unilateralmente da quest'ultimo. L'indirizzo è condiviso da una parte minoritaria della dottrina, la quale sostiene che «la subordinazione si misura ... nella fase esecutiva della prestazione: durante le fasi di non lavoro e non obbligo a lavorare il *rider* non è un lavoratore (né subordinato né autonomo)»³⁰⁹. Da ciò conseguirebbe che l'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015, ma anche la figura descritta dall'art. 47bis, co. 1 e 2, d. lgs. n. 81/2015 (di cui *infra*), sono norme «fantasma», nelle quali «l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato è semplicemente confermata».

Si deve però obiettare che l'operazione di frantumazione del rapporto di lavoro in separati segmenti correlati alle singole prestazioni svilisce la sua natura contrattuale unitaria e il collegamento con le esigenze dell'organizzazione, facendo venir meno la rilevanza dell'obbligo di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c.³¹⁰. In questo senso si è sottolineato che l'applicazione ai *riders* di questa tesi costituisce una forzatura «perché, [il rapporto] pur in difetto di un esplicito accenno al suo essere continuo, si svolge ininterrotto per tutto il tempo previsto, se pur con prestazioni periodiche rimesse alla previa disponibilità del lavoratore»³¹¹.

Per ritenere influente sulla possibile qualificazione del lavoro dei *riders* l'obbligo di disponibilità del prestatore – ovviamente quando ne sussistano in concreto tutti gli altri elementi - si è fatto ricorso alla previsione nel nostro ordinamento del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata, che è considerato una forma di lavoro subordinato³¹².

Va però osservato che il contratto di lavoro intermittente costituisce, secondo l'opinione qui condivisa, un tipo legale autonomo rispetto al rapporto di lavoro previsto dall'art. 2094 c.c., in cui, al pari del lavoro a domicilio, la «subordinazione appare connotata da attributi talmente particolari da renderla eccentrica rispetto allo schema tipico previsto dal codice civile»³¹³, e che «la mancanza di un obbligo di risposta non va intesa «come un tratto distintivo di un tipo contrattuale a se stante» ... «ma [del]la stessa fattispecie standard [del contratto di lavoro intermittente] connotata però da una clausola aggiuntiva che, a certe condizioni consenta al lavoratore di rifiutare

³⁰⁸ Cass 13 febbraio 2018 n. 3457, con riguardo agli addetti al ricevimento del pagamento delle giocate, in *www.lavorosi.it*; Cass 16 novembre 2018 n. 29640 sui messi notificatori, in *DeJure*; Cass 4 luglio 2017 n. 16377 sugli addetti alla consegna a domicilio delle pizze, in *GD*, 2017, 39, 54.

³⁰⁹ M. BARBIERI, *Contraddizioni sistematiche e possibili effetti positivi di una legge di buone intenzioni e cattiva fattura*, in U. CARABELLI, L. FASSINA, (a cura di) *La nuova legge sui riders e sulle collaborazioni etero-organizzate*, CGIL Ufficio Giuridico, 2020, 3, 92.

³¹⁰ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 348, nt. 9, che fa proprie le critiche sollevate dalla Corte d'appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, cit.

³¹¹ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, 1, 6.

³¹² G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, in *RGL*, 2019, 1, 13; O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 361; E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *LLI*, 2019, 2, 77.

³¹³ R. ROMEO, *Lavoro intermittente*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Bologna, 2004, 421.

la proposta del datore di lavoro senza conseguenze di alcun genere»³¹⁴. Non è pertanto possibile forzare il dato normativo fino al punto da ritenerlo espressivo di una nozione generale di subordinazione che prescindendo dalla continuità o disponibilità nel tempo della prestazione di lavoro.

Tale contratto in entrambe le ipotesi incontra limitazioni rilevanti sia nella sostanza che nella forma, che possono non essere presenti o venire meno (come nel caso in cui si superi il numero limite di giornate di lavoro di 400 nell'arco di un triennio). Esso, dunque, non potrebbe essere utilizzato per esigenze diverse o in violazione dei divieti sanciti dalla legge; e, qualora la sua applicazione venisse invocata in giudizio da un *rider*, non potrebbe il giudice convertirlo in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (atteso il suo carattere autonomo rispetto a tale fattispecie), ma dovrebbe ricondurlo al tipo contrattuale instaurato concretamente tra le parti³¹⁵, e cioè, nella maggior parte dei casi, al lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2, o alle ipotesi di cui all'art. 47bis.

6. La qualificazione dei *riders* secondo la Cassazione e il Tribunale di Palermo: centralità dell'art. 2 o prevalenza della subordinazione?

Sulla discussione intorno alla qualificazione si è inserita la Corte di cassazione³¹⁶, che ha ritenuto di far precedere l'interpretazione della norma dalla sua qualificazione in termini concettuali³¹⁷. I giudici hanno preliminarmente collocato la disposizione nell'ambito degli interventi del *Jobs Act*: a fronte dell'abrogazione di una normativa comportante garanzie per il lavoratore a progetto e titolari di partita IVA, e della conseguente estensione del campo di applicazione dell'art. 409, n. 3, c.p.c. comportante il «rischio di abusi», con l'art. 2 si è «inteso limitare le possibili conseguenze negative, prevedendo comunque l'applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato a forme di collaborazione, continuativa e personale, realizzate con l'ingerenza funzionale dell'organizzazione disposta unilateralmente da chi commissiona la prestazione» (punti 21, 22 e 23). Si afferma perciò che il legislatore si è mosso in un'ottica sia di «prevenzione», per scoraggiare fenomeni elusivi delle tutele previste per i lavoratori, sia «rimediale», ravvisata nell'offrire una protezione equivalente a quella di cui gode il lavoratore subordinato quando ricorrano «indici [*rectius* elementi] fattuali ritenuti significativi (personalità, continuità, etero-organizzazione)» (punti 24 e 26). Poco importa, secondo questo approccio, «interrogarsi se tali forme di collaborazione ... siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di

³¹⁴ R. ROMEI, *op. ult. cit.*, 435-436.

³¹⁵ Così sempre R. ROMEI, *op. ult. cit.*, 425-426. Cfr. a riguardo Cass. 11 dicembre 2020, n. 28345, in *Dejure*, secondo cui in caso di mancanza del requisito anagrafico si determina «la nullità del negozio per contrasto con norme imperative di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., (cd. nullità virtuale) e, dall'altro, la possibilità di una conversione ex art. 1424 c.c., ove il negozio sia idoneo a produrre gli effetti di un'altra fattispecie e previo accertamento, riservato in via esclusiva al giudice di merito, della volontà delle parti».

³¹⁶ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1663, in *RIDL*, 1, 2020, 76, con nota di P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit.; Per alcuni commenti v. A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate*, in *DRI*, 2020, 1, 146 ss; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *LDE*, 2020, 1; M. BIASI, *Tra fattispecie ed effetti: il "purposive approach" della Cassazione nel caso Foodora*, in *LDE*, 2020, 1; M. Magnani, *Al di là dei ciclofattorini. Commento a Corte di Cassazione n. 1663/2020*, in *LDE*, 2020, 1.

³¹⁷ Secondo M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, cit., 3, addentrandosi in un territorio che non era di sua competenza.

disciplina» (punto 25). Ma questa definizione dell'art. 2 è priva di senso, perché (come si è ricordato) la disciplina postula in ogni caso per la sua applicazione la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta³¹⁸. Peraltro che il ricorso a questa formula sia stato usato in modo improprio emerge quando la Corte «riconosce che la disciplina del lavoro subordinato [ex art. 2] si applica solo quando ricorrono determinati “indici fattuali” quindi non *ex se*, e comunque controlla poi (anche nel merito...), l'utilizzo che la Corte torinese di tali “indici” ha fatto in relazione alla fattispecie litigiosa»³¹⁹; e anche quando afferma che «la norma in discorso» deve inquadrarsi «nel complessivo riordino e riassetto normativo delle tipologie contrattuali esistenti». Il vero è che l'utilizzo disinvolto della formula è strumentale all'obiettivo che la Corte si prefigge consistente nel ritenere costituzionalmente legittima l'esclusione di qualsivoglia selezione della disciplina applicabile, una volta che ha collocato l'art. 2 in una zona contigua alla subordinazione, ma a questa assimilata quanto alla condizione di debolezza del lavoratore desunta dalle modalità di esecuzione del rapporto (punto 60)³²⁰.

In ultima analisi la Corte resta al fondo fedele al metodo tradizionale di qualificazione in concreto del rapporto di lavoro sulla base degli elementi della fattispecie astratta configurata nell'art. 2, distinti tanto dal lavoro subordinato che dalle collaborazioni coordinate e continuative. Su queste si dirà nel prossimo paragrafo. La differenza rispetto all'art. 2094 c.c. sta in ciò: mentre nel caso dell'art. 2 l'etero-organizzazione unilateralmente predisposta dal committente non comporta l'obbligo del lavoratore alla prestazione, ma quello, una volta accettata la chiamata, di conformarsi alle modalità della sua esecuzione secondo le puntuali indicazioni della piattaforma, nel secondo è imposto al lavoratore di rispettare i turni di lavoro e di mantener ferma la propria disponibilità, sottostando al potere gerarchico-disciplinare. In sostanza, come è stato ben puntualizzato, l'etero-organizzazione deve riguardare le circostanze estrinseche di esecuzione della prestazione, e non può spingersi fino al punto di attribuire alla piattaforma il potere di specificarne e modificarne il contenuto, essendo questa manifestazione dell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro³²¹. Ciò non toglie che, precisa la Corte, è sempre possibile provare in giudizio la sussistenza di «una vera e propria subordinazione», sulla base di un'indagine che tenga conto delle modalità effettive di svolgimento del rapporto, condotta secondo i consueti criteri elaborati dalla giurisprudenza, e che però produce «esiti talvolta difformi anche rispetto a prestazioni lavorative tipologicamente assimilabili, senza che su tali accertamenti di fatto possa estendersi il sindacato di legittimità». La precisazione spinge a ritenere che la Cassazione predilige, quantomeno nei casi dubbi, l'applicazione dell'art. 2³²². Ed è un'osservazione non di poco

³¹⁸ A. PERULLI, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sull'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015: una sentenza interlocutoria in LDE.it* 23 marzo 2020, nello stesso senso M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, cit., 4.

³¹⁹ P. TOSI, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, in *LDE*, 2020, 1, 5.

³²⁰ Anche se in modo criptico la Corte ha riconosciuto che possono verificarsi «situazioni in cui l'applicazione integrale della disciplina della subordinazione sia ontologicamente incompatibile con le fattispecie da regolare, che per definizione non sono comprese nell'ambito dell'art. 2094 cod. civ.» (punto 41). Ma su cui v. *infra*.

³²¹ G. PROIA, *Le “collaborazioni organizzate” dal committente: punti fermi (pochi) e incertezze (tante)*, cit., 506; M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinazione nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *DL* 1998, 4-5, I, 203 ss.

³²² Si segnala, a tale proposito, il comunicato stampa del 24 febbraio 2021 della Procura della Repubblica di Milano che, all'esito di una complessa indagine, ha riscontrato da parte delle società Foodinho srl – Glovo, Uber Eats Italy srl, Just Eat Italy srl e Deliveroo Italy srl le violazioni delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, sul presupposto che i riders, assunti per lo più con contratti di lavoro autonomo occasionale ex art. 2222 c.c., svolgono invece una prestazione di tipo coordinato e continuativo, sussumibile nella

conto, giacché la qualificazione del rapporto come etero-organizzato, a differenza di quanto previsto per quello subordinato (puro), consente alla contrattazione collettiva di selezionare le tutele, a prescindere dal ricorso ai contratti di cui all'art. 8 della legge 148 del 2001 sulla cui legittimità costituzionale, com'è noto, sono state avanzate fondate perplessità.

Sposa la tesi della qualificazione del lavoro dei *riders* come subordinato in un caso specifico, che è rimbalzato agli onori della cronaca, il Tribunale di Palermo³²³. Caso che riguarda la piattaforma Foodinho (che opera in Italia con il marchio Glovo), le cui modalità gestionali sono analoghe a quelle esaminate dai giudici di Torino e di Milano. Questa volta, però, il giudice si sofferma con certissima attenzione sulle concrete modalità attuative del rapporto, affermando l'irrelevanza dell'autonomia delle parti nella fase genetica ed invece la prevalenza ai fini qualificatori della fase funzionale (in sintonia con il *modus operandi* della Corte d'Appello di Torino, ma con risultati affatto diversi).

Il giudice palermitano perviene a questa conclusione dopo una lunga e argomentata premessa in cui esamina il panorama comparato; e si sofferma sulle più importanti sentenze emesse dalle corti francesi e spagnole³²⁴. Per entrambe si sottolinea l'approdo alla natura subordinata del lavoro dei *riders* e dei *drivers* se l'attività di lavoro sia assoggettata al potere datoriale di emanare ordini e direttive, vi sia il controllo dell'esecuzione e la sanzione delle mancanze. Questi elementi costitutivi della subordinazione vengono riscontrati, secondo i giudici francesi³²⁵, quando la piattaforma preveda la disconnessione temporanea dell'applicazione in caso di superamento di un certo numero di rifiuti della chiamata o nel caso di segnalazione di «comportamenti problematici», che configura un sistema di *bonus/malus*, evocativo di un potere sanzionatorio in capo all'imprenditore. Perviene allo stesso risultato la Corte spagnola sulla base di una applicazione del concetto di subordinazione (i cui elementi essenziali in quell'ordinamento sono costituiti dalla dipendenza e dall'alienità) inteso come integrazione dei lavoratori nell'organizzazione di impresa; tale concetto è divenuto più flessibile nella società post-industriale e quindi richiede un adattamento quando la prestazione si svolga attraverso sistemi di controllo digitalizzati per la prestazione dei servizi³²⁶.

Successivamente il giudice si sofferma sulle posizioni della giurisprudenza nazionale in ordine agli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., mostrando adesione alla ricordata

fattispecie di cui all'art. 2 co. 1, del d. lgs. n. 81/2015. Quale ulteriore conseguenza di questa riqualificazione l'INL, con quattro verbali di accertamento, ha ingiunto alle medesime società di provvedere alla «applicazione del trattamento retributivo del lavoratore dipendente» e «del conseguente inquadramento previdenziale», disponendo altresì in capo alle stesse l'obbligo di fornire ai lavoratori un'adeguata informazione sugli istituti tipici del lavoro subordinato ad essi applicabili (Comunicato stampa INL, cit. nt. n.1).

³²³ Trib. Palermo, 24 novembre 2020, n. 3570, in *GD*, 2020, 48, 12. Su cui, tra i tanti v. M. BARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders: Tribunale di Palermo, 24 novembre 2020*, in *LLI*, 2021, 61 ss.; F. CARINCI, *L'ultima parola sui rider: sono lavoratori subordinati*, in *LDE*, 2021 ss.; G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziavivile.com.*, 24 dicembre 2020.

³²⁴ Apprezza «l'attenzione riservata alla comparazione in un settore caratterizzato dal livello multinazionale della piattaforma e dalla omogeneità delle condizioni di lavoro che la piattaforma riserva ai *riders* in diversi parti del mondo» M. V. BALLESTRERO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, cit., 13.

³²⁵ Cour de Cassation, Chambre sociale, 4 marzo 2020, n. 374, su cui A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*, in *LLI*, 2020, 6, 1 ss.; ma cfr. anche la precedente sentenza della stessa Corte 28 novembre 2018, n. 1737.

³²⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, 25 settembre 2020, n. 805, su cui G. PACELLA, *Il Tribunal Supremo spagnolo ci insegna qualcosa sul lavoro dei riders e anche sulla subordinazione del XXI secolo*, in *LLI*, 2020, 6, 14 ss.

teoria della “doppia alienità” e alla «etero-direzione attenuata», l’una e l’altra (pur nella loro diversità concettuale, aggiungiamo noi) considerate operazioni «di adeguamento della normativa alla mutata realtà». Questo prologo dovrebbe essere funzionale alla risoluzione del caso. Ma in effetti, se pur sintomatico dell’opzione del giudice di valorizzare e generalizzare l’art. 2094 c.c. rispetto all’art. 2 (la cui applicazione era richiesta in via subordinata), tuttavia non sembra determinante, giacché poi il *decisum* è piuttosto fondato sulla sussistenza in concreto della etero-direzione riscontrata attraverso l’adattamento dei tradizionali indici presuntivi alla dinamica organizzativa governata dalla piattaforma»³²⁷. La sentenza esalta l’approccio funzionale all’interpretazione dell’art. 2094 c.c., in linea con i ricordati approdi cui sono pervenuti gli organi giurisdizionali di altri Paesi europei con ordinamenti di *civil law*³²⁸. Tuttavia va considerato che in essi non è prevista la fattispecie del lavoro etero-organizzato, che rimescola, non solo sul piano terminologico, i termini del problema qualificatorio.

La subordinazione è ravvisata dal giudice nel fatto che «le consegne vengono assegnate dalla piattaforma tramite algoritmo, sulla scorta di criteri del tutto estranei alle preferenze e allo stesso generale interesse del lavoratore», il quale viene selezionato, non solo in quanto possa essere “loggato” prima dell’assegnazione della consegna e si trovi nelle vicinanze del punto di partenza, ma anche secondo un punteggio correlato a determinati parametri (attività svolta nel periodo di alta domanda, efficienza ed esperienza del lavoratore, *feedback* dell’utente e del partner, rispetto del termine di preavviso per la cancellazione della prenotazione), che comporta una valutazione positiva o negativa; e quest’ultima, poiché riduce le possibilità di lavorare a condizioni migliori, costituisce una «sanzione disciplinare atipica»³²⁹. Sicché la sua «liberà ... di scegliere se e quando lavorare ... non è reale, ma solo apparente e fittizia».

La qualificazione come subordinato del rapporto dei *riders* è dunque tutta incentrata su sistemi di prenotazione (*slot*) contingentati, in cui le migliori occasioni sono collegate a valutazioni reputazionali elaborate dall’algoritmo sulla base di indici di affidabilità del lavoratore. Ma i più importanti operatori del settore (ad es. Deliveroo e Just Eat) hanno abbandonato questo modello organizzativo e introdotto, per ora in alcune zone, il c.d. *free login*, in cui non occorre la prenotazione anticipata della sessione e tutti i *riders* possono partecipare all’assegnazione dell’incarico³³⁰.

³²⁷ Sull’adattabilità dell’art. 2094 c.c. alle forme di «neo-taylorismo digitale», cfr. A. BELLAVISTA, *Sorveglianza sui lavoratori, protezione dei dati personali ed azione collettiva nell’economia digitale*, in C. ALESSI, M. BARBERA, L. GUAGLIANONE (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Bari, 2019, 151.

³²⁸ Ai provvedimenti ricordati dal Tribunale di Palermo *adde* Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht – BAG*) del 1° dicembre 2020 – 9AZR 102/20, il cui comunicato stampa, annotato da L. Nogler è riportato in *GDLRI*, 2020, 4, 835 ss.

³²⁹ *Contra* Trib. Milano 10 settembre 2018, cit., secondo cui il sistema di attribuzione di punteggi «non dà luogo all’applicazione di sanzioni afflittive ... ma solo ad una rimodulazione delle modalità di coordinamento in funzione dell’interesse del committente ad una più efficiente gestione dell’attività, che non mette comunque in discussione la libertà del prestatore di scegliere giorni e orari di lavoro, sia pure in un ventaglio di possibilità più limitato»; nello stesso senso Cour d’appel de Lyon - Chambre Sociale B, arret du 15 janvier 2021, per la quale le regole comportamentali sono imposte nel quadro di una buona relazione commerciale fra due parti e non differiscono da quelle che si applicano in altri tipi di relazioni contrattuali come per esempio nel contratto di *franchising*. In dottrina cfr. P. ICHINO, *La stretta giurisprudenziale e legislativa sulle collaborazioni continuative*, cit., 91, il quale ritiene che l’assoggettamento al potere disciplinare è «di per sé compatibile anche con la struttura del rapporto di collaborazione autonoma continuativa, così come con quella di altri rapporti di durata». Sulla «problematicità della riconduzione dell’utilizzo di determinati strumenti», tra cui «le modalità di allocazione algoritmica del lavoro in funzione del *rating* e l’eventuale sospensione degli *account* ...», all’esercizio dei poteri datoriali piuttosto che alla mera organizzazione dell’attività economica», cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all’algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019, 81.

³³⁰ A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione*, nota a Trib. Palermo 24 novembre 2020, in corso di pubblicazione su *RGL*.

Dunque una maggiore libertà in termini di tempi, luoghi, e orario di lavoro (come afferma Jus Eat), che però comporta un costo umano ancora maggiore rispetto all'altro sistema in termini di stress da competitività e di un probabile aumento di incidenti stradali. In ogni caso il cambiamento rende incerta l'applicazione dell'art. 2094 e marca la centralità dell'art. 2.

7. L'art. 2 dopo la novella del 2019: il lavoro etero-organizzato è attratto nell'area dell'autonomia.

La tesi che ritaglia la fattispecie dell'art. 2 dalla più vasta area del lavoro autonomo, individuandone un nuovo sottotipo, esce rafforzata dalla novella del 2019. La sostituzione della parola «esclusivamente» con «prevalentemente» quale requisito della personalità della prestazione è infatti incompatibile con la fattispecie di cui all'art. 2094 c.c., in cui il vincolo personalistico sta alla base del potere direttivo (e ne costituisce altresì il limite).

La non esclusività della prestazione è compatibile con la etero-organizzazione, in quanto quest'ultima non riguarda i mezzi impiegati dal lavoratore ma le modalità esecutive estrinseche della prestazione. I primi (la bicicletta, il motociclo, l'automobile) o il ricorso ad un aiuto saltuario per il trasporto e la consegna dei beni rientrano nella libertà del lavoratore (se non sono contrattualmente predeterminati) e costituiscono un mero ausilio della sua attività personale, purché siano compatibili con il programma negoziale e le indicazioni esecutive trasmesse³³¹.

Tuttavia, posto che l'esecuzione della prestazione di lavoro è, come afferma la disposizione, organizzata dal committente, i mezzi materiali inespressivi – cioè «strumentali allo svolgimento di ogni attività, o strettamente necessari all'esplicazione delle energie lavorative»³³² – e l'utilizzo di eventuali collaboratori non può che essere marginale e comunque funzionale al potere di coordinamento che spetta al committente.

Anche l'eliminazione del c.d. coordinamento spazio-temporale, cioè dei vincoli di luogo e di orario della prestazione, rafforza la tesi dell'autonomia, giacché fa venir meno modalità di assoggettamento addirittura non richieste per individuare in concreto la subordinazione, tant'è che parte della dottrina aveva ritenuto che l'art. 2 «avrebbe un ambito applicativo più ristretto ... dell'art. 2094 (non essendo lì siffatte modalità, per diritto vivente, indispensabili)»³³³.

Resta dunque quale unico criterio discretivo della fattispecie l'etero-organizzazione, la quale però, come è stato da più parti osservato, presenta cospicui margini di indeterminatezza, in quanto il carattere dell'inserimento nell'organizzazione aziendale, e quindi del coordinamento, si riscontra anche nelle collaborazioni a carattere continuativo di cui all'art. 409 n. 3 c.p.c.

Si è rilevato che il coordinamento è sempre presente in qualsiasi collaborazione continuativa e quindi ampia è la discrezionalità nella valutazione sull'idoneità di questo a configurare l'etero-organizzazione quale unico elemento per individuare la fattispecie dell'art. 2 del d. lgs. n. 81/2015. Peraltro il quadro si è ancor più complicato a seguito della tutela apprestata alle forme che l'art. 47bis dello stesso decreto ha denominato lavoro autonomo tramite piattaforma.

In prima battuta si deve osservare che mentre il nuovo testo dell'art. 409 n. 3 c.p.c., per come

³³¹A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit. 41-43.

³³²G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Torino, 2003, 31.

³³³P. TOSI, *Le collaborazioni eterorganizzate*, in *GI*, 2016, 3, 739.

modificato dall'art. 15 della l. n. 81/2017, precisa che la collaborazione nelle prestazioni di opera continuative e coordinate, prevalentemente personali, «si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa», l'art. 2 richiede che sia il committente ad organizzare unilateralmente le modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro. Il che conduce a ritenere che la differenza fra le due tipologie consista, per un verso, nella consensualità o unilateralità del coordinamento e, per l'altro, nelle modalità in cui esso si estrinseca: nelle collaborazioni resta in capo al lavoratore il potere di decidere ed organizzare le modalità di adeguamento all'organizzazione produttiva dell'impresa, mentre nel caso del lavoro etero-organizzato le prescrizioni del committente non si limitano a semplici indicazioni concernenti il risultato atteso, come si verifica in tutti i rapporti di durata, ma si estendono all'esecuzione delle prestazioni lavorative secondo *input* indotti dall'organizzazione predisposta dal committente, e nella quale il lavoratore è inserito³³⁴.

La riconduzione del lavoro etero-organizzato all'area dell'autonomia ha delle conseguenze di rilievo. In primo luogo la tesi è stata utilizzata per sostenere un'applicazione selettiva della disciplina del rapporto di lavoro subordinato escludendo quegli istituti incompatibili con la sua natura³³⁵. Ma si tratta di un'interpretazione del dato normativo che contrasta con la sua formulazione letterale e che può trovare adesione limitatamente ad alcuni segmenti di disciplina la cui presenza nel concreto atteggiarsi del rapporto denoterebbe la subordinazione, quali l'esercizio del potere direttivo, disciplinare o di modificazione delle mansioni³³⁶. Pertanto la tutela si estende non solo alle regole in materia di retribuzione, orari, ferie, riposi, obbligo di diligenza e fedeltà etc, ma anche di licenziamento, giacché pure nei rapporti autonomi di durata (v. ad es. art. 1725 c.c.) è prevista la facoltà di recesso³³⁷, nonché in ordine ai rapporti previdenziali³³⁸.

In secondo luogo l'attrazione dell'art. 2 nella sfera delle collaborazioni autonome «qualificate» consente di superare i dubbi di illegittimità costituzionale, sotto il profilo dell'indisponibilità del tipo³³⁹, sulla facoltà derogatoria attribuita all'autonomia collettiva³⁴⁰; incertezze che a nostro avviso non sussistono anche con riguardo ad una presunta violazione del principio di eguaglianza/ragionevolezza³⁴¹ in quanto l'identità di tutela fra la fattispecie di cui all'art. 2 e quella di cui all'art.

³³⁴ Cfr. A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, in *RIDL*, 2020, 1, 80; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padova, 2013, 135.

³³⁵ A. MARESCA, *Brevi cenni sulle collaborazioni eterorganizzate*, cit. 82 ss. Nello stesso senso C. Appello Torino 4 febbraio 2019, n. 26, cit., che esclude l'applicazione della tutela in materia di licenziamento illegittimo.

³³⁶ M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora*, cit., 355.

³³⁷ A. PERULLI, *Collaborazioni etero-organizzate, coordinate e continuative e subordinazione: come "orientarsi nel pensiero"*, in *DRI*, 2020, 2, 308.

³³⁸ In questo senso cfr. circolare INL 30 ottobre 2020, n. 7.

³³⁹ In questo senso v. Cass. 4 aprile 2019, n. 9471, con riguardo alla conversione del lavoro a progetto, secondo cui il principio è stato dettato dalla Corte costituzionale (sentenze nn 25 marzo 1993 n. 121 e 23 marzo 1994 n. 115) «al fine di evitare sottrazioni di tutele al lavoro subordinato, ed è sorretto da una ragione verosimilmente univoca e non invocabile nel caso inverso».

³⁴⁰ P. Tosi, *L'art. 2, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, cit., 1127-1129.

³⁴¹ Ritengono che il principio di indisponibilità del tipo risolvendosi in una valutazione di ragionevolezza della legge dovrebbe trovare applicazione anche nei confronti del lavoro autonomo etero-organizzato M.T. CARINCI, *Il lavoro eterorganizzato si fa strada...sulle ruote dei riders di Foodora*, cit., 354, M. MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, - 294/2016, 12.

2094 c.c. appare giustificata dalla particolare posizione di debolezza economica, e quasi sempre sociale, del collaboratore che sotto questo profilo può accostarsi al lavoratore subordinato.

Non è parimenti condivisibile il rilievo critico su una possibile violazione dell'art. 101, par. 1 TFUE ravvisata nel contrasto con la libertà di concorrenza che verrebbe compressa dall'estensione ai lavoratori autonomi – in linea di principio rientranti nell'ambito delle imprese nel senso dell'art. 101 citato – della disciplina dettata per il lavoro subordinato. Infatti, come messo in evidenza dalla Corte di giustizia, un prestatore autonomo «può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente»³⁴².

D'altronde non esiste una nozione unitaria di lavoratore subordinato nel diritto dell'Unione europea³⁴³, ma essa varia a seconda del settore di applicazione ³⁴⁴.

Nel caso esaminato dalla Corte di giustizia nella sentenza richiamata la valorizzazione dell'elemento dell'etero-organizzazione quale elemento decisivo di qualificazione dà legittimazione, sul piano del diritto eurounitario, all'estensione delle tutele proprie dei lavoratori subordinati alla fattispecie di cui all'art. 2.

8. La complicazione del quadro: l'inadeguata e contraddittoria definizione contenuta nell'art. 47bis del d. lgs. n. 81/2015.

Ancora più incerta è la distinzione tra collaborazioni etero-organizzate e le ipotesi contrattuali regolate dal Capo Vbis inserito dal ricordato d.l. n. 101/2019, intitolato «tutela del lavoro tramite piattaforme digitali», ma che in realtà ha un campo più circoscritto in quanto si riferisce a lavoratori, qualificati come autonomi, che svolgono attività di consegna beni per conto altrui in ambito urbano a mezzo di velocipedi o motocicli su due o tre ruote, attraverso piattaforme anche digitali (art. 47bis), e quindi potendovi rientrare anche sistemi di smistamento tramite altri mezzi come ad esempio le chiamate telefoniche.

A questi lavoratori non si applica la disciplina del lavoro subordinato, ma una tutela di base, non per questo di scarsa rilevanza, che riguarda i criteri di determinazione del compenso, la tutela antidiscriminatoria, l'applicazione del codice della *privacy*, la copertura assicurativa contro gli infortuni e le malattie professionali e il rispetto della normativa in materia di salute e sicurezza sul

³⁴² Corte giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media / Staat der Nederlanden*, punto n. 33, in *RIDL*, 2015, 2, 566, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*.

³⁴³ S. GIUBBONI, *Per una voce sullo status di lavoratore subordinato nel diritto dell'unione europea*, *RDSS*, 2018, 2, 207; G. PACELLA, *La nozione euro-unitaria di lavoratore dipendente alla prova della gig economy: si pronuncia la Corte di giustizia europea*, in *LLI*, 2020, 1, 23. Sui criteri di individuazione del lavoratore subordinato, con riferimento specifico all'economia collaborativa v. Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, cit., 12 ss.

³⁴⁴ Corte giust. 16 luglio 2009, C-208/07, - *Petra von Chamier-Gliscinski v Deutsche Angestellten-Krankenkasse*; 12, 1998, C-85/96, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern*.

lavoro³⁴⁵; a queste normative la legge aggiunge la tutela della libertà e dignità del lavoratore, con un evidente richiamo (implicito) alle disposizioni di cui al Titolo I dello Statuto dei lavoratori, che pertanto estende il suo campo di applicazione oltre quello proprio del lavoro subordinato³⁴⁶.

La disposizione ha quindi un ambito limitato, che appare invero incomprensibile sia nel riferimento al luogo di svolgimento dell'attività, confinato ad un'area ristretta di cui è poco chiara l'individuazione, sia nell'indicazione del mezzo impiegato, giacché esclude dalla sua applicazione l'utilizzo di autovettura³⁴⁷. Ma tralasciando questi aspetti, il punto più critico, ai fini della sua distinzione dal lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 d. lgs. n. 81/2015, è stato a ragione individuato in quella parte della disposizione che definisce le piattaforme digitali come «i programmi e le procedure informatiche utilizzati dal committente ... strumentali alle attività di consegna dei beni, fissandone il compenso e determinando le modalità di esecuzione della prestazione». Il fatto è che tali modalità gestionali appaiono incompatibili con la qualificazione, operata al co.1 dell'art. 47bis, di lavoratori autonomi, la quale presuppone l'assenza di poteri unilaterali in capo al committente sulla conformazione della prestazione alle esigenze organizzative e, per i co.co.co., il coordinamento su base consensuale³⁴⁸; e sono sovrapponibili agli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2, nella quale peraltro non vi è alcuna indicazione circa la fissazione del compenso.

Non ci sembra appagante per superare il nodo qualificatorio ritenere che «l'intento legislativo è quello di collegare tutele minimali non ad una fattispecie negoziale ma ad un modo di lavorare considerato denotativo di una particolare condizione di debolezza socio-economica»³⁴⁹. Infatti anche qui, come per l'art. 2, deve osservarsi che la disposizione individua un distinto centro di imputazione di effetti giuridici e, come tale, non può applicarsi *ex se* ma richiede comunque il verificarsi della fattispecie.

Per superare l'*impasse* di questo corto circuito normativo la circolare n. 17 del 19 novembre 2020 del Ministero del lavoro ha ritenuto la disposizione «residuale» in rapporto all'art. 2, affermando che essa ha come tratto identificativo lo svolgimento di «una prestazione di carattere occasionale, ossia priva del carattere della continuità richiesto dall'art. 2 come necessario requisito per

³⁴⁵ Trib. Firenze, decr. 1° aprile 2020, in *ADL*, 2020, 4, 1000, con nota di S. CARRA.

³⁴⁶ Secondo Trib. Firenze, 9 febbraio 2021 (n.2425/2020 RG), l'art. 28 St. lav. non trova applicazione al lavoro etero-organizzato di cui agli artt. 2 e 47bis, in quanto esso è «garanzia tipica del rapporto di lavoro subordinato». La sua esclusione dalla tutela di cui all'art. 2 consisterebbe nel fatto che «il livello di protezione accordato dalla disciplina del lavoro subordinato» ha «quali destinatari i singoli prestatori di lavoro titolari di rapporti di collaborazione organizzata dal committente, e non le organizzazioni sindacali portatrici di interessi collettivi»; nei confronti dei lavoratori di cui al Capo Vbis il rinvio contenuto nell'art. 47 *quinquies* alla tutela della libertà e dignità del lavoratore «può ragionevolmente intendersi come richiamante il Titolo I dello Statuto dei Lavoratori» e non pare idoneo «a sorreggere l'estensione» dell'art. 28 (collocato nel Titolo IV) «ai rapporti di lavoro autonomo e/o occasionale dei riders». La tesi però non tiene conto dell'articolata funzione del procedimento di repressione della condotta antisindacale, rivolto a garantire l'effettività non solo dell'attività sindacale, ma anche dei diritti fondamentali dei singoli, e in tal senso la norma persegue «lo scopo di tutelare la libertà e la dignità dei lavoratori, realizzando per questa via l'uguaglianza sostanziale dei cittadini»: C. DE MARCO, *L'art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e attualità*, Napoli, 2019, 19.

³⁴⁷ Rilievi sollevati già dal Servizio studi del Senato nel Dossier del 12 settembre 2019, sulla legge di conversione del d.l. n. 101/2019.

³⁴⁸ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, cit., 17.

³⁴⁹ O. RAZZOLINI, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo coordinato: una rilettura*, cit., 375.

integrare la fattispecie dei rapporti di collaborazione organizzati dal committente»³⁵⁰.

In effetti l'art. 47bis non richiede la continuità della prestazione, come invece è espressamente previsto nell'art. 2 e nell'art. 409 n. 3 c.p.c. Tuttavia è stato osservato che l'argomento è debole³⁵¹ e peraltro contraddetto dalla stessa disciplina speciale laddove ad esempio prevede un'indennità risarcitoria del danno per omessa stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro «di entità non superiore ai compensi percepiti nell'ultimo anno...»³⁵². Ma è forse l'unica lettura possibile di una disposizione palesemente incongrua.

L'assenza di continuità caratterizza pure il tormentato istituto del lavoro accessorio, introdotto con il d. lgs. n. 276/2003³⁵³, sottoposto a continue modifiche da parte di provvedimenti successivi, abrogato dal d. l. 25/2017, (sotto la spinta della richiesta di referendum abrogativo proposto dalla CGIL), e poi "sostituito" con le prestazioni occasionali di cui all'art. 54bis del d. l. n. 50/2017 (conv. nella l. n. 96/2017)³⁵⁴.

Anche per quest'ultima fattispecie, non espressamente qualificata dal legislatore - e tuttavia ricondotta all'attività di lavoro autonomo prevedendosi l'iscrizione all'apposita Gestione separata presso l'Inps ai fini dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti -, sono previste delle tutele minime, (riposo giornaliero, pause e riposi settimanali, compenso minimo orario).

L'accostamento alla prestazione dei *riders* è stato sottolineato da una parte della dottrina, la quale, prima della novella del 2019, ha auspicato che «allo schema adottato per il lavoro occasionale potrebbe ispirarsi un primo intervento protettivo nel campo del lavoro organizzato mediante le piattaforme digitali»³⁵⁵. Ma il legislatore si è mosso in tutt'altra direzione: infatti le modifiche apportate all'art. 2 sono tali da includere nel lavoro etero-organizzato anche l'attività dei *riders*, marginalizzando le ipotesi di cui all'art. 47bis³⁵⁶, quando la prestazione, nelle sue concrete modalità espressive, non possa essere sussunta nelle fattispecie di lavoro etero-organizzato di cui all'art. 2 o di lavoro subordinato.

Peraltro il ricorso alle prestazioni occasionali è limitato nell'ambito di precisi parametri temporali ed economici che rendono il modello difficilmente utilizzabile. Il vero è che, in assenza di puntuali

³⁵⁰ In www.lavoro.gov.it.

³⁵¹ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 12.

³⁵² P. TOSI, *La Corte di Cassazione e i riders. Lettura critica della sentenza n. 1663/2020*, cit., 7, nt. 8.

³⁵³ Su cui v. M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da particolari soggetti*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., 860, secondo cui «vi sarebbero dunque prestazioni di lavoro accessorio, non un contratto di lavoro».

³⁵⁴ Su cui v. C. CORDELLA, *Libretto di famiglia e contratto di prestazione occasionale: individuazione della fattispecie*, in *RIDL*, 2018, 4, 1158 ss, che stigmatizza «la degenerazione legislativa a favore di forme atipiche di regolazione dei rapporti, accostata a una più forte necessità di salvaguardare lo sviluppo dei diritti — e in questo senso la funzione assiologica — al di fuori dei tratti classificatori del lavoro subordinato».

³⁵⁵ P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella Gig-economy*, cit., 302.

³⁵⁶ *Contra*, ci sembra, F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit. 8 ss. secondo cui l'art. 47 bis va scorporato dall'art. 2 e se ne differenzia strutturalmente in quanto mentre quest'ultimo «attiene a collaborazioni organizzate dal committente la cui continuità rappresenta una caratteristica naturale», il primo «concerne una disponibilità consensualmente determinata nella durata a svolgere attività puntuali rimesse volta a volta alla scelta del lavoratore».

indicazioni della legge³⁵⁷ non è possibile enucleare una nozione generale di continuità. Del resto la stessa circolare del Ministero del lavoro citata ha riconosciuto che tale requisito «... si determina caso per caso, tanto con riferimento alla reiterazione della prestazione, quanto con riferimento alla durata del rapporto; pur dinanzi all'occasionalità della prestazione, rileva altresì l'interesse del committente al ripetersi della prestazione lavorativa e della disponibilità del collaboratore ad eseguirla, all'interno di un arco di tempo apprezzabile». Il *discrimen* tra i diversi ambiti di regolazione è lasciato, dunque, al prudente apprezzamento del giudice.

9. Il ruolo della contrattazione collettiva: tutele, rappresentatività e perimetri categoriali.

Un'interpretazione ritenuta coerente con l'intento del legislatore — anche se non risolve il problema definitorio della piattaforma e quindi della confusione tra le due fattispecie — considera le tutele minime per i *riders*, introdotte dal nuovo Capo *Vbis* del d. lgs. n. 81/2015 come costituenti una sorta di nocciolo duro di diritti, intangibile da parte della contrattazione collettiva intervenuta ai sensi dell'art. 2, co. 2 per selezionare le tutele applicabili al rapporto: queste non potranno che sommarsi alle garanzie individuate dal Capo *Vbis*, potendovi apportare unicamente deroghe migliorative³⁵⁸. E tuttavia non si può non rilevare che molte delle disposizioni protettive non possono in ogni caso essere messe in discussione dalla contrattazione collettiva di cui all'art. 2, co. 2, in quanto attuative di principi costituzionali, di normative comunitarie e di convenzioni internazionali, sicché le uniche prescrizioni della legge inderogabili da parte dell'autonomia collettiva restano quelle relative al diritto del lavoratore ad un'indennità integrativa per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli (art. 47*quater*, co.3) e il divieto di escludere il *riders* dalla piattaforma o di ridurre le occasioni di lavoro a causa della «mancata accettazione della prestazione» (art. 47*quinquies*, co.2). Quest'ultima previsione limita la possibilità delle piattaforme di introdurre il c.d. *ranking reputazionale*, gestito da un algoritmo predisposto per selezionare le prenotazioni (*slot* disponibili) secondo indici di affidabilità. Si tratta di una modalità di selezione che, in quanto considera irrilevanti i motivi della mancata partecipazione alla sezione prenotata (o della sua cancellazione tardiva), può concretizzarsi in discriminazioni indirette, dal momento che questa forma di penalizzazione si applica nella stessa misura tanto a chi si astiene dalla prestazione «per futili motivi o invece «perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di un handicap o un minore malato, etc.)»³⁵⁹.

Si potrebbe obiettare che la legge affida alla contrattazione collettiva di cui all'art. 2 co. 2 e all'art.

³⁵⁷ Precisa era al riguardo la disposizione di cui all'art. 61, co. 2, d. lgs. n. 276/2003, la quale aveva escluso dal campo di applicazione del lavoro a progetto «i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nell'anno solare ...».

³⁵⁸ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomia*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona.IT*, cit. 61.L'A. comunque manifesta «l'insoddisfazione per un disposto (l'art. 47*bis* co2) che poteva essere del tutto omesso, lasciando imprecisata la nozione di piattaforma, e consentendo in tal modo di applicare le tutele minime a tutti i rapporti di lavoro autonomo che non abbiano le caratteristiche dell'etero-organizzazione di cui all'art. 2, co.1., e, quindi, ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e ai contratti d'opera, senza l'imbarazzo di dover considerare compatibili quei rapporti con una definizione di piattaforma del tutto inadatta allo scopo».

³⁵⁹ Trib. Bologna, ord. 31 dicembre 2020, su cui A. PERULLI, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, 1; M. V. BALLESTRERO, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *www.rivistalabor.it*.

47 *quater* co. 1, funzioni diverse: alla prima un potere derogatorio all'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato, alla seconda la definizione di «criteri di determinazione del compenso complessivo che tengano conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione dei committenti»³⁶⁰, nonché «un'indennità integrativa per il lavoro notturno, festivo o in condizioni meteorologiche sfavorevoli»³⁶¹. Ma ciò non è ostativo alla vincolatività per entrambe delle tutele minime previste nel Capo *Vbis*, in quanto sarebbe irragionevole e incoerente ritenerle applicabili solamente alle ipotesi speciali per i *riders* “autonomi” e non anche ai *riders* che svolgono continuativamente la loro attività.

Se così è, deve ammettersi la possibilità che lo stesso contratto collettivo disciplini congiuntamente le due fattispecie. Ciò si è verificato con l'accordo stipulato il 15 settembre 2020, (e, dunque, prima dell'entrata in vigore dell'art. 47 *quater*, prevista dodici mesi dopo la legge di conversione del d.l. n. 101/2019), tra Assodelivery e Ugl rider, la cui legittimità è stata contestata dall'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro, con nota del 17 settembre 2020, sotto il duplice profilo dell'assenza di maggiore rappresentatività comparata e del criterio di determinazione del compenso con esclusivo riferimento al sistema del cottimo. Su quest'ultimo punto la critica si basa su una lettura “sistematica” dei commi primo e secondo dell'art. 47 *quater*, secondo la quale anche il contratto collettivo deve fare salva l'esigenza della garanzia di un compenso minimo orario. Ma in realtà, pur nel lodevole intento di estendere il sistema di retribuzione a tempo (più coerente con le finalità perseguite dall'art. 36 Cost., anche se ne è dubbia l'applicazione al lavoro economicamente dipendente³⁶²), si tratta di una forzatura del testo che invero non consente tale interpretazione; la quale si basa unicamente sulla distinzione tra «compenso complessivo» correlato alle «modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente», i cui criteri di determinazione sono rimessi alla contrattazione, e «compenso minimo orario», che dovrebbe sempre essere vietato alla contrattazione «alla stregua di una tutela minima inderogabile fissata dalla legge»³⁶³. Solo che, anzitutto non si comprende perché nel compenso complessivo non debba essere ricompresa anche la modalità, a tempo o a cottimo, di determinazione del corrispettivo; in secondo luogo, si omette di considerare la chiara indicazione contenuta nell'*incipit* dell'art. 47 *quater*, co. 2, che subordina la garanzia legale del compenso minimo orario al «difetto della stipula dei contratti di cui al comma 1».

L'aspetto più delicato riguarda l'individuazione degli attori negoziali e degli ambiti categoriali di riferimento dei contratti collettivi stipulati tanto ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett.a), quanto dell'art. 47 *quater*, co. 1. Anzitutto per il secondo contratto la legge ha utilizzato, a differenza che per il primo, la preposizione articolata «dalle» per indicare le associazioni sindacali e datoriali

³⁶⁰ Prevedendo al co. 2 che, «in difetto della stipula dei contratti» collettivi, i lavoratori «non possono essere retribuiti in base alle consegne effettuate e ai medesimi lavoratori deve essere garantito un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti sottoscritti dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale».

³⁶¹ Stabilita, in mancanza di contratti collettivi, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 47 *quater*, co.3).

³⁶² A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., 7, che parlando dei dipendenti Foodora si chiede se non fosse «il caso di preoccuparsi (*de iure condendo*)» del fatto che questi, «pur formalmente autonomi, possano percepire, in ipotesi, una retribuzione del tutto inadeguata rispetto alla prestazione resa, al di fuori di ogni controllo di adeguatezza sociale ex art. 36 Cost.».

³⁶³ Circolare Ministero del lavoro n. 17 del 19 novembre 2020, cit., 4.

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Il che letteralmente potrebbe far ritenere che nell'ultimo caso il contratto debba essere stipulato da tutte le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, mentre nel primo sia sufficiente la sottoscrizione anche soltanto di una sigla sindacale in possesso dei requisiti richiesti.

È stato osservato che il differente uso della preposizione non è significativo³⁶⁴. Esso però, a nostro avviso, indica una svolta del legislatore rispetto ai precedenti che si erano andati consolidando fin dal d. lgs. n. 276/2003, come risulta anche dall'art. 14, co.3, del d.l. n. 104/2020, conv. nella l. n. 126/2020, laddove dispone la deroga al blocco dei licenziamenti nel caso accordi collettivi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro stipulati «dalle organizzazioni sindacali ...».

Questo cambio di passo corrisponde, dunque, ad una precisa scelta di politica legislativa, qui volta ad escludere forme di contrattazione separata e spiega l'uso della preposizione semplice nell'art. 2, co. 2, lett.a), inquadrato nel contesto del *Jobs Act*.

Per superare la contraddizione tra le due disposizioni forse sarebbe opportuno tenere conto delle finalità sottese al rinvio operato dalla legge alla contrattazione, a cui, nella prima ipotesi (art. 2), è consentito derogare alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato (senza alcun limite salvo quelli disposti dal *CapoVbis*), e nella seconda (art. 47*quater*) di «contrastare forme di competizione salariale al ribasso»³⁶⁵. In considerazione di questi scopi, e prescindendo dalla valenza della preposizione, la soluzione potrebbe consistere, qualora più sindacati maggiormente rappresentativi abbiano stipulato diversi contratti collettivi, nel recuperare il significato originario dell'avverbio «comparativamente», richiedendosi quindi una pesatura tra le organizzazioni maggiormente rappresentative.

Nel contratto Assodelivery-Ugl rider, a fronte di una significativa rappresentatività della parte datoriale, non risulta che Ugl rider, pur tenendo conto del basso tasso di sindacalizzazione tra i *rider*s, soddisfi il requisito della maggiore rappresentatività considerato, a quanto risulta, l'esiguo numero degli iscritti in proporzione ai lavoratori del settore. È irrilevante che questo sindacato aderisca alla confederazione Ugl riconosciuta come maggiormente rappresentativa, poiché i criteri di misurazione vanno condotti con riferimento all'ambito categoriale interessato e delimitato dalle parti.

Peraltro i sindacati del settore logistica Filt/Cgil, Fit/Cisl, Uiltrasporti hanno sottoscritto con diverse associazioni datoriali il 2 novembre 2020 un «Protocollo attuativo dell'art. 47*bis* ss. D. Lgs. 81/2015» che garantisce tra l'altro un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti dal Protocollo 18 luglio 2018 stipulato dalle stesse parti ai sensi dell'art. 2, co. 2, lett.a). Si potrebbe obiettare che la regolazione è disposta da soggetti rappresentativi di un'area categoriale più vasta rispetto a quella ritagliata esclusivamente per i *rider*s dal contratto firmato da Assodelivery e Ugl rider e che quindi, essendo nata una nuova categoria nel pieno rispetto del principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co.1, Cost., tale ultimo contratto dovrebbe essere l'unico

³⁶⁴ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 18.

³⁶⁵ Circolare Ministero del lavoro n. 17 del 19 novembre 2020, cit., 4.

a trovare applicazione. Ed è questa un'opinione espressa da una parte della dottrina³⁶⁶. La questione però è dubbia, in quanto la sua soluzione dipende dalla valutazione di effettiva maggiore rappresentatività del sindacato Ugl rider nel senso che, in carenza di tale requisito, l'accordo da questo stipulato non potrebbe svolgere le funzioni normative, derogatorie o integrative della disciplina legale.

Il vero è che, sul fronte delle relazioni sindacali, il quadro si presenta ancora confuso e frastagliato, sia per quanto riguarda i soggetti rappresentativi dei lavoratori che per la delimitazione della categoria di riferimento³⁶⁷. Si ripropone qui in modo ancor più evidente che negli altri settori, il problema della perimetrazione della categoria contrattuale e della misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali, e su cui stentano a decollare le fonti autonome, mentre le proposte legislative e dottrinali devono confrontarsi con il principio di libertà sindacale³⁶⁸.

³⁶⁶ F. CARINCI, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, cit., 22-23; P. ICHINO, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?*, in *www.lavoce.info*, 21 settembre 2020.

³⁶⁷ Sotto quest'ultimo profilo va segnalato il tentativo di costituire una nuova micro-categoria contrattuale per gli *shoppers* (vedi retro nt. 1). Da quanto si apprende dagli organi di stampa le trattative in corso tra l'associazione Assogrocery (in rappresentanza di Everli) e Fisascat CISL si sono per il momento arenate dato l'esiguo numero di lavoratori che hanno espresso la loro adesione rispetto a coloro che hanno partecipato alla procedura di consultazione indetta dall'organizzazione sindacale.

³⁶⁸ Cfr. da ultimo, anche per la densa bibliografia, M. FERRARESI, *La categoria contrattuale nel diritto sindacale italiano*, Milano, 2020.

Licenziamento per motivi economici illegittimo, “manifesta insussistenza” e reintegrazione nell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive “può”, la Corte costituzionale sostituisce con “deve”*

Giuseppe Pellacani

1. Premessa. La decisione della Corte costituzionale del 24 febbraio 2021.	92
2. Il progressivo “smantellamento” ad opera della Corte delle recenti riforme della disciplina sui licenziamenti.	92
3. L’impatto “ordinamentale” delle recenti decisioni della Corte costituzionale e l’alterazione dell’equilibrio dei rapporti con il legislatore.	94
4. Sarebbe stata prospettabile una soluzione diversa?	95
5. L’impatto immediato della pronuncia.	97
6. Le possibili ricadute sul contratto a tutele crescenti.	98

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 436/2021

1. Premessa. La decisione della Corte costituzionale del 24 febbraio 2021.

Il 24 febbraio la Corte costituzionale si è pronunciata in Camera di consiglio sulla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Ravenna, con Ordinanza (Atto di promovimento) 7 febbraio 2020,³⁶⁹ relativamente ad un possibile contrasto fra l'art. 18, comma 7, l. n. 300/1970, nel momento in cui prevede per il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo un regime di tutela meno favorevole di quello previsto dal comma 4 della medesima disposizione per il licenziamento per ragioni soggettive, e gli artt. 3, comma 1, 41, comma 1, 24 e 111, comma 2 Cost..

Secondo il rimettente, "tra un licenziamento per G.M.O. fondato su un fatto (manifestamente) inesistente e un licenziamento per G.C fondato su un fatto (semplicemente) inesistente non vi" sarebbe infatti "una differenza ontologica, naturalistica", dipendendo la qualificazione da un atto di volontà del datore di lavoro.

La Corte ha dichiarato la questione fondata, riscontrando un contrasto fra la norma censurata, "là dove prevede la facoltà e non il dovere del giudice di reintegrare il lavoratore arbitrariamente licenziato in mancanza di giustificato motivo oggettivo" e l'articolo 3 della Costituzione.³⁷⁰

Sotto la mannaia della Consulta cade dunque il secondo periodo del settimo comma dell'art. 18 dello Statuto, nella parte in cui stabilisce che il giudice "può" "applicare la predetta disciplina" (ovvero la reintegrazione con risarcimento limitato a 12 mensilità) "nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo".

In particolare, la Corte ritiene "che sia irragionevole – in caso di insussistenza del fatto - la disparità di trattamento tra il licenziamento economico e quello per giusta causa: in quest'ultima ipotesi è previsto l'obbligo della reintegra mentre nell'altra è lasciata alla discrezionalità del giudice la scelta tra la stessa reintegra e la corresponsione di un'indennità".³⁷¹

In attesa di poter leggere la sentenza e analizzarne le motivazioni, il "nocciolo" della decisione, reso noto nel comunicato della Corte, si presta comunque già oggi ad alcune considerazioni "a caldo".

2. Il progressivo "smantellamento" ad opera della Corte delle recenti riforme della disciplina sui licenziamenti.

Innanzitutto si deve sottolineare come prosegua lo "smantellamento" da parte della Consulta dell'opera di riforma della disciplina sui licenziamenti avviata dal legislatore nel 2012.

Dopo le due sentenze che hanno colpito al cuore il contratto a tutele crescenti (la n. 194 dell'8

³⁶⁹ Iscritta al n. 101 del registro ordinanze 2020 n. 101, in G.U. n. 36 del 2/9/2020. L'ordinanza può essere letta in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 863. Per un commento cfr. P. Tosi, E. Puccetti, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, p. 516.

³⁷⁰ Così il Comunicato del 24 febbraio 2021 dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210224163339.pdf

³⁷¹ Così sempre il Comunicato del 24 febbraio 2021 dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale.

novembre 2018³⁷² e la n. 150 del 16 luglio 2020³⁷³), attuativo della riforma nota come *Jobs act*, dichiarando l'illegittimità del meccanismo automatico di determinazione dell'indennità risarcitoria per il licenziamento ingiustificato o viziato formalmente parametrato alla sola anzianità di servizio (art. 3, c. 1 e 4 d.lgs. n. 23 del 2015), anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come riformato dalla legge Fornero perde ora un pezzo: il giudice laddove rilevi che le ragioni poste alla base del licenziamento siano manifestamente insussistenti non potrà più scegliere se condannare il datore di lavoro ad un mero risarcimento (nella misura compresa fra dodici e ventiquattro mensilità di retribuzione) oppure alla reintegrazione del lavoratore, ma dovrà per forza applicare quest'ultima tutela.

È curioso a tal riguardo osservare come la discrezionalità del giudice, valorizzata e ripristinata in pieno nelle due sentenze relative al *Jobs act*, subisca oggi una sorte inversa.

Mentre, infatti, con le richiamate sentenze n. 194/2018 e n. 150/2020, nel momento in cui dichiara illegittimi l'art. 3, comma 1 e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 nella parte in cui prevedono in caso di licenziamento ingiustificato o formalmente viziato un'indennità fissa e crescente in funzione della sola anzianità di servizio, la Corte restituisce al giudice il potere di modulare la sanzione tra il minimo e il massimo previsti dalla legge tenendo conto, oltre che dell'anzianità di servizio, anche degli usuali criteri desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti³⁷⁴ (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa e dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)³⁷⁵ nonché (per i vizi formali) della gravità delle violazioni,³⁷⁶ con riguardo all'art. 18, c. 7 dello Statuto, all'opposto, viene sottratta al giudice

³⁷² In *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con commenti di P. Ichino e di M. T. Carinci; in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 611; in *Foro it.*, 2019, I, I, 70, con nota di S. Giubboni. Per l'ampio dibattito su tale decisione si vedano M. Magnani, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 612; M. Maresca, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 - (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, pag. 228; M. V. Ballestrero, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 243; F. Carinci, *all'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 465; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 378/2018; M. Martone, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 1518; C. Pisani, *La corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto/liquido*, in *Mass. giur. lav.*, 2018; i contributi sul n. 1/2019 di *LavoroDirittiEuropa* di P. Ichino, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*; F. Roselli, *La Sentenza della Corte Costituzionale n.194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*; A. Tursi, *Un caso di diritto stocastico*; A. Perulli, *Correzioni di rotta. La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 e il c.d. "Decreto Dignità"*; G. Orlandini, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*; M. Chiodi, *La sentenza della Corte Costituzionale n.194/2018: contenuto, natura ed effetti*; G. Vidiri, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso*; Andrea Del Re, *La prematura fine delle Tutele Crescenti*; R. Cosio, *La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale e l'ordinamento complesso*; M. Persiani, *La sentenza della Corte Cost. n. 194/2018. Una riflessione d'insieme sul dibattito dottrinale.*

³⁷³ In *Diritto & Giustizia 2020*, 17 luglio, con nota di G. Marino. Su tale decisione cfr. L. Zappalà, *Ancora sulla tutela indennitaria nel Jobs Act. La sentenza della Corte costituzionale n. 150 del 2020*, in *LavoroDirittiEuropa*, n. 3/2020; P. Albi, *Violazione degli obblighi procedurali nel licenziamento collettivo e sanzioni dissuasive*, *ivi*, n. 1/2021; R. Diamanti, *Il risarcimento danni conseguente al licenziamento illegittimo. Il percorso della Corte di giustizia, della Corte costituzionale e del Comitato Europeo dei diritti sociali*, *ivi*, n. 1/2021.

³⁷⁴ M. Maresca, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 - (alla ricerca della norma che non c'è)*, cit., par. 8; M. Magnani, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, cit., par. 6;

³⁷⁵ Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194.

³⁷⁶ Corte cost. 16 luglio 2020, n. 150.

la possibilità di modulare la sanzione in relazione alle circostanze del caso concreto.

3. L'impatto "ordinamentale" delle recenti decisioni della Corte costituzionale e l'alterazione dell'equilibrio dei rapporti con il legislatore.

Come è stato correttamente osservato, con le sentenze n. 194 del 2018 e n. 150 del 2020 "la Consulta interviene radicalmente su una precisa scelta legislativa", rimuovendo un parametro chiaro ed intellegibile, quello della parametrizzazione automatica dell'indennità risarcitoria alla sola anzianità di servizio, così "eliminando di fatto l'aggettivo "crescenti" dalla disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti".³⁷⁷

Lo stesso può dirsi in relazione alla decisione assunta in camera di consiglio il 24 febbraio 2021 che qui si commenta. Anche in questo caso infatti la Corte interviene in funzione manipolativa sostituendo una propria valutazione altamente discrezionale ad una scelta esplicita ed inequivocabile del legislatore.

Siffatte pronunce si inseriscono dunque senz'altro nel nuovo corso inaugurato da tre note decisioni (la n. 1/2014 sulla legge elettorale proporzionale con premio di maggioranza; la n. 10/2015 sulla *Robin Hood Tax*; l'ord. n. 207/2018 sul caso Cappato), connotato da un sempre più marcato ruolo politico della Corte.³⁷⁸

Si può discutere se quest'ultima stia o no coniando nuovi moduli e superando le regole processuali, se le si possa o no imputare di modificare l'equilibrio dei poteri, se si possa dunque parlare di uno sconfinamento, di "un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare «realtà» o «forme» nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente", e quindi di "suprematismo giudiziario",³⁷⁹ o solo di un attivismo molto deciso ma pur sempre condotto con prudente attenzione verso gli effetti non solo giudiziari ma anche politici delle pronunce adottate.³⁸⁰

Certo è, in ogni caso, che, come rileva Roberto Romboli, in apertura del volume che raccoglie gli atti del convegno del 2016 a ricordo di Alberto Pizzorusso, si fa sempre più forte la "sensazione che in questi ultimi anni il pendolo della Corte, in continua ed inevitabile oscillazione tra l'anima politica e quella giurisdizionale che in essa coesistono, si stia spostando, più di quanto finora

³⁷⁷ F. Laus, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle crescenti nel Jobs Act*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 87.

³⁷⁸ Di sentenza "creativa" parla G. Vidiri, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto ed ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, cit., p. 9.

³⁷⁹ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2019, p. 251 ss.; *contra* R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost., Riv. it. dir. cost.*, 4, 2019, p. 758.

³⁸⁰ E. Cheli, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost., Riv. it. dir. cost.*, 2019, p. 786.

accaduto, verso la prima”³⁸¹ e che (citando Spadaro)³⁸² la Corte, piaccia o no, sia ormai diventata una terza camera e le decisioni siano decisioni politiche, seppure espresse in forma giurisdizionale.³⁸³

La questione si presenta particolarmente delicata, e meriterebbe una più approfondita riflessione, anche in ambito lavoristico, in relazione a quelle decisioni (come quella che qui si commenta e quelle relative al *Jobs act*), in cui la Corte utilizza il canone della “ragionevolezza”,³⁸⁴ declinabile in una pluralità di modi, forme ed aspetti (uguaglianza,³⁸⁵ congruenza, proporzionalità, bilanciamento), e in forza del quale “la Corte valuta la scelta del legislatore, il corretto uso della sua discrezionalità, per verificare se abbia adeguatamente preso in considerazione tutti i valori e i principi costituzionali suscettibili di incidere su di una certa materia”,³⁸⁶ all’interno di processi nei quali è “difficile distinguere norme implicite ed esplicite, interpretazione e integrazione, legittimità e merito, diritto e politica”.³⁸⁷

Appaiono lontani i tempi in cui la Corte (presieduta da Aldo Sandulli) si preoccupava di “mantenere l'esercizio del controllo da parte di questa Corte entro quei confini al di là dei quali si darebbe luogo ad usurpazione delle valutazioni discrezionali e di politica legislativa spettanti al Parlamento”.³⁸⁸

4. Sarebbe stata prospettabile una soluzione diversa?

In relazione alla decisione del 24 febbraio 2021, l’esito non era per nulla scontato. Anzi.

Innanzitutto i giudici della Consulta non hanno considerato che il vero *thema decidendum*, quello delle tutele da riconoscere al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, appartiene ad un campo non presidiato da vincoli costituzionali e nel quale può pertanto esercitarsi la

³⁸¹ R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id (a cura di), *Ricordando Alberto Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa 15 dicembre 2016)*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 4.

³⁸² A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in R. Romboli, (a cura di), *Ricordando Alberto Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., p. 117 ss.

³⁸³ Varrebbe quindi la pena di chiedersi se un siffatto modello, in cui la Corte costituzionale non si limita alla funzione di tutelare i principi ed i valori contenuti nel testo costituzionale nei confronti delle scelte politiche della maggioranza di turno, cancellando le leggi incostituzionali e liberando il giudice dalla soggezione ad esse, ma partecipa, a livello paritario con le camere elette, al procedimento legislativo, come terza camera, corrisponda al modello di giustizia costituzionale scelto, dai costituenti o non venga a configurare un modello diverso (R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., p. 10).

³⁸⁴ Su cui v. A. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, p. 197.

³⁸⁵ *Il chi e il che cosa dell'uguaglianza*, secondo N. Bobbio, *Uguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, p. 3.

³⁸⁶ M. Dogliani, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alberto Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., p. 79, il quale aggiunge: “Di qui, dunque, discende la “politicità” delle decisioni in esame”.

³⁸⁷ M. Barberis, *Dei difetti della giurisprudenza costituzionale*, in A. Vignudelli, *Il vaso di pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Quaderni di *Lo Stato*, Mucchi, Modena, 2018, vol. II, p. 582.

³⁸⁸ Si tratta del considerando n. 5 di Corte Cost. 14 aprile 1969, n. 81 che rigettava la questione di legittimità dell’art. 11, l. 604 del 1966, in riferimento all’art. 3 (ma anche 4 e 35 Cost.), nella versione originaria (quella che escludeva dall’applicazione dei requisiti formali e sostanziali del licenziamento le imprese che occupassero fino a trentacinque dipendenti).

discrezionalità del legislatore.³⁸⁹ Solo a quest'ultimo è affidato il compito di realizzare, in rapporto alla situazione economica generale,³⁹⁰ un ragionevole bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost..³⁹¹

Né la Carta costituzionale impone “un determinato regime di tutela (sentenza n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto)”, ben potendo quindi il legislatore “nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011Cost. purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, «non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme» (sentenza n. 268 del 1994, punto 5. del Considerato in diritto)”.³⁹²

Siccome “sulla mera opzione per la tutela obbligatoria (peraltro eventuale nel caso *de quo*)” non avrebbe potuto appuntarsi alcuna censura, la questione avrebbe potuto essere chiusa a questo punto.

Il collegio decide invece di seguire il ragionamento del rimettente finendo così di traslare il ragionamento “sul piano della irragionevolezza per disparità di trattamento”.

E su tale piano, come correttamente osservato in relazione all'ordinanza di rimessione, il “*tertium comparationis* apparentemente equivalente” finisce giocoforza per essere individuato nel “dato dell'insussistenza fattuale” preso in considerazione dal legislatore al comma 4 relativamente al licenziamento disciplinare e al comma 7 relativamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.³⁹³

Così facendo, peraltro, la Corte nel momento in cui conclude ritenendo “irragionevole – in caso di insussistenza del fatto - la disparità di trattamento tra il licenziamento economico e quello per giusta causa”, è costretta ad ignorare la “differenza strutturale” tra un licenziamento disposto per ragioni soggettive e un licenziamento per giustificato motivo oggettivo,³⁹⁴ non accordandovi alcun rilievo. Se lo avesse fatto, evidentemente, l'esito sarebbe stato diametralmente opposto.

La decisione omette altresì di considerare la possibilità per il giudice di qualificare come disciplinare o in frode alla legge³⁹⁵ il licenziamento fittiziamente qualificato dal datore di lavoro come “oggettivo”³⁹⁶ e “di valutare che il legislatore del 2012, nel delineare la nuova norma limitativa

³⁸⁹ Cfr. C. cost. 28 dicembre 1970, n. 194; C. cost. 6 marzo 1974 n. 55; C. cost. 8 luglio 1975, n. 189; C. cost. 14 gennaio 1986, n. 2; C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46; C. cost. 8 novembre 2018, n. 194.

³⁹⁰ C. cost. 28 dicembre 1970, n. 194, punto 4. del Considerato in diritto.

³⁹¹ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

³⁹² C. cost. 8 novembre 2018, n. 194, punto 9.2. del Considerato in diritto.

³⁹³ P. Tosi, E. Puccetti, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, cit., par. 3.

³⁹⁴ Non si può infatti “negare, in relazione alla dignità e personalità del lavoratore, la maggiore gravità di un recesso motivato su un illecito disciplinare inesistente rispetto ad un licenziamento fondato su una ragione organizzativa altrettanto inesistente” (con riferimento all'ordinanza di rimessione P. Tosi, E. Puccetti, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, cit., par. 3).

³⁹⁵ Per un caso si veda ad esempio Trib. Bari, 29 ottobre 2020, n. 3397.

³⁹⁶ In questi termini C. Zoli, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 428/2020, p. 28. Sulla legittimità di un trattamento differenziato in relazione alla tipologia di vizio F. Ghera, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, fasc. 3/2016.

dei licenziamenti, ha considerato, oltre alla natura del vizio inficiante il recesso ed alla sua gravità, proprio la causa del licenziamento prevedendo distinte discipline per i recessi caratterizzati da una causa illecita, da un inadempimento del lavoratore ovvero da un motivo oggettivo”.³⁹⁷

La decisione appare dunque il frutto di tali salti logici, omissioni e forzature da rendere evidente come l’oscillazione del pendolo della Corte verso l’anima politica sia sempre più marcata.

5. L’impatto immediato della pronuncia.

L’impatto in concreto della pronuncia all’“interno” del regime di tutela dell’art. 18 potrebbe apparire in linea di massima abbastanza limitato, ma non è così.

Da un lato, infatti, si osserva che a fronte di un dettato normativo equivoco, la giurisprudenza di merito, di norma confermata dalla Suprema Corte,³⁹⁸ tende a riconoscere con una certa larghezza la “manifesta insussistenza” del fatto posto a base del licenziamento,³⁹⁹ includendovi talvolta anche la violazione dell’obbligo di *repechage*.⁴⁰⁰

Peraltro, occorre considerare che dopo qualche oscillazione in sede di legittimità ha finito per affermarsi un orientamento che, per taluni degli aspetti che in questa sede interessano, appare piuttosto rigoroso. Il riferimento corre a quelle decisioni in cui si precisa che il concetto di “manifesta insussistenza” dimostra “che il legislatore ha voluto limitare ad ipotesi residuali il diritto ad una tutela reintegratoria” e, affinché possa configurarsi la fattispecie in questione, si richiede che sia riscontrabile una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento ovvero del nesso causale tra la ragione addotta a fondamento del recesso e la soppressione dello specifico posto di lavoro, tale da consentire di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso.⁴⁰¹

Inoltre, e soprattutto, va rimarcato che secondo l’orientamento assolutamente prevalente, l’art. 18, c. 7, consente al giudice di optare per la tutela indennitaria, quando quella reintegratoria – secondo un apprezzamento di merito non censurabile, in quanto tale, in sede di legittimità di legittimità - risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell’impresa e dunque eccessivamente onerosa per il datore di lavoro: “ove il giudice accerti il requisito della “manifesta

³⁹⁷ Sempre con riferimento all’ordinanza di rimessione P. Tosi, E. Puccetti, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, cit., par. 3.

³⁹⁸ Anche in ragione del fatto che si tratta di un accertamento di merito incensurabile, in quanto tale, in sede di legittimità.

³⁹⁹ E. Chierigato, *G.m.o. e “manifesta insussistenza” del fatto: tutela applicabile e discrezionalità giudiziale nel regime della legge Fornero*, nota a Cass. 13 marzo 2019, n.7167, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 379; nonché le sentenze ivi richiamate: Cass. 22 novembre 2017, n. 27792; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882; Cass. 3 maggio 2017, n. 10699; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. 5 marzo 2015, n. 4460.

⁴⁰⁰ Cass. 11 novembre 2019, n. 29102, secondo cui “la verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore”.

⁴⁰¹ Cass. 2 maggio 2018, n.10435, in *Dir. rel. ind.*, 2018, III, p. 935; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930, ne *Ilgiuslavorista.it* 3 giugno 2019 (con nota di S. Apa); Cass. 8 gennaio 2019, n.181, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 32, la quale esclude la “manifesta insussistenza” ed applica la tutela indennitaria dell’art. 18, c. 5, ad un “licenziamento per giustificato motivo oggettivo adottato nei confronti di lavoratori a tempo indeterminato di un’agenzia di somministrazione” illegittimo in quanto “il datore di lavoro, nel medesimo periodo” aveva assunto “lavoratori con contratti a termine in missioni per posizioni astrattamente compatibili con quelle dei lavoratori espulsi”.

insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento", previsto dall'art. 18, comma 7, st.lav., come novellato dalla l. n. 92 del 2012, può scegliere di applicare la tutela reintegratoria di cui al comma 4 del medesimo art. 18, salvo che, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e dunque eccessivamente oneroso per il datore di lavoro; in tal caso, nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei requisiti costitutivi del licenziamento, potrà optare per l'applicabilità della tutela indennitaria di cui al comma".⁴⁰²

Una recente pronuncia si è spinta persino ad affermare che "il giudice è tenuto ad accertare che vi sia una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento e, in caso di esito positivo di tale verifica, a procedere all'ulteriore valutazione discrezionale sulla non eccessiva onerosità del rimedio, essendo altrimenti applicabile la sola tutela risarcitoria di cui all'art. 18, comma 5", finendo per cassare la sentenza di merito che, omettendo completamente le suddette verifiche, aveva riconosciuto la tutela reale in favore di una giornalista adibita a un ufficio di corrispondenza all'estero come collaboratrice fissa, sulla base della semplice constatazione che il datore di lavoro non aveva provato il venir meno dell'esigenza di tale figura professionale.⁴⁰³

Letture siffatte, ispirate alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra tutela del lavoro ed esigenze di sopravvivenza dell'impresa in coerenza con l'assetto voluto dal legislatore, quando verrà pubblicata in Gazzetta ufficiale la decisione della Consulta del 24 febbraio, saranno ovviamente precluse.

6. Le possibili ricadute sul contratto a tutele crescenti.

Vale la pena in conclusione di accennare al possibile impatto "esterno" della pronuncia in esame sulla disciplina del contratto a tutele crescenti. Non è infatti difficile prevedere che prima o poi qualche tribunale sollevierà analoga questione di legittimità in relazione all'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 che riserva la tutela reintegratoria alle "ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", escludendola *tout court* in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Altrettanto agevole è il pronostico sull'esito: la Corte, a meno di clamorosi ripensamenti, travolgerà la scelta del legislatore del *Jobs act* di differenziare le conseguenze a seconda della tipologia di licenziamento e di vizio giudicandola irragionevole per contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

⁴⁰² Cass. 2 maggio 2018, n.10435, *cit.*; Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930; App. L'Aquila, 2 luglio 2020, n. 321. *Contra*, ma in relazione ad un caso particolare (licenziamento intimato in virtù di un patto di prova giuridicamente inesistente), Cass. 14 luglio 2017, n. 17528, (ne *Ilgiuslavorista.it*, 17 ottobre 2017, con nota di A. Boati); la quale esclude che la scelta sia rimessa alla discrezionalità del giudice; Cass. 13 marzo 2019, n. 7167.

⁴⁰³ Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930.

Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro, nel settore pubblico, oggi*

Bruno Caruso

1. Premessa. “Quale attualità” dello Statuto.	100
2. Le pubbliche amministrazioni e la crisi pandemica: sindacati, contrattazione collettiva pubblica e nuove diseguaglianze.	104
3. Funzione attuale della contrattazione collettiva nel settore pubblico. C'entra lo Statuto dei Lavoratori?	106
4. Ruolo del sindacato nelle pubbliche amministrazioni: tra neo-concertazione collusiva e dialogo sociale europeo.	107
5. Il dicastero Brunetta: atto II. Interventi mirati, non una nuova generale riforma. Recruiting policy e dirigenza.	108
6. Mutamenti organizzativi (dal basso) della p.a. senza necessità di una riforma legislativa. Per un rilancio dell'attività di produzione di valore pubblico.	110

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 437/2021

1. Premessa. “Quale attualità” dello Statuto.

Questo breve scritto riproduce il mio intervento di apertura al Convegno dedicato al rapporto tra Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico. In quell'occasione ho provato a individuare un minimo comune denominatore nell'ambito di un tema dai confini oggettivamente ampi. L'ho fatto in via interlocutoria chiedendo ai relatori e ai partecipanti al dibattito di pronunciarsi su alcuni rapidi spunti che ho inteso loro sottoporre e che ripropongo quasi immutati ma con l'aggiunta di riflessioni più distese, di contorno.

Poiché nell'invito degli organizzatori si faceva pure riferimento all'esperienza dello statuto dei lavoratori, prima di entrare nel vivo delle singole questioni da sottoporre ai relatori mi è parso opportuno osservare che, probabilmente a causa del periodo di crisi sanitaria che stiamo attraversando, un anniversario, pur così importante come i 50 anni dello Statuto, non ha avuto l'attenzione che meritava. Potrei rivedere tale giudizio alla luce del fatto che, nel lasso di tempo trascorso tra il mio intervento al seminario e la revisione dello stesso, sono stato, in parte, smentito: si sono, nel frattempo, materializzate due pubblicazioni dedicate al cinquantenario dello statuto, di cui ovviamente non posso dar conto in queste brevi note⁴⁰⁴.

Mi sentirei, comunque, di confermare l'impressione già espressa, circa il fatto che la riflessione sullo statuto, in occasione del cinquantenario, probabilmente ha subito, a causa della pandemia scoppiata nel 2020, un effetto di spiazzamento. Voglio dire che, comprensibilmente, il trauma pandemico, come sempre avviene, ha indotto a guardare e a interrogare più il futuro piuttosto che il passato; onde un riverbero di distrazione se non di adeguata concentrazione sugli anniversari del passato, anche se importanti come nel caso dello statuto. Ma tant'è: le due pubblicazioni a cui accennavo parrebbero smentirmi, perché, a colpo d'occhio, si presentano tutt'altro che rituali, anzi, direi, celebrative e quasi ortodosse nella perdurante fede pro statutaria. Il che non esclude che il confronto con lo statuto, e l'attualità della sua filosofia di fondo nell'epoca della sostenibilità, avrebbe probabilmente meritato un confronto a-tutto-tondo-teorico da parte della comunità dei giuslavoristi; un tempo avrei detto che l'anniversario avrebbe meritato almeno un congresso dell'associazione dei giuslavoristi.

Per parte mia, riflettendo sull'attualità dello Statuto, anche ma non solo con riguardo ai diritti collettivi oggetto del Convegno, e dedicandovi solo poche battute, ritengo che lo statuto non necessiterebbe di un *restyling*. Va lasciato così per quello che è: un traguardo teorico, politico e giuridico importante. Con alcune parti ancora attuali: per esempio le norme sulle libertà personali, sui diritti sindacali e sulla promozione del sindacato rappresentativo, quest'ultima notoriamente invidiataci dai giuslavoristi britannici e che ha ispirato altri modelli legislativi⁴⁰⁵. Altre norme, a mio avviso, sono state giustamente rimodellate e attualizzate: il riferimento è ai controversi capitoli su mansioni, licenziamenti e controlli. Si tratta di rimaneggiamenti di cui si è discusso nel merito; alcuni partitamente (quelli su inquadramenti e controlli) già nati vecchi e

⁴⁰⁴ Si tratta del Quaderno n. 8/2020 di questa Rivista interamente dedicato ai cinquant'anni dello Statuto, a cura di RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, e del libro di GAETA, *Lo Statuto dei lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

⁴⁰⁵ Si v. il contributo di DORSEMONT, *Lo statuto all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre*, in RUSCIANO, GAETA, L. ZOPPOLI, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, cit.

strutturalmente inadeguati a tener dietro ai cambiamenti; altri (la disciplina sui licenziamenti) che neppure i più critici probabilmente ripristinerebbero nella loro versione originaria (nel caso dell'art. 18, destinato a una lenta eutanasia in ragione del trascorrere del tempo). Il che conferma, comunque, l'obiettivo esigenza di una loro manutenzione straordinaria⁴⁰⁶.

Così come una sorta di incompiuta rimane, ma non per colpa intrinseca dello statuto, la stessa norma architrave dei diritti sindacali in azienda, vale a dire l'art. 19, oggetto, nel tempo, di interventi ortopedici e manipolatori a opera del corpo elettorale e della stessa Corte costituzionale; trascurata, tuttavia, nel suo logico sviluppo, "oltre" lo statuto, da chi avrebbe dovuto porre rimedio agli storici ed eccentrici "non detti"⁴⁰⁷: mi riferisco a un legislatore che non si decide ancora a completare l'impianto statutario con una legge di ispirazione neo-istituzionale che recepisca le indicazioni dell'autonomia collettiva, ormai ampie e articolate, su rappresentanza negoziale e misurazione della rappresentatività. Altri disposti, infine - penso alle norme sul collocamento, o allo stesso art. 36, ampiamente superato dal codice dei contratti pubblici del 2016 - sono consegnati alla storia.

Vero è che, a ogni modo, troppa acqua è passata sotto il ponte dello statuto e l'immagine (e la realtà) della società, del lavoro e delle imprese, conformate al modello fordista – *inprinting* della legge – è profondamente cambiata. Siamo di fronte a una nuova morfologia sociale e industriale; ma pure di fronte a una nuova antropologia (oltre che geografia) del lavoro rispetto a quella novecentesca dello statuto. Il numero "4.0" che si affianca al sostantivo "industria" indica il rincorrersi di cambiamenti che, in altri tempi, si sarebbero contabilizzati in secoli e non in decenni⁴⁰⁸, se non addirittura in anni. Lo stesso numero "4.0" che, per ora, solo auspicabilmente – perché in tal caso non si tratta di realtà compiuta – si affianca alla forma "sindacato", indica un modello che è agli antipodi dell'organizzazione promossa dallo statuto. Direi, con un *divertissement* provocatorio, ma frutto di una riflessione parallela, che il sindacato 4.0, di cui discetta, assomiglia piuttosto al sindacato immaginato (Autonomia aziendale) e, in qualche modo ancorché per breve tempo, modellato da Adriano Olivetti nella sua azienda negli anni '50 del secolo scorso⁴⁰⁹.

Sento già l'obiezione, vedo già le "manine alzate" come in un immaginario webinar: il neo-fordismo digitale ci interroga su *più*, non su *meno* statuto, se non altro su una estensione applicativa orizzontale, oltre la forma storica del lavoro subordinato. E ancora, riferendomi, esemplificativamente, all'attualità dello *smart working*, il suo consolidamento generalizzato post pandemico richiederebbe più regole rigide e nuovi diritti a tutela degli spazi vitali (il diritto di disconnettersi), in una logica di integrazione e rafforzamento, non di superamento, dello statuto e comunque secondo la tecnica regolativa tipica dello statuto (la norma rigida e inderogabile). Con riguardo a

⁴⁰⁶ Una proposta di riforma di razionalizzazione è contenuta nel mio saggio *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, in *DLM*, 2019, n. 3, p. 381 ss. e in CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu---Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>.

⁴⁰⁷ Richiamo il magistrale e sempre attuale scritto di D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori* (1990), ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 201.

⁴⁰⁸ Cfr. HARARI, *21 lessons for the 21st century*, Random Uk, 2018, trad. italiana, *21 lezioni per il XXI secolo*, Giunti, 2019, ed. Kindle.

⁴⁰⁹ Si veda la ricostruzione storica di G. Berta, *Le idee al potere*, Edizioni di Comunità, Roma/Ivrea 2015, p. 137 ss.

quest'ultima questione credo di aver già detto altrove⁴¹⁰: lo *smart working*, che è uno dei simboli del lavoro nella post-modernità digitale, necessita non di una legge che fondi diritti di nuovo conio, nel solco della tradizione dello statuto; ma di capacità organizzativa e processi adeguati di *change management*⁴¹¹. Tali processi di cambiamento si intravedono in alcuni settori di imprese realmente innovative, ma non ancora nelle pubbliche amministrazioni dove ci si affida alla norma regolamentare e a cervelotiche iniziative dall'alto e centralizzate (i Pola). Per coadiuvare uno *smart work* generativo e trasformativo sembrano più adeguate regole leggere e mixate, in grado di rimanere appunto sullo sfondo, come *last resort* (la rete protettiva di senniana memoria) dei processi organizzativi, con una funzione di ausilio, non di innesco. Onde, è questa la posizione *de iure condendo*, appare più che sufficiente la legge che c'è, col suo impianto regolativo leggero (che appare addirittura non tale agli organizzativisti⁴¹²). Nulla esclude poi, come sembra stia già avvenendo anche se in misura ancora insufficiente e inadeguata, che sia l'autonomia collettiva, a diversi livelli, a intervenire per adattare, conformare la legge e/o supportare anche l'autonomia individuale; ma pure per promuovere il cambiamento e regolare oltre i confini fissati dalla legge e dal contratto individuale, anche a prescindere da espliciti rinvii che mancano nella normativa di legge; in tal caso, l'autonomia collettiva non farebbe altro che il suo mestiere, ma dovrebbe farlo di più e certamente meglio di quanto fatto sinora.

Ho voluto soffermarmi, subito, sulla regolazione dello *smart working*, istituto su cui ritornerò in seguito⁴¹³, come esempio paradigmatico di come immagino un possibile intreccio delle fonti classiche di regolamentazione dei diritti (legge, contratto collettivo, contratto individuale) nell'epoca post statutaria⁴¹⁴.

Laddove, invece, vengano in gioco diritti di libertà e pratiche occulte e indirette di discriminazione, come nell'altro caso della *gig economy*, il giudice di Bologna⁴¹⁵, nella sua recente ordinanza ci manda a dire, indirettamente, che è probabile che lo statuto dei lavoratori non basti più e vada puntellato e rafforzato (completato?) con il diritto antidiscriminatorio esistente, i suoi concetti e i suoi strumenti tipici.

Il che può essere più o meno condiviso con riguardo al merito della questione sollevata a Bologna⁴¹⁶. Certamente la pronuncia suggerisce che risulta addirittura spuntato l'art. 28 dello statuto, norma una volta considerata di chiusura del sistema, e pensata proprio per piantonare la cerniera tra diritti e interessi individuali e collettivi; specie allorché si tratti di nuovi lavori al confine o oltre la subordinazione. E, a tal proposito, che sia doppiamente spuntata ce lo dimostra il giudice

⁴¹⁰ Sia consentito un rinvio a CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *QG* n. 2/2020.

⁴¹¹ In ciò in buona compagnia di un sociologo di chiara fama che di organizzazione se ne intende, Federico Butera, e che l'ha confermato in alcuni interessanti webinar interni, interdisciplinari, del gruppo Freccia Rossa.

⁴¹² Il riferimento è alla posizione di Federico Butera espressa nei webinar prima citati.

⁴¹³ Cfr. par. 6.

⁴¹⁴ Un tale modello di interazione tra fonti è sullo sfondo, anche se non vi dedichiamo specifico spazio, in CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit.

⁴¹⁵ Trib. Bologna, ord., 31 dicembre 2020, *Filcams CGIL Bologna, Nidil CGIL Bologna, Filt CGIL Bologna c. Deliveroo Italia s.r.l.*

⁴¹⁶ L'ordinanza è stata oggetto, di recente, del webinar, organizzato da LLC, "Frank discriminava. Riflessioni intorno all'ordinanza del Tribunale di Bologna su riders", *algoritmi e discriminazioni*, svoltosi il 2 febbraio 2021.

di Firenze⁴¹⁷ con una discutibile decisione che esclude la legittimazione processuale delle organizzazioni sindacali ex art. 28 a tutela dei lavoratori autonomi o pseudo tali utilizzati dalla piattaforma. Una decisione che va persino oltre la Corte di giustizia europea che ha messo al riparo dalla presunta voracità del diritto della concorrenza, il rapporto tra lavoro autonomo economicamente dipendente e rappresentanza e tutela collettiva⁴¹⁸. Oltretutto il Trib. di Firenze non dà neppure conto del fatto che le fonti e gli organismi internazionali a tutela delle libertà di azione e di organizzazione sindacale tendono a sussumere nel loro campo di applicazione anche la tutela degli interessi collettivi dei lavoratori autonomi⁴¹⁹. Che, inoltre, la stessa rubrica dello statuto è titolata “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro ...*” ove non si distingue, a voler essere formali, tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi. Che, in aggiunta, certamente lo statuto è norma di attuazione di *tutte* le norme della Costituzione che riguardano il lavoro tra cui anche l’art. 35 nel cui perimetro rientra sicuramente il lavoro autonomo, a maggior ragione, se economicamente dipendente; che, infine, rientra nel principio e nella prassi dell’autonomia sindacale, tutelata dall’art. 39 primo comma, la scelta dell’interesse collettivo da tutelare con gli strumenti che mette a disposizione l’ordinamento statutale tra cui, non ultimo, proprio l’art. 28 dello statuto.

Sorvolando, comunque, sul merito del ricorso, del quale il giudice non ha neppure provato a occuparsi, il Trib. di Firenze, ha fatto uscire dalla finestra quel che la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1663/2020, aveva fatto entrare dalla porta: vale a dire che, a prescindere dalla qualificazione della fattispecie, quel che conta è il rimedio. Secondo il giudice di Firenze, conta invece la fattispecie: poiché nel caso non si trattava, questa l’essenza del suo ragionamento, di norma di tutela sostanziale del lavoro, ma di norma processuale; con una formalistica interpretazione – che conferma il vizio del ragionamento per fattispecie e non per effetti – il Tribunale si è posizionato fuori dal perimetro fissato dalla Corte di cassazione: quando l’interesse collettivo/individuale riguardi lavoratori “quasi subordinati o semi autonomi”, non possono essere invocati i rimedi processuali forgiati per l’organizzazione dei lavoratori subordinati (anche se quest’ultima tenta giustamente di allargare il proprio perimetro di rappresentanza legale-processuale) perché si sarebbe (ma perché mai?) fuori dal cono d’ombra dell’art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 e quello dello statuto sarebbe invece più ristretto. La decisione è certamente discutibile; quel che certamente dimostra è proprio la fallacia del ragionamento per fattispecie, ma rivelando, al contempo, una indelebile ruga dello statuto che di quella cultura è certamente espressione.

Quel che è vero, e la citata dialettica giurisprudenziale lo conferma, è che le affaticate spalle dello statuto non appaiono più in grado di sostenere, per intero, il gravoso peso della trasformazione in atto, troppo complessa per essere neppure immaginata dai padri dello statuto. Ciò soprattutto se è vero che, assumendo un’ottica rimediale, dove non ha potuto lo statuto, come nel caso dei *riders* fiorentini, hanno invece potuto, come invece dimostra la controversia dei *riders* torinesi,

⁴¹⁷ Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, decreto *Nidil CGIL Firenze, Filt CGIL Firenze e Filcams CGIL Firenze c. Deliveroo Italy s.r.l.*

⁴¹⁸ Cfr. Corte di giustizia, 11 settembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, in RIDL, 2015, II, p. 566, con nota di ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quelli degli Stati membri*.

⁴¹⁹ Cfr., le Convenzioni OIL C87 sulla *libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale* e C98 sul *diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva* che sono sempre state applicate dai Comitati OIL oltre il lavoro subordinato; in particolare l’art. 1 della Convenzione C98 prevede espressamente che “*i lavoratori devono beneficiare di un’adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego*”. In proposito, il Comitato sulle libertà sindacali dell’OIL ha affermato ripetutamente che si tratta di un diritto che va riconosciuto anche ai lavoratori autonomi (si vedano in proposito le decisioni del Comitato disponibili al sito <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70001:0::NO>).

norme occasionali e asistematiche, venute fuori quasi per caso dal cilindro del legislatore; il riferimento è al citato art. 2 comma 1 del d.lgs. n.81/2015 nella lettura non del tutto risolta, ma abbastanza chiara che ne ha fatto anche la Corte di cassazione nella sent. n. 1663/2020. Ovvero, come nel caso dei *riders* bolognesi, ha potuto l'apparato del diritto antidiscriminatorio con l'ordinanza del Trib. di Bologna prima citata. Il che rafforza una posizione la quale pragmaticamente prende atto che i rimedi *à la carte* sono forse più efficaci della "cultura" della tutela giuridica, monocolore, onnicomprensiva e compatta che si intravede, in filigrana, nella tecnica dello statuto e che aveva senso quando il lavoro si esprimeva attraverso una forma, e una cultura appunto, socialmente e politicamente egemone: quella taylor-fordista. Per cui, a tutto concedere, al plurale occorre declinare non solo la parola lavoro ma anche la parola statuto.

Poste queste rapide ed impressionistiche riflessioni su "quale" attualità dello statuto in generale, nel prosieguo della trattazione, fornirò dei quadri di contesto sintetici, per ciascuno dei quali proverò a individuare le questioni che ritengo debbano essere affrontate con riguardo, in particolare, al ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva nel settore pubblico.

2. Le pubbliche amministrazioni e la crisi pandemica: sindacati, contrattazione collettiva pubblica e nuove diseguglianze.

E veniamo al tema più specifico dell'incontro: lavoro pubblico e relazioni collettive oggi. Vorrei partire da una considerazione di senso comune. Nella pubblica opinione tende, oggi, a diffondersi la convinzione che il lavoro pubblico, nella crisi pandemica, abbia rafforzato la propria condizione di settore protetto e privilegiato⁴²⁰, sia con riguardo al reddito, sia con riguardo alla sicurezza occupazionale: non vi opera la *cig* e non c'è stata alcuna perdita di retribuzione al contrario che nel settore privato (perdita calcolata da Boeri e Perotti in una media del 35/40%)⁴²¹; non è stato necessario alcun provvedimento di blocco dei licenziamenti, perché nessuno li ha minacciati⁴²²; nessuno, o quasi, degli interessati, lavoratori e sindacati, ha messo in discussione le nuove forme organizzative del lavoro (il c.d. lavoro a distanza), essendo state, anzi, considerate più come un vantaggio utilitaristico che come un'evoluzione organizzativa innovativa, innescata dalla crisi pandemica.

Ciò sottolinea come la dinamica della crisi che si sta attraversando presenta dei tratti peculiari che la differenziano rispetto alla precedente crisi finanziaria del 2008⁴²³. Quest'ultima, evolutasi in crisi dei debiti sovrani (2011), colpì più pesantemente, ovunque in Europa, soprattutto il lavoro pubblico; in Italia, in particolare, con il blocco della dinamica salariale e della contrattazione collettiva per circa un decennio (in effetti limitati furono i provvedimenti di taglio delle retribuzioni

⁴²⁰ Si veda l'articolo di fondo di Romano Prodi su il *Messaggero* di Domenica 22 novembre 2020, *La battaglia anacronistica dei dipendenti pubblici*; e di Boeri e Perotti, *Sciopero del 9 dicembre, salvate l'onore degli statali*, su *Repubblica* del 23 novembre 2020.

⁴²¹ Il settore pubblico allargato, con ogni probabilità, non sarà interessato dalle fibrillazioni occupazionali post pandemiche; anzi, in alcuni settori – sanità, scuola servizi sociali, giustizia – ne uscirà rafforzato con saldi occupazionali positivi.

⁴²² Su questo non è mancata la polemica giornalistica di Pietro Ichino, *Cassa integrazione agli statali. Con i risparmi premi ai medici*, su *Libero* del 23 novembre 2020.

⁴²³ Sul punto, v. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane*, cit., spec. par. 1.

come in altri paesi⁴²⁴); blocco rimosso soltanto grazie alla sentenza della Corte cost. n. 178/2015. Ne è derivato che la ripresa della dinamica negoziale in tale settore è stata avvertita, e considerata, come una sorta di ristoro, postumo e ritardato, a favore degli addetti che si erano fatti carico, più dei lavoratori del settore privato, del peso e degli effetti della crisi finanziaria e dei debiti sovrani.

Oggi la crisi pandemica sembra, come si è osservato, ribaltare la dinamica delle diseguaglianze propria della precedente e ciò si riflette anche nel dibattito pubblico⁴²⁵. I *cleavages* sociali prodotti dalla crisi attuale porterebbero, pertanto, un segno opposto a quella precedente: essa colpisce i settori, le imprese e i lavoratori privati più esposti alla rarefazione sociale; mentre rafforza le protezioni di settori economicamente avvantaggiati dalla pandemia (il digitale, l'*e-commerce* e la logistica, la distribuzione alimentare, il farmaceutico), ovvero, settori già ampiamente protetti, quali appunto i dipendenti delle amministrazioni pubbliche e i relativi sindacati.

Onde, quella che sarebbe apparsa, in tempi normali, come una fisiologica dinamica negoziale con rivendicazioni di rinnovi e aumenti contrattuali, annunci di scioperi e mobilitazioni virtuali⁴²⁶, finisce per apparire oggi una insostenibile riaffermazione di privilegi corporativi, con il rischio di una frattura sociale di ampia portata e con conseguenze politiche imprevedibili nella fase post pandemica. Così lapidariamente si conclude il citato articolo di Boeri e Perotti: *“Lo stridente contrasto fra la sorte dei dipendenti pubblici e di quelli privati non sembra essere percepito dai vertici confederali. Essere dipendente pubblico significa mettersi al servizio dei cittadini, non mettere i cittadini al proprio servizio”*; i due economisti auspicano invece politiche premiali per i lavoratori e le lavoratrici *“che hanno rischiato la vita nelle corsie degli ospedali, che hanno insegnato a pieno ritmo anche in condizioni molto difficili, o che hanno passato le notti insonni per cercare di pagare rapidamente la cassa integrazione nonostante leggi mal scritte”*⁴²⁷.

Dato questo quadro di contesto, si impongono delle riflessioni sulle politiche sindacali e negoziali nel settore pubblico.

È necessario domandarsi se è auspicabile che esse siano relativamente indipendenti dagli scenari generali, ovvero se gli attori e i protagonisti della vicenda (amministrazioni, ceto politico e sindacati) ne debbano tenere conto in qualche modo, anche per il loro impatto diretto sull'arena politica. E ancora, se il salario contrattuale nel settore pubblico sia una variabile indipendente, universale e non selettiva, con riguardo al merito e all'impegno, ovvero dipendente solo dalle dinamiche macro-finanziarie (blocchi di spesa e politiche di austerità); ovvero se la contrattazione collettiva sulla retribuzione debba dipendere anche da variabili di equità, perequazione, responsabilità sociale, ma anche merito e impegno individuale, in definitiva di natura politica ed etica.

⁴²⁴ Cfr. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, 2015.

⁴²⁵ Sulla complessità della diseguaglianza e il suo rapporto con la Costituzione si veda il bel saggio di MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *RDSS*, 2020, n. 4, p. 707 ss.

⁴²⁶ Si pensi allo sciopero nazionale di tutto il personale della Pubblica Amministrazione dipendente dagli enti e dalle amministrazioni, delle Funzioni locali e della Sanità indetto da Fp Cgil, Cisl Fp, Uil Fpl e Uilpa del 9 dicembre 2020.

⁴²⁷ Vale tuttavia riconoscere che, nelle more della revisione di questo intervento, anche importanti categorie del settore privato, in primo luogo, i metalmeccanici hanno raggiunto l'intesa sull'ipotesi di nuovo contratto il quale, sia sul piano dei contenuti economici, sia soprattutto sul piano normativo (riforma degli inquadramenti e formazione continua), appare di contenuto non trascurabile. Di grande interesse pure per i suoi contenuti innovativi il CCNL TLC, anch'esso rinnovato nel novembre 2020.

Inoltre, riportato quanto sopra in chiave giuridica e istituzionale, bisogna chiedersi se possa considerarsi costituzionalmente giustificato, alla luce degli orientamenti recenti della Corte costituzionale, un provvedimento di blocco temporaneo della negoziazione collettiva (per esempio un mancato rinnovo triennale), motivato da politiche perequative volte a indirizzare le scarse risorse pubbliche di spesa corrente a ristorare i lavoratori e gli imprenditori dei settori privati più colpiti ovvero se, sul piano politico ed etico, sia più condivisibile la proposta di devolvere le risorse già stanziare per i rinnovi contrattuali pubblici, ma soltanto per le categorie in prima linea nel contrasto al Covid (la sanità pubblica e le forze dell'ordine) o per rimpiazzare i vuoti di organico prodotti da quota cento, ovvero per premiare i lavoratori e le lavoratrici che più si sono impegnati nella pandemia a qualunque settore essi appartengano; o infine per rapidi e intensi investimenti tecnologici per il lavoro a distanza, per esempio nel settore della scuola.

3. Funzione attuale della contrattazione collettiva nel settore pubblico. C'entra lo Statuto dei Lavoratori?

La filosofia della unificazione del lavoro pubblico e privato tramite il contratto collettivo che emerge, potentemente, nelle riforme Bassanini/D'Antona della fine degli anni '90, non è certamente quella dello Statuto dei lavoratori; anzi, può dirsi che la logica volontaristica-conflittuale-negoziale dello statuto non è mai penetrata sino in fondo nel settore pubblico; lo statuto, oltre tutto, si limita, notoriamente, a presupporre il metodo negoziale (al limite fluidificandolo e promuovendolo con la previsione dei diritti sindacali), ma non a regolarlo; è stato quest'ultimo invece l'obiettivo delle leggi riguardanti il settore pubblico. È vero che lo statuto dei lavoratori ha unificato i due macro settori – pubblico e privato – con riguardo ai diritti sindacali, ma nel settore privato esso si insedia imponendo, almeno originariamente, anche tramite il diritto, una logica di relazioni conflittuali e di contropotere.

Nel settore pubblico lo statuto, storicamente, si limita a coadiuvare invece una logica cogestiva e collusiva tra sindacati, ceto politico e *management* pubblico, per altro già preesistente, addirittura rafforzandola. Dunque, parlare dello statuto e della sua filosofia nel settore pubblico non ha senso: sarebbe solo un artificio storico o un atto di retorica politica, se non di declinazione di credo ideologico.

Proporre una lettura secondo la logica protettiva dei diritti collettivi nel settore pubblico ha senso per esempio nell'amministrazione federale e in alcuni stati degli USA, ove sussiste effettivamente un *gap* di tutele sindacali e individuali, la cui riforma è, infatti, al centro del programma della nuova amministrazione democratica.

I diritti sindacali statutari e contrattuali in Italia (per esempio i permessi) sono stati oggetto, per altro, di una lunga polemica su un loro abuso e, non a caso, ridimensionati dalla riforma Brunetta (chi si rivede...!!) e non più ripristinati in quella dimensione.

Ricordato quanto sopra, bisognerebbe interrogarsi e valutare, a più di vent'anni di distanza, la riforma che poneva al centro della regolazione del lavoro pubblico il contratto collettivo e il metodo negoziale e chiedersi cosa sia rimasto dell'originario intendimento, che non era soltanto l'astratta delegificazione regolativa, ma la riforma più ampia della p.a. al traino di un genuino metodo negoziale volontaristico (ancorché in parte eteroregolato proceduralmente in ragione del vincolo di scopo).

E se, di conseguenza, la contrattazione collettiva costituisca ancora una spinta propulsiva al

rinnovamento delle amministrazioni pubbliche con riguardo ai suoi contenuti; ovvero se il suo eccesso di istituzionalizzazione e la riduzione dei suoi contenuti all'osso (sostanzialmente la distribuzione, di fatto a pioggia, malgrado il sistema delle *performance*, delle somme prestate in bilancio) ne segnano ormai una crisi irreversibile. E se i segni indelebili del suo irrigidimento istituzionale, soprattutto al livello decentrato, (di cui alcuni simboli possono considerarsi la elaborazione giurisprudenziale della categoria del danno erariale da contrattazione integrativa⁴²⁸ o la invalidazione del contratto decentrato con parere contrario del collegio dei revisori⁴²⁹), rappresentino segnali ineluttabili del suo declino.

In estrema sintesi, il punto cruciale è se la contrattazione collettiva del settore pubblico possa ancora considerarsi accostabile e giustapponibile al metodo negoziale del settore privato salvo le sue specificità funzionali che ne dettano alcune regolamentazioni speciali di tipo procedimentale; ovvero se la sua funzionalizzazione a interessi pubblici, al contrario della previsione e dell'auspicio di Massimo D'Antona, ne ha stravolto l'intrinseca natura di metodo negoziale di composizione degli interessi. Se, quindi, bisogna rassegnarsi all'evidenza, magari cercando di adattare i concetti alla realtà che si è venuta assestando, provando a estrapolare nuove categorie di inquadramento del metodo e della funzione negoziale nel settore pubblico oltre che (perché no) innovare il quadro regolatorio; ovvero, se sia necessario auspicare, sia sul piano della prassi negoziale, sia delle regole, un rientro del metodo negoziale pubblico, fortemente ibridato se non addirittura inquinato da pesanti scorie pubblicistiche nell'alveo del metodo volontaristico classico.

4. Ruolo del sindacato nelle pubbliche amministrazioni: tra neo-concertazione collusiva e dialogo sociale europeo.

Si è detto di una potenziale (o reale?) crisi del metodo della negoziazione collettiva pubblica, nel senso almeno webiano del fenomeno; onde una sua divaricazione non solo funzionale ma anche strutturale dalla negoziazione collettiva del settore privato. A questo fenomeno non si accompagna, però, un indebolimento di ruolo e presenza sindacale. Anzi, i tassi di sindacalizzazione nel settore pubblico continuano a essere più elevati di quelli del settore privato, non solo in Italia ma in tutta Europa. In Italia, la presenza sindacale è ancora diffusa e forte, sia al centro sia in periferia (quasi microfisica) e continua a condizionare in larga misura la microrganizzazione. Tutto ciò malgrado i tentativi della riforma Brunetta di preservare gli spazi di autonomia della dirigenza dall'interferenza sindacale.

La riforma Madia ha ridato fiato alle forme della partecipazione sindacale; non è chiaro se esse svolgano una funzione autonoma e separata dalla contrattazione decentrata, magari di segno propulsivo, o siano invece funzionali a un recupero, improprio, della contrattazione decentrata di impronta cogestiva, se non collusiva.

Nel sistema italiano, anche in virtù del canale unico di rappresentanza (le Rsu), si tende, notoriamente, ad appiattire gli istituti della partecipazione su quelli della negoziazione smentendo il paradigma cleggiiano dei vasi comunicanti (più aumenta la partecipazione più si esaurisce la

⁴²⁸ Su cui BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in *LPA*, 2019, n. 4, p. 17 ss.

⁴²⁹ Cfr. sentenza Corte App. Bologna, 1 ottobre 2020 n. 427.

negoziante). Gli istituti di rappresentanza negoziale e di partecipazione sembrano, infatti, coesistere in un indistinto, spesso fonte di confusione.

Nell'ultimo rinnovo dei contratti collettivi nazionali si introducono alcuni istituti partecipativi ispirati alla logica innovativa del dialogo sociale europeo esteso alle pubbliche amministrazioni⁴³⁰. Faccio riferimento alla riscrittura in quasi tutti i contratti degli istituti della partecipazione sindacale, in alcuni casi di valenza puramente nominalistica (l'informazione e il confronto); altri, invece, ove si intravede un tentativo almeno, o una intenzione, di re-ingegnerizzazione innovativa: gli organismi paritetici per l'innovazione.

Nell'ambito di riflessioni generali sul tema della partecipazione nelle pp.aa., sarebbe necessario, in definitiva, chiedersi, più in generale, se la rivoluzione tecnologica in atto, anche per le pp.aa. (della cui riforma, a quanto pare si farà, comunque, carico l'intero nuovo governo e non un singolo ministero⁴³¹) possa essere uno strumento di rilancio non solo, e necessariamente, di una rinnovata efficienza e di recupero di produttività del lavoro, ma anche di ausilio di politiche di HR che mettano al centro la persona sia nel ruolo di produttore, sia di utente del servizio pubblico. Resta da valutare se, nella prospettiva della partecipazione e del coinvolgimento dal basso di lavoratori e utenti nella creazione di valore pubblico, sia potenzialmente più percorribile la strada della sperimentazione informale (le *best practices* da generalizzare e incentivare); ovvero se sia preferibile, o più realisticamente possibile, la strada della formalizzazione di modelli di partecipazione da introdurre e sviluppare magari attraverso il veicolo della tradizionale contrattazione collettiva. E in tutto questo, bisognerebbe domandarsi se le OOSS siano in grado di lasciarsi attraversare dal cambiamento o se siano da considerarsi attestate, nel settore pubblico, sul vecchio *refrain* del declinare crescendo. E poi ancora quali soggetti potrebbero intestarsi un tale cambiamento sul versante delle pp.aa. intese quali datrici di lavoro; se l'ARAN pensata e costruita sulla centralità/pervasività della rappresentanza negoziale o al massimo riadattata alla funzione consulenziale ovvero, se non l'ARAN, il dipartimento della FP, le dirigenze apicali, la politica o, magari, secondo alcuni, il legislatore con una ennesima riforma.

5. Il dicastero Brunetta: atto II. Interventi mirati, non una nuova generale riforma. Recruiting policy e dirigenza.

Il Ministro Brunetta, appena insediato, ha lasciato, al tempo della prima esperienza di governo, una impronta duratura nell'attuale assetto dell'amministrazione pubblica. Si pensi al ciclo delle performance regolato nel d.lgs. n.150/2009. L'errore della precedente di riforma, che porta il suo nome ed è tutt'ora vigente, è stato di aver ridato spazio alla dirigenza rendendola più autonoma dalle influenze e dalle aspirazioni cogestive dei sindacati (e questo va bene), ma avendola subito dopo ingabbiata in una pesante armatura legislativa, che ne ha ridotto la discrezionalità e tarpato quel poco di creatività che in alcuni segmenti pur serpeggiava. A completamento del quadro, dopo la gestione Brunetta, s'è aggiunto l'effetto di deresponsabilizzazione (la c.d. amministrazione difensiva) conseguente alla stagione della legislazione anti corruttiva e della tenaglia delle

⁴³⁰ Sul dialogo sociale come metodo innovativo nel settore pubblico si veda l'interessante rapporto *Social dialogue in the public service in selected countries of the European Union*, di Lorenzo Bordogna, ILO WP 318, 2018.

⁴³¹ In tal senso il discorso di insediamento alla Camera del nuovo premier Mario Draghi.

procure (penali e contabili) che ha certamente contribuito a inibirne ulteriormente ruolo e funzione (in disparte ataviche responsabilità proprie, di ceto e di cultura)⁴³²; onde l'effetto finale, da più parti rilevato, di ossificazione e banalizzazione dell'amministrazione.

Occorre, inoltre, aggiungere che quel che è cambiato strutturalmente, rispetto alla fase in cui si inserì la pregressa riforma Brunetta, è la crisi, un po' ovunque, del paradigma del *New Public Management* che ha finito per appiattire eccessivamente le logiche delle p.a. su quelle, per altro, di un certo, non più egemone, segmento di imprese e di un certo modello di management (attento, per schematizzare, ai dividendi e ai risultati a breve): le imprese, cioè, più vocate al mercato piuttosto che alla responsabilità sociale. Si tratta di un approccio scientifico e culturale, oggi, sostituito da teorizzazioni più attente alle specificità di funzioni delle pp.aa. e alla creazione di nuovo valore pubblico (NPV)⁴³³.

E tuttavia un ritorno al tema del management e quindi della dirigenza pubblica, anche in termini di riforma legislativa, con riguardo alla riconsiderazione del suo ruolo, è lecito attenderselo anche se il clima politico in cui opera l'attuale governo è certamente diverso da allora. Un dipartimento della f.p. fustigatore delle OOSS del settore pubblico, nel clima di neo-concertazione sociale, alla Ciampi, che si respira con la nuova compagine, non è, invece, lecito attenderselo.

Due sono, comunque, ad avviso di chi scrive, le urgenze per un intervento riformatore nel settore pubblico; si tratta di riforme perimetrare e non generalizzate: a) la riforma delle procedure di reclutamento che possa consentire assunzioni delle migliori e più fresche energie, oltre che indispensabile *device* per facilitare la riforma dal basso delle pp.aa. e supportare la strategia di medio/lungo periodo di attuazione del Next Generation EU; b) la contestuale riforma, come si è accennato, della dirigenza pubblica.

Con riguardo alla prima linea di intervento il segno di discontinuità con le pregresse esperienze sarebbe nei fatti: il precedente dicastero Brunetta - a parte l'enfasi della guerra ai fannulloni, alla quale è succeduta in linea di continuità e con scarsa innovatività la crociata contro i furbetti del cartellino⁴³⁴ - ebbe a operare durante la fase dell'austerità, nel pieno delle politiche di draconiani tagli alle spese di personale, operati dell'allora ministro delle finanze Tremonti; oggi il compito primario del dipartimento della ff.pp. è, esattamente, l'opposto: sbloccare il processo di ringiovanimento delle pp.aa., riaprendo una fase di reclutamento non di massa e indifferenziato, come vorrebbe chi intende le politiche di assunzione nella p.a. come principale dettaglio di una manovra occupazionale meramente quantitativa; il che finirebbe per richiamare le ricorrenti ondate di assunzione di personale precario poco qualificato: dall'occupazione giovanile passando per gli LSU ecc.; bensì mettendo mano finalmente al cambiamento operativo, oltre che regolamentare, di quel vecchio e inutile arnese che rimane il concorso pubblico, per come oggi è ancora regolato: nozionistico, burocratico e a-selettivo; mito *astratto* di teorici *astratti* del principio *astratto* di

⁴³² CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge "Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *Quaderni DLM* n. 7/2019, p. 17 ss.

⁴³³ Si rinvia all'ampia trattazione di DE MASI, *Lo stato necessario*, Rizzoli, 2020, ed. Kindle, p. 4110 ss.

⁴³⁴ Di "basicità banale" delle riforme all'insegna dei furbetti del cartellino rispetto al ciclo di riforma Bassanini/D'Antona parla condivisibilmente, MONTESQUIEU, *Con il populismo fallisce la riforma della PA*, in *Enti Locali & Edilizia*, Sole 24 ore del 18 dicembre 2020.

imparzialità, tra i quali si collocano a pieno titolo i giudici delle alte corti, in primo luogo della Corte costituzionale⁴³⁵.

I processi di reclutamento dovrebbero caratterizzarsi, come avviene in tutte le pubbliche amministrazioni ben attrezzate e che funzionano, per l'integrazione operativa tra imparzialità e la sua proiezione immediata e osmotica costituita dal principio di buon andamento. Per produrre risultati efficaci ed efficienti in termini di qualità del personale reclutato, devono essere proceduralmente tali già i metodi di selezione, da ripensare a monte e integralmente, già con riguardo agli *skill* che si intendono selezionare, anche soft e non solo hard; professionalità concrete che una moderna amministrazione - orientata alla produzione di valore pubblico - deve richiedere ai propri funzionari e dirigenti; valori tra i quali si annovera anche, ma non solo ormai, come invece nella visione tramontata del NPM⁴³⁶, l'efficienza e l'efficacia operativa.

La seconda linea di riforma riguarda la dirigenza, rimasta incompiuta dopo gli incidenti costituzionali della prefigurata riforma Madia. La qualità del ceto burocratico di livello alto costituisce, com'è noto, uno dei nodi, storicamente più intricati, della pubblica amministrazione italiana e che è all'origine del suo malfunzionamento complessivo (una delle cause non l'unica): non solo la formazione e le politiche di reclutamento specifico, ma anche la (mancanza di) cultura operativa e manageriale da collegare pure, nell'attuale quadro, a uno stato di prostrazione non tanto economica, quanto professionale e di ruolo oltre che di malfunzionamento degli strumenti operativi a disposizione. Oggi le dirigenze pubbliche avvertono pure un problema di necessario e radicale ricambio generazionale. Ma tutto ciò imporrebbe l'apertura di un'autonoma riflessione che si rinvia ad altra sede.

6. Mutamenti organizzativi (dal basso) della p.a. senza necessità di una riforma legislativa. Per un rilancio dell'attività di produzione di valore pubblico.

Su come procedere nel cammino dell'adeguamento delle pp.aa. italiane agli standard europei, che era l'ispirazione già della prima riforma Cassese agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso, si è avuto già modo di scrivere: riforma organizzativa dal basso⁴³⁷ alla giapponese; pazienza e cambiamenti continui, indotti e sperimentali, fuori da ogni approccio formalistico e burocratico, portati avanti con convinzione, abnegazione, collaborazione e partecipazione organizzata, riscoprendo senso e significato del valore pubblico che inerisce all'agire necessariamente ispirato all'interesse pubblico perseguito dalle pp.aa. La pandemia ha rimesso al centro, nell'opinione comune, la cultura del servizio e dei beni pubblici e l'*habitat* culturale in cui operano le pubbliche amministrazioni dovrebbe essere quasi ideale.

Com'è noto, una profonda riorganizzazione delle pp.aa. è stata promossa (stimolata?) dalla ministra della Funzione Pubblica dell'ormai defunto governo giallo rosso, proprio a partire da quella che dovrebbe essere uno dei pochi lasciti positivi della pandemia⁴³⁸: lo *smart working* in

⁴³⁵ CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., in particolare par. 6.1 ss.

⁴³⁶ Teoria, quest'ultima, come è noto, *in auge* tra la fine del secolo scorso e il primo decennio del secolo e un po' ovunque criticata perché troppo appiattita su ipotesi di aziendalizzazione meramente efficientistica delle pp.aa.

⁴³⁷ In tal senso si rinvia a BUTERA, *Organizzazione e società*, Marsilio, 2020, p. 297 ss.

⁴³⁸ Si rinvia a CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, n. 2, p. 215 ss.

proiezione post pandemica. Il condizionale è d'obbligo. Il c.d. POLA, malgrado gli inani sforzi di prenderlo sul serio del mio amico Lorenzo Zoppoli⁴³⁹ – che giustamente si interroga sul rapporto di questo istituto con il principio del buon andamento⁴⁴⁰ – sembra aver ridotto il suo impatto sull'organizzazione pubblica a una questione di pallottoliere: come se il problema fosse il numero delle mansioni c.d. "smartabili"⁴⁴¹ e la proiezione, su questo numero, delle percentuali, obbligatorie, e/o volontariamente scelte dalle p.a., di lavoratori ivi collocabili. Chi, come Domenico De Masi⁴⁴² sostiene il contrario, con atteggiamento celebrativo – vale a dire lo *smart working* come rivoluzione positiva in sé considerata, anche nella pubblica amministrazione – in fondo non porta dati salienti a sostegno della sua tesi. Secondo il sociologo dovremmo fidarci, con riguardo all'effetto, sempre e comunque positivo dello *smart working*, di due ricerche: una dell'Enea pre-covid, a campione molto limitato (circa 3.000 dipendenti pubblici) e un'altra del Forum della p.a. svolta in pieno *lock down* (tra aprile e maggio 2020⁴⁴³). Da tali ricerche, per altro a campione e a oggetto molto limitato (altre ne sono state pubblicate dell'osservatorio del politecnico di Milano), viene fuori quel che si poteva immaginare; risposte differenziate sul livello di soddisfazione dei protagonisti dello tsunami del lavoro a distanza e opportunità, comunque, di un atteggiamento prudente: va bene ma solo se ibridato, reso effettivamente ubiquo e a dosi controllate. Il problema vero, e che una posizione acriticamente celebrativa non coglie, è che, soprattutto nelle pp.aa., l'imperativo costituzionale del buon andamento è al centro di ogni modello organizzativo, per le sue implicazioni e ricadute sull'interesse (valore) pubblico perseguito dalle medesime. Ne deriva che lo *smart working*, come del resto anche nel settore privato, non può essere misurato solo in termini di maggiore benessere organizzativo o conciliativo⁴⁴⁴, ma anche in termini di incremento della produttività, posto che quello che le pp.aa. producono, sia materialmente sia immaterialmente, non è solo un astratto output contabilizzabile, ma anche valore pubblico che è più tale quanto politicamente meglio orientato, oggi, nel senso della stella polare della sostenibilità (giusta la funzione di indirizzo politico che ovviamente, in tal senso, non è neutra): migliori e più ampi servizi pubblici a favore dell'utenza e non solo⁴⁴⁵, investimenti pubblici, realmente produttivi, in innovazione e ricerca⁴⁴⁶, attenzione al concetto ormai olistico e circolare di sostenibilità, tutela dei beni comuni. Che il benessere organizzativo sia strumentale al valore pubblico, perché una

⁴³⁹ L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, di prossima pubblicazione su LPA, n. 1, 2021.

⁴⁴⁰ Più in generale, si v. L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri di lavoratori*, in LPA, 2019, n. 2, p. 1 ss.

⁴⁴¹ Il maltrattamento anglofono della lingua italiana sembra sia un risultato comunque certo della modernizzazione operata dalla fp nel governo giallo rosso.

⁴⁴² DE MASI, *Smart working, La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio, 2020, ed. Kindle, p. 419 ss.

⁴⁴³ DE MASI, *Smart Working*, cit. p. 419 ss.

⁴⁴⁴ Per una disamina dei tre sottotipi sociali tendenziali dello *smart working*, cfr. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni*, cit. spec. par. 4.1.

⁴⁴⁵ Sul concetto di interesse e valore pubblico, si veda BOZEMAN, *Public Values and Public Interest*, Georgetown University Press, Washington, 2007; oltre al classico MOORE, *La creazione di valore pubblico*, Guerini e associati, Milano, 2003; e i saggi e le ricerche empiriche contenuti in BENIGTON AND MOORE (ed. by), *Public Value, Theory and Practice*, Palgrave MacMillan, 2011. La teoria del valore pubblico si interroga per esempio sul fatto che tra i valori pubblici generati rientrano anche atti e provvedimenti non bene accolti dagli utenti destinatari: per esempio, incrementare il contrasto all'evasione tributaria non giova certo agli utenti, *uti singuli*, cui si rivolge l'attività ma produce comunque valore pubblico.

⁴⁴⁶ Su questo insiste molto l'economista M. Mazzucato e indicazioni operative interessanti si trovano nel rapporto della Commissione Colao, *Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022"*; in proposito, si rinvia a CARUSO, *Pubbliche amministrazioni*, cit.

migliore organizzazione che coinvolga i dipendenti rende più efficiente la p.a. e la mette meglio in grado di perseguire la propria *mission* è un conto; ma il benessere organizzativo, o la conciliazione dei tempi, non possono essere obiettivi in sé considerati e avulsi dal contesto.

Con riguardo allo specifico tema dello *smart working*, a cui ho prima accennato, limitarsi a vederlo come servente soltanto il benessere organizzativo, rischia di produrre effetti rifrangenti⁴⁴⁷. Al di là del dato assodato di una maggiore autonomia spazio/temporale della prestazione, il problema non è trasferire in remoto un certo numero di mansioni e funzioni, ma proprio quello del concetto di mansioni, che nell'attuale organizzazione simil-taylorista dell'ufficio pubblico sono, per altro, in larga misura frantumate (direbbe Federico Butera), cioè parcellizzate e proceduralizzate, spesso avvertite come inutili perché inserite in compiti afferenti a procedimenti di cui non si coglie senso e significato in termini di produzione di valore pubblico ma anche in sé considerate; e ciò sia che esse siano svolte da remoto o svolte in presenza. Il problema è, dunque, il modello di organizzazione taylor fordista dell'ufficio pubblico, ancora imperante nelle p.a. italiana ⁴⁴⁸ e, per altro, neppure attuato secondo i migliori corollari scientifici e razionali del metodo taylorista.

Onde l'assenza della filosofia del *change management* nell'approccio *top down*, quasi a telecomando e una volta per tutte della ministra uscente allo *smart work*; esso è, per l'appunto, l'antitesi di ogni visione progressiva e paziente (senza fretta) di inserimento sistemico e strategico di tale modello organizzativo all'interno di una pratica, costante ma decisa e *bottom up*, di cambiamento per progetti incrementali, diffusivi e sperimentali.

Certamente è da riconoscere che la pandemia è stata l'occasione di concretizzazioni virtuose – con effetto quasi di massa critica – della cultura e dell'utilizzo del digitale e dei suoi apparati tecnici anche tra i dipendenti pubblici, costretti a fare di necessità virtù; ma questa esplosione improvvisa e poco governata spiega pure come mai di tale istituto si è fatto, e si sta ancora facendo, un uso opportunistico e iper garantistico⁴⁴⁹. Anche in tal caso non occorre generalizzare; come ha replicato De Masi a Pietro Ichino, non esistono ricerche sistematiche in grado di provare simili affermazioni (al di là dei singoli casi citati da Ichino); ma è probabilmente vero che, in qualche caso, decrementi di produttività mascherati da continuità operativa si siano effettivamente verificati. Esattamente il contrario di quel che è avvenuto nel settore privato⁴⁵⁰.

E tuttavia nuove concezioni dell'organizzazione pubblica, come si accennava, al traino della teoria del *New public service*, sembrano oggi diffondersi e affermarsi dopo le forzature ideologiche del

⁴⁴⁷ In tal senso le critiche condivisibili di Di Vico all'infatuazione pro *smart working* dell'ex ministro Dadone, *Ragioniamo senza fretta sul lavoro a distanza*, in *Il Corriere della sera*, 5 luglio 2020. Una posizione che appare unilateralmente funzionale all'obiettivo di conciliazione dello *smart working*, pare essere quella di TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-419/2020. Più attenta alle diverse funzioni MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, spec. p. 187 ss.

⁴⁴⁸ Paradigmatico il tentativo di trasformare il modello di organizzazione del lavoro di uno degli enti pubblici che passa peraltro tra i più moderni e avanzati in Italia, l'INPS di fronte al blocco del cambiamento che si determinò. Si v. ampiamente, BUTERA, *Organizzazione e società*, cit., spec. cap. 12. È obbligo domandarsi se la criticata *performance* dell'Ente alle prese con la superattività della pandemia sarebbe stata la stessa, se il descritto cambiamento organizzativo, mai attuato e descritto da Butera, si fosse effettivamente realizzato.

⁴⁴⁹ Sul punto cfr. la ripetuta e nota polemica di Pietro Ichino, ribadita anche in interviste sul *Corriere della sera* del 16 giugno 2020, *Smart working? Per gli statali una vacanza*; sulla *Verità* del 23 novembre 2020, *Ma finora nessuno ha verificato se gli statali a casa lavorano o no*; su *Italia oggi* del 23 ottobre 2020, *La p.a. si trova in semiletargo, perché non dispone di idee e strumenti per lo smart working*; su *Milano Finanza* del 27 giugno del 2020, *Ichino: il letargo del settore pubblico non è smart working*.

⁴⁵⁰ Si veda l'indagine dell'Ufficio studi di Banca d'Italia, DEPALO, GIORGI, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia. I lavoratori del settore privato*, 22 gennaio 2021.

New public management; e in questo contesto più ampio occorre forse collocare la riflessione e la pratica dello *smart working* nel settore pubblico.

La teoria del *New public service* e la sua variante della *New public governance* ridanno indubbiamente fiato a considerazioni, anche originali, sulla creazione del valore pubblico nel settore dei servizi e delle pp.aa. che interessano in primo luogo il ruolo del management pubblico, la sua funzione e la sua identità. Ma che riguardano, a mio avviso, anche il ruolo e la collocazione dei lavoratori pubblici, e le relative organizzazioni, nella catena di creazione del valore pubblico. Le ripercussioni riguardano, per quel che concerne specificamente i giuslavoristi, sia una nuova concezione del contratto individuale di lavoro (il *personal work nexus*), e per quel che ci interessa oggi, anche l'organizzazione e la partecipazione collettiva e dal basso, non solo dei lavoratori, ma anche degli stessi utenti. Ma questa è un'altra storia.

I medici specializzandi*

Roberto Pettinelli- Maria Laura Picunio

1. Il medico specializzando fra ordinamento universitario e sistema sanitario.	115
1.1. Qualificazione del rapporto. Inapplicabilità della disciplina relativa al lavoro subordinato.	120
2. Adempimento degli obblighi formativi, ruolo del tutor e atteggiarsi dell'obbligo di supervisione.	124
2.1. La responsabilità medica dello specializzando: colpa per assunzione, peculiarità del modello di agente e concreta capacità di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle specifiche qualità professionali.	128
3. L'adeguata remunerazione: il dibattito giurisprudenziale relativo agli ex specializzandi.	130
4. La rotazione tra strutture e lo scambio internazionale.	138
5. L'orario di svolgimento della prestazione.	139
6. Inadempimento del medico specializzando e cause di esclusione dalla scuola di specializzazione.	141
6.1. Rimedi e tutele contro l'illegittima esclusione.	143
7. Profili previdenziali, fiscali e assicurativi.	145

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 438/2021

1. Il medico specializzando fra ordinamento universitario e sistema sanitario.

Sino a meno di trent'anni addietro l'organizzazione della specializzazione medica si presentava caratterizzata da una regolamentazione multiforme, che ha attraversato quasi tutto l'ultimo secolo senza subire sostanziali modifiche. Il modello elaborato con r.d. 30 settembre 1938, n. 1652⁽⁴⁵¹⁾ e integrato dalla l. 26 gennaio 1942, n. 78 prevedeva una rimessione ai singoli istituti universitari delle condizioni di accesso alle scuole di specializzazione individuate in un'apposita tabella. Si trattava, tuttavia, di un sistema sia piuttosto incoerente per l'assenza di una sostanziale uniformità, che faceva sì che, per i singoli tipi di diploma, i requisiti di ammissione, la durata e la frequenza dei corsi, l'indicazione del numero complessivo degli esami di profitto e delle discipline obbligatorie con le connesse attività pratiche da ricomprendere nell'ordinamento degli studi, le modalità di svolgimento degli esami e del tirocinio pratico nonché le ulteriori attività fossero diversificate sul territorio nazionale⁽⁴⁵²⁾; sia contrario alle istanze di omogeneità provenienti dalla Comunità Economica Europea, che già nel 1975 aveva imposto agli Stati membri, in funzione di un sistema di reciproco riconoscimento dei titoli, una serie di condizioni minime comuni per il conseguimento del diploma di specializzazione in area medica (direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, rispettivamente denominate 'riconoscimento' e 'coordinamento').

Il 10 marzo 1982, sulla base della delega legislativa conferita dall'art. 12, ultimo comma, l. 21 febbraio 1980, n. 28, venne emanato il d.p.r. n. 162, con il quale si provvide a una inedita operazione di riordino delle scuole di specializzazione⁽⁴⁵³⁾. Fu un primo, sebbene parziale, superamento della eterogeneità della disciplina scolastica, poiché la competenza a stabilire denominazione, requisiti di ammissione, durata e caratteristiche principali dei corsi di studio venne riservata, in via esclusiva, allo Stato⁽⁴⁵⁴⁾ e sottratta alla discrezionalità degli enti universitari, cui sarebbe rimasta la sola possibilità di stabilire, con una normativa di dettaglio, i piani didattici⁽⁴⁵⁵⁾.

⁴⁵¹ Tale regolamentazione era integrata dalle previsioni del r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, relativo ai rapporti fra istituti universitari ed enti preposti all'assistenza sanitaria (artt. 27-35) e dal d.p.r. 30 settembre 1938, n. 1631, che all'art. 78 consentiva alle amministrazioni ospedaliere pubbliche di «ammettere i laureati in medicina e chirurgia a frequentare le divisioni di cura e gli istituti di indagine alle dipendenze e sotto la vigilanza e responsabilità dei rispettivi primari», stabilendo che l'attività dei cc.dd. medici frequentatori fosse connotato da gratuità (art. 17).

⁴⁵² Cfr. in merito gli artt. 6, 8 e 11, l. 26 gennaio 1942, n. 78.

⁴⁵³ Per un'analisi più dettagliata, si vedano DE CESARE, voce *Professioni sanitarie e arti ausiliarie*, in *ED*, XXXVI, 1987, Milano, 1091 ss.; IANNOTTA, voce *Sanità pubblica*, in *EGT*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; ID., voce *Professioni*, *V) Professioni ed arti sanitarie*, ivi, XXXIV, Roma, 1991, 1 ss.

⁴⁵⁴ Segnatamente, al Ministero della Pubblica Istruzione, sentito il parere del Consiglio universitario nazionale.

⁴⁵⁵ Una tale operazione di riordino non era del resto affatto isolata, ma rappresentava un naturale innesto nell'ambito del piano di riforma del sistema sanitario, inaugurato con la graduale sospensione degli enti mutualistici (l. 17 agosto 1974, n. 386) e con la successiva istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (l. 23 dicembre 1978, n. 833), destinato a porre fine, per gli anni a seguire, agli squilibri territoriali nelle condizioni socio-sanitarie del Paese (art. 2) e ad assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi per tutto il territorio nazionale (art. 4). Si prevedeva del resto anche un nuovo quadro legislativo per la gestione dei rapporti fra le università – e le facoltà mediche in particolare – e il Servizio Sanitario Nazionale, volto, per un verso, a garantire l'integrazione del personale medico universitario nell'erogazione dei servizi di assistenza sanitaria; e, per l'altro, a consentire alle università di avvalersi delle strutture ospedaliere per l'espletamento delle funzioni didattiche e di ricerca (art. 39, l. 23 dicembre 1978, n. 833). Sul collegamento fra università e Ssn, si vedano DE LEONARDIS, voce *Cliniche universitarie*, in *EGT*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; BARDUSCO, *I rapporti tra il servizio sanitario nazionale e l'università*, in *SP*, 1993, 589 ss.; ROVERSI MONACO, *L'università nel servizio sanitario nazionale*, ivi, 1993, 721 ss.; BARDUSCO, *Pubblico e privato nel servizio sanitario nazionale: le cliniche universitarie*, ivi, 1997, 1115 ss.; SANVITI, *I rapporti tra servizio sanitario nazionale e università*, ivi, 1999, 943 ss.; RAMPULLA, *Le aziende integrate: i nuovi rapporti tra università e servizio sanitario nazionale*, ivi, 2000, 305 ss.; BALMA, *L'azienda ospedaliera universitaria*, in *Ragiusan*, 2001, 17 ss.; AICARDI, *La sanità*, in Cassese (a cura

È però solo a fronte dell'emanazione della direttiva n. 82/76/CEE che la regolazione dei medici specializzandi smette di poter essere considerata niente di più che una branca del diritto amministrativo e viene contaminata con corposi innesti di principi propri della regolamentazione lavoristica. In particolare, accanto alla previsione di una diversificazione del regime orario del periodo formativo e di specifiche cause di sospensione ⁽⁴⁵⁶⁾, al fine di incoraggiare il libero esercizio del diritto di stabilimento e di promuovere le libertà di circolazione e di prestazione di servizi di medici professionisti nel mercato comune, la suddetta direttiva introduce l'obbligo, per gli Stati membri, di garantire ai medici specializzandi ("m.s."), in formazione a tempo pieno o ridotto, una «adeguata remunerazione» ⁽⁴⁵⁷⁾, sì da consentir loro di portare a compimento il percorso di specializzazione dedicandosi in via esclusiva all'attività formativa.

Nel recepire la direttiva la Repubblica italiana si è attivata con notevole ritardo rispetto al termine ivi prescritto (31 dicembre 1982), non prima di aver subito anche una procedura di infrazione da parte della Commissione europea ⁽⁴⁵⁸⁾. Infatti solo l'8 agosto 1991, a poco più tre anni dalla condanna della Corte, la Repubblica ha emanato la prima normativa volta a regolare compiutamente il rapporto di formazione specialistica, il d.lgs. n. 257/1991, sulla base della delega legislativa contenuta nella l. n. 428/1990. Si è trattato, però, di un'attuazione solo parziale, in quanto, per un verso, limitava l'efficacia temporale delle disposizioni «a decorrere dall'anno accademico 1991-92» (art. 8, ultimo comma), implicitamente escludendo dal diritto alla «adeguata remunerazione» i medici che avevano frequentato le scuole di specializzazione nel periodo intermedio; e, per l'altro, non veniva esattamente chiarito se il rapporto «di formazione specialistica» dei m.s. fosse da considerarsi solo come un rapporto di studio strumentale all'apprendimento pratico e alla relativa verifica dell'insegnamento ricevuto o se invece potesse sussistere una relazione sinallagmatica fra le attività assistenziali ⁽⁴⁵⁹⁾, il cui svolgimento veniva previsto esclusivamente a tempo pieno ⁽⁴⁶⁰⁾, e l'erogazione di una borsa di studio da parte delle università presso cui operavano le scuole di specializzazione ⁽⁴⁶¹⁾, nonostante l'espressa inequivoca esclusione della possibilità di considerare nell'ammissione e nella frequenza alla scuola, finalizzate alla formazione di medico

di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto Amministrativo speciale, t. I*, Milano, 2003, spec. 700 ss.; BARDUSCO, *Servizio sanitario e università*, in *SP*, 2004, 953 ss.

⁴⁵⁶ «La formazione può essere interrotta per motivi quali servizio militare, missioni scientifiche, gravidanza, malattia. La durata totale della formazione non può essere ridotta a causa delle interruzioni».

⁴⁵⁷ Art. 13, direttiva 82/76/CEE.

⁴⁵⁸ Corte Giust. 7 luglio 1987, causa C-49/87, *Commissione c. Italia*.

⁴⁵⁹ L'art. 4, comma 1, prevedeva che la formazione specialistica implicava «la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali essa si effettua, ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione dei compiti assistenziali in modo che lo specializzando dedichi alla formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intero anno». Si tratta di un impegno assistenziale a tutto campo, come confermato dal comma 2 della stessa disposizione: «gli specializzandi sono utilizzati in attività di assistenza per il tirocinio pratico connesso alla specializzazione».

⁴⁶⁰ Un impegno «almeno pari a quello previsto per il personale medico del Servizio sanitario nazionale a tempo pieno» (art. 4, comma 4).

⁴⁶¹ A dimostrare un certo nesso fra la retribuzione spettante ai medici dipendenti e la borsa di studio attribuita ai m.s. era anche la previsione di un meccanismo di rivalutazione triennale collegato al «miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente del Servizio sanitario nazionale» (cfr. PASQUALETTO, *Le incertezze del legislatore italiano sulla formazione degli specializzandi in medicina: spunti di riflessione sulla natura del rapporto tra i medici in formazione e la pubblica amministrazione*, in *ADL*, 2007, 1399).

specialista dell'iscritto, «la costituzione di alcun rapporto di impiego» (art. 4, co. 3). Nondimeno, a render nota l'ambiguità della normativa, era la previsione dell'obbligo di copertura assicurativa per i rischi professionali e gli infortuni connessi all'attività di formazione specialistica, il cui premio doveva però essere a carico del m.s. (co. 8), e la necessità di un legame esclusivo tra m.s. e scuola di specializzazione ⁽⁴⁶²⁾.

La riforma del Sistema Sanitario Nazionale ("Ssn") del 1992 (d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) e le successive operazioni di riordino degli ordinamenti didattici delle scuole di specializzazione (d.m. 11 maggio 1995; e 3 luglio 1996) confermano come la figura del m.s. rappresenti un punto di congiunzione fra sistema universitario e sistema sanitario, ma non impattano, se non marginalmente, sul rapporto di formazione specialistica ⁽⁴⁶³⁾. È solo nel 1999 che, entro il quadro normativo delineato, si innestano due decreti, con i quali, a seguito di molteplici rivendicazioni ⁽⁴⁶⁴⁾ e di due ulteriori condanne da parte della Corte di Giustizia ⁽⁴⁶⁵⁾, il legislatore torna a occuparsi nuovamente del rapporto di formazione specialistica in medicina.

Mentre il d.lgs. n. 370/1999, all'art. 11, tentava di sanare il contenzioso *medio tempore* generatosi dinanzi al T.A.R. in merito alla necessità del riconoscimento della remunerazione in favore dei medici ammessi presso le scuole di specializzazione dall'a.a. 1983-1984 all'a.a. 1990-1991 riconoscendo, in presenza di determinate condizioni, «per tutta la durata del corso una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000» senza interessi legali e rivalutazione monetaria ⁽⁴⁶⁶⁾, è in particolare il d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 – emanato in attuazione della nuova direttiva 93/16/CEE nel frattempo intervenuta a modificare le precedenti – a riscrivere *ex novo* i principi relativi alla formazione specialistica, abrogando il precedente d.lgs. n. 257/1991.

Nell'originaria impostazione del d.lgs. n. 368/1999, il medico specializzando resta complessivamente una figura ibrida, a metà fra studente borsista e lavoratore subordinato ⁽⁴⁶⁷⁾. A causa dell'anodina formulazione dell'art. 37, co. 1, lo spettro di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato aleggia sulle parti in ragione della stipulazione di un «contratto di formazione-lavoro», capace di evocare pericolosamente, anche in virtù dell'impervio rinvio alla normativa

⁴⁶² A tale obbligo era invero connesso il divieto di svolgere attività libero-professionale *extra moenia* e ogni rapporto anche convenzionale o precario con il Ssn, nonché la previsione del collocamento obbligatorio in congedo straordinario nel caso di previa sussistenza di un rapporto di pubblico impiego (art. 5).

⁴⁶³ Il d.lgs. n. 502/1992 si preoccupa, in particolare, di ridisegnare i rapporti fra strutture sanitarie, esigenze del Ssn connesse alla formazione degli specializzandi e Università (art. 6). Speciale attenzione viene dedicata ai caratteri della formazione medica, arricchendo la scarna previsione dell'art. 4, comma 1 d.lgs. n. 257/1991 e coniugando il principio, ivi sancito, della «graduale assunzione» e della «partecipazione guidata» con quello, di nuova introduzione, della «autonomia vincolata». Si prevede infatti che la formazione medica sia dedicata alla «partecipazione guidata o diretta alla totalità delle attività mediche, ivi comprese la medicina preventiva, le guardie, l'attività di pronto soccorso, l'attività ambulatoriale e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolata alle direttive ricevute dal medico responsabile della formazione» con la connessa assunzione di responsabilità. Viene previsto inoltre che durante il periodo di formazione è obbligatoria la «partecipazione attiva a riunioni periodiche, seminari e corsi teorico-pratici nella disciplina» (art. 16). Con i d.m. 11 maggio 1995 e 3 luglio 1996, invece, sono state apportate modifiche all'ordinamento didattico universitario delle scuole di specializzazione, in coerenza con gli scopi previsti dalla riforma universitaria del 1990 (l. 19 novembre 1990, n. 341).

⁴⁶⁴ Risi, *Il caso degli specializzandi in medicina*, in *LPA*, 1998, 121 ss.

⁴⁶⁵ Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/97, *Gozza*.

⁴⁶⁶ Sulla vicenda, VACCARO, *Del diritto alla retribuzione dei medici specialisti*, in *RGS*, 2002, 27 ss.

⁴⁶⁷ Analoghe considerazioni in PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1400-1401.

vigente, la fattispecie disciplinata dal d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 (conv. con mod. in l. 19 dicembre 1984, n. 863) e dal d.l. 16 maggio 1994, n. 299 (conv. con mod. in l. 19 luglio 1994, n. 451) chiaramente riconducibile nell'alveo della subordinazione. Con una disposizione decisamente innovativa dell'impianto del 1991, l'art. 37 del nuovo decreto prevedeva, invero, che all'atto dell'iscrizione alla Scuola di specializzazione il m.s. stipulasse un apposito contratto con l'Università e con la Regione nel cui territorio erano comprese le strutture formative della Scuola ⁽⁴⁶⁸⁾. Inoltre la borsa di studio veniva sostituita da un trattamento economico annuo onnicomprensivo, costituito da una parte fissa uguale per tutte le specializzazioni e per tutta la durata del corso nonché da una variabile, e corrisposto mensilmente dalle Università (art. 39), sì da alludere alla nozione di retribuzione prevista per tutti i lavoratori subordinati, come del resto lasciava chiaramente intendere l'esplicito riferimento contenuto nel co. 6 dell'art. 37. Veniva anche confermata l'esclusività della formazione specialistica tramite un complesso sistema di incompatibilità (art. 40, co. 1). D'altro canto, si ribadiva che la frequenza della Scuola non avrebbe dato accesso alcuno ai ruoli universitari o a quelli del Ssn e, quasi a voler tacitare ogni dubbio sulla effettiva natura del rapporto, veniva espressamente esclusa l'esistenza di un rapporto di impiego con gli enti predetti.

A complicare non poco le carte era la stessa efficacia temporale delle nuove regole, posposta all'emanazione di un apposito provvedimento legislativo (art. 46, co. 2), sì da generare notevoli sperequazioni *ratione temporis* tra gli specializzandi in medicina di non poco rilievo nel conten- zioso generatosi ⁽⁴⁶⁹⁾.

È accaduto tuttavia che il testo legislativo, nella sua versione originaria, fosse talmente ambiguo e imperfetto da dover essere vistosamente riscritto per chiarire le lacune di norme potenzial- mente foriere di controversie. Infatti, con la finanziaria del 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266), proprio nel momento in cui si è disposta l'entrata in vigore della 'nuova' disciplina con decorrenza dall'a.a. 2006-2007 ⁽⁴⁷⁰⁾, si è proceduto a un deciso processo di epurazione di tutte le storture della disciplina del '99 che avrebbero potuto dare a intendere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato fra le parti. Il rapporto, originariamente «di formazione-lavoro», è stato qua- lificato in chiave di specialità in quanto derivante da un «contratto di formazione specialistica», dimodoché il confuso rinvio alla disciplina vigente in funzione suppletiva del decreto legislativo del 1999 «per quanto non previsto o comunque per quanto compatibile con le disposizioni di cui al presente decreto legislativo», originariamente interpretabile come apertura alle disposizioni relative al contratto di formazione e lavoro, si è risolto in una specie di circuito autoreferenziale alla stessa disciplina del d.lgs. n. 368/1999 e alla normativa amministrativa secondaria, in assenza

⁴⁶⁸ Lo schema tipo del contratto di formazione specialistica è stabilito con D.P.C.M. 6 luglio 2007. Nonostante l'apparenza, il contratto non ha carattere plurisoggettivo, nel senso che non nasce dall'incontro della volontà di tre soggetti diversi (Università, Regione e m.s.), ma è conseguenza per legge della stessa iscrizione alla Scuola cui accedono, per la parte di rispettiva competenza organizzativa, i due soggetti pubblici interessati al percorso di specializzazione: l'Università, nel cui ambito è istituita la Scuola ed è dunque garante dei livelli di istruzione forniti, e la Regione, alla quale invece fanno capo le strutture sanitarie inserite nella rete formativa della Scuole e nel cui ambito l'attività del m.s. sarà svolta. Il rapporto poi tra Università e Regioni è solitamente gestito tramite Protocolli d'Intesa, mentre quello fra Università e strutture del Ssn aventi i requisiti per l'accreditamento previsti dal d.l. 13 giugno 2017, n. 402, mediante apposite convenzioni (cfr. Cass. 20 marzo 2012, n. 4412, in *GCM*, 2012, 365).

⁴⁶⁹ Cfr. art. 8, co. 3, d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517.

⁴⁷⁰ Con un chiarimento un po' superfluo si precisava che fino all'a.a. 2005-2006 sarebbero rimaste applicabili le disposizioni di cui al d.lgs. n. 257/1991 (art. 1, co. 300, lett. e) l. n. 266/2005 di modifica dell'art. 46, co. 2, d.lgs. n. 368/1999).

di altre disposizioni relative alla formazione medica specialistica o, comunque, compatibili con i caratteri peculiari della fattispecie ⁽⁴⁷¹⁾. In analoga direzione è stata la correzione dell'impreciso richiamo – per non dire del refuso – contenuto nell'art. 41, co. 2, laddove il soggetto onerato del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali veniva individuato nel «datore di lavoro», cui è conseguita l'integrale riscrittura della norma ⁽⁴⁷²⁾.

Da ciò deriva una stretta connessione fra il contratto di formazione specialistica e i contratti formativi di *stage* e praticantato, più che di apprendistato, posto che, analogamente ai primi e a differenza del secondo, la causa del rapporto risiede nella formazione pratica valevole ai fini del superamento delle prove della Scuola di specializzazione e del rilascio del titolo di specialista. Pertanto, l'attività discendente dalla stipulazione del contratto con l'Università e con la Regione si presenta come ancillare all'atto unilaterale di ammissione alla Scuola derivante dal superamento del concorso e si sviluppa nell'esclusivo interesse del m.s. in vista dei vantaggi futuri derivanti dall'acquisto di esperienza e dal conseguimento della specializzazione, come del resto emerge chiaramente anche dall'art. 38, co. 1, in base al quale con la sottoscrizione del contratto il m.s. «si impegna a seguire, con profitto, il programma di formazione svolgendo le attività teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti e regolamenti didattici» ⁽⁴⁷³⁾. Coerentemente, lo schema-tipo del contratto di formazione specialistica introdotto con d.p.c.m. il 6 luglio 2007, sulla base della delega contenuta nell'art. 37, co. 2, ribadisce le finalità essenzialmente formative del contratto (v. premesse e artt. 2 e 4) e ricalca la previsione dell'art. 37, co. 1, escludendo l'instaurazione di alcun rapporto di lavoro.

Accantonando per un attimo i problemi qualificatori del rapporto ⁽⁴⁷⁴⁾, un'ultima menzione va all'attualità. Il 30 gennaio 2020 l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha dichiarato l'epidemia da Covid-19 un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale e il 31 gennaio 2020, con delibera del Consiglio dei ministri, il nostro Paese ha dichiarato, con misura inedita nel panorama costituzionale, lo stato di emergenza sul territorio nazionale per il rischio sanitario connesso alla pandemia. L'evoluzione della situazione epidemiologica e la progressiva diffusione dei contagi dell'epidemia hanno progressivamente manifestato l'insufficienza delle risorse del Sistema Sanitario Nazionale nel fronteggiare il crescente numero dei casi, scongiurando il maggior numero possibile di decessi. La necessità di personale medico in corsia – sempre più raro, non solo perché dotato di professionalità specialistica non altrimenti reperibile, ma anche primariamente esposto all'agente patogeno Sars-CoV-2 e, inevitabilmente, alle sue drammatiche conseguenze – ha indotto il legislatore a garantire i livelli essenziali di assistenza necessari assicurando sull'intero territorio nazionale un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub-intensiva necessari alla cura dei pazienti attraverso il reclutamento, in particolare, dei m.s. iscritti all'ultimo e al

⁴⁷¹ PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1402.

⁴⁷² Cfr. par. 7. È interessante notare, in proposito, che a seguito della riscrittura della norma l'Inps, con la circolare 8 febbraio 2007, n. 37, ha espressamente escluso che il contratto di formazione specialistica sia qualificabile come contratto di lavoro *tout court* e ha designato l'Università quale «committente» in ragione della «eccezionalità» della norma.

⁴⁷³ In proposito va rilevato che gli ordinamenti didattici delle Scuole di Specializzazione hanno subito un progressivo processo di omogeneizzazione. In tale scenario si collocano, da ultimo, il d.i. 4 febbraio 2015, n. 68, il d.m. 10 agosto 2017, n. 130, e il d.m. 13 giugno 2017, n. 402, che hanno determinato un riordino delle scuole di specializzazione di area sanitaria, anche in relazione a standard, requisiti e indicatori dell'attività formativa e assistenziale.

⁴⁷⁴ Su cui si tornerà in par. 1.1.

penultimo anno di corso delle Scuole di specializzazione. Grazie al d.l. 9 marzo 2020, n. 14, gli Enti del Ssn, tramite il conferimento di incarichi di lavoro autonomo o di collaborazione coordinata e continuativa, hanno potuto assumere direttamente, tramite il conferimento di incarichi di lavoro autonomo o di collaborazione coordinata e continuativa, i m.s. con contratti di durata non superiore a sei mesi, prorogabili in ragione del perdurare dello stato di emergenza sino al 2020, in deroga a ogni disposizione di legge, ma ferma la necessità di esplicitarne le ragioni giustificatrici a pena di nullità ⁽⁴⁷⁵⁾.

Tale misura, del tutto speciale e asistemica, non ha alterato la natura del percorso di specializzazione medica, ma ha, piuttosto, rivalutato la figura degli specializzandi quali medici dotati di professionalità adeguata – seppur incompleta – e dunque indispensabili per far fronte alle nefaste conseguenze della pandemia. Il conferimento dell'incarico si accompagna soltanto, senza modificarne i contenuti, al corso di specializzazione medica, cui lo specializzando rimane iscritto continuando a percepire il trattamento economico previsto, a sua volta integrato dagli emolumenti corrisposti per la nuova attività di lavoro svolta. Peraltro, in considerazione del fatto che l'attività svolta nei cc.dd. reparti Covid determina l'apprendimento e l'acquisizione di capacità professionali valevoli per il conseguimento del titolo di specialista, il legislatore riconosce che il periodo di attività svolto dai m.s. durante lo stato di emergenza sia considerato ai fini del ciclo di studi per il conseguimento del diploma di specializzazione, con l'obbligo, tuttavia, per le Università di assicurare il recupero delle attività formative, teoriche e assistenziali necessarie al raggiungimento degli obiettivi formativi previsti nell'ambito della durata legale del corso ⁽⁴⁷⁶⁾.

Le misure sinora descritte sono state, comunque, solo temporanee. Nonostante la crisi epidemiologica sia, ad oggi, ancora lontana dal finire, il calo dei contagi e dei ricoveri in terapia intensiva derivanti dal *lockdown* dichiarato dal Governo ha convinto il legislatore, già con la legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27, ad abrogare le misure fin qui esposte, fatti salvi gli effetti dei contratti oramai stipulati e, dunque, dei rapporti giuridici già sorti (art. 1, co. 2).

1.1. Qualificazione del rapporto. Inapplicabilità della disciplina relativa al lavoro subordinato.

La disciplina del rapporto di impiego del m.s. rappresenta, in maniera emblematica, un punto di tensione e di equilibrio fra contrapposte esigenze, ove la prestazione professionale svolta in favore della struttura ospedaliera si presenta ancillare all'apprendimento volto all'acquisizione della professionalità necessaria all'esercizio dell'arte medica in ambito specialistico, che assurge a elemento qualificatorio dell'intero rapporto negoziale e si pone come il presupposto della formazione pratica e teorica oggetto del contratto specifico di formazione specialistica.

A differenza di quanto avveniva nel vigore del d.lgs. 1991, in cui il m.s. era un mero borsista, nel rapporto negoziale del m.s. previsto dal d.lgs. n. 368/1999 il complesso fascio di prestazioni rivolte all'utenza del Ssn si inserisce nell'ambito di una relazione contrattuale caratterizzata da una causa

⁴⁷⁵ I presupposti necessari, la cui assenza, in base all'art. 1, co. 2, determina la nullità dei contratti, sono il bisogno di far fronte a esigenze straordinarie e urgenti derivanti dalla diffusione del Covid-19, garantire i livelli essenziali di assistenza nonché assicurare un incremento dei posti letto per la terapia intensiva e sub intensiva necessari alla cura dei pazienti affetti dal virus.

⁴⁷⁶ Una ulteriore norma di favore, volta ad agevolare la futura assunzione dei m.s. nell'ambito della pubblica amministrazione, è l'art. 1, co. 2, d.l. n. 14/2020, secondo cui l'attività di lavoro prestata, in base ai rapporti menzionati, per tutta la durata dello stato d'emergenza, integra il requisito dell'anzianità lavorativa di cui all'articolo 20, comma 2, del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

mista, in cui sussiste lo scambio fra attività lavorativa retribuita e addestramento del medico rivolto all'acquisizione della professionalità utile per il conseguimento del titolo di specialista. Il contratto di formazione specialistico, in tal senso, ha a oggetto non la prestazione dell'attività professionale in favore delle strutture ospedaliere in sé considerata, ma la formazione teorico-pratica da cui derivano le capacità professionali inerenti al titolo da acquisire, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali, oltre che lo svolgimento delle attività assistenziali⁽⁴⁷⁷⁾.

La peculiarità dell'avvenuta tipizzazione contrattuale della formazione specialistica 'sul campo', evidentemente finalizzata anche a evitare possibili abusi derivanti dalla iniziale gratuità del rapporto⁽⁴⁷⁸⁾, ha generato dubbi in merito alla riconducibilità della prestazione del m.s. nell'alveo della subordinazione o dell'autonomia. La zona grigia in cui si è collocata la questione deriva, del resto, dal contenzioso instauratosi in relazione ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione prima dell'entrata in vigore della direttiva del 1982, i quali, non beneficiando di alcuna remunerazione e stimolati dalle modifiche normative sopraggiunte nonché dalla disparità di trattamento derivante sul piano economico, rivendicavano la natura subordinata del rapporto ai fini del riconoscimento del diritto a un'adeguata retribuzione ex art. 36 Cost., oltre alla relativa contribuzione e all'applicazione degli altri benefici normativi, valevoli ai fini concorsuali nella progressione di carriera, come il riconoscimento dell'anzianità di servizio successivamente prevista dal d.lgs. n. 368/1999 (art. 45) per i medici iscritti alle Scuole di specializzazione dall'a.a. 2006-2007. Se, già all'epoca, la gratuità della prestazione – peraltro considerata, come si dirà, legittima – non valeva a ritenere pregiudicata la sussistenza di un rapporto di lavoro in senso stretto⁽⁴⁷⁹⁾, l'assimilazione tra il contratto di formazione specialistica previsto dal d.lgs. n. 368/1999 e gli altri contratti formativi di natura non subordinata (come lo *stage* o il praticantato) si è progressivamente affermata dalla giurisprudenza.

In effetti, una volta eliminate con la Finanziaria del 2006 le storture che, attraverso il richiamo a concetti tipici del rapporto di lavoro subordinato⁽⁴⁸⁰⁾, avrebbero potuto dare agio alla qualificazione dei rapporti ai sensi dell'art. 2094 cod. civ.⁽⁴⁸¹⁾, l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/1999, con la previsione per cui il contratto di formazione specialistica «esclusivamente finalizzato all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole scuole, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea», ha consentito alla magistratura di superare l'obiezione per cui il rapporto tra lo specializzando e l'Ente gestore della Scuola di specializzazione sarebbe assimilabile a un rapporto di lavoro subordinato in regime di pubblico impiego

⁴⁷⁷ Trib. Bari, 22 marzo 2016, n. 1662, in *Dejure*.

⁴⁷⁸ Cfr. par. 3.

⁴⁷⁹ Ciò tanto in sede civile quanto in quella amministrativa. Solo in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/1999 le controversie sono state esplicitamente devolute alla magistratura ordinaria (art. 37, co. 7). Ed infatti, in relazione alla disciplina di cui al d.lgs. n. 257/1991, C. Stato 10 agosto 2000, n. 4442, in *FA*, 2000, 2635; T.A.R. Palermo, 10 aprile 2002, n. 955, in *Ragiusan*, 2002, 68; T.A.R. Roma, 4 maggio 2009, n. 4507, in *FA*, 2009, 1471.

⁴⁸⁰ Cfr. par. 1.

⁴⁸¹ PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1401.

(⁴⁸²) e di ritenere assente una «relazione sinallagmatica di corrispettività tra la partecipazione dei medici specializzandi alle attività del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali si effettua la specializzazione e gli emolumenti loro dovuti in relazione all'attuazione a tempo pieno per la loro formazione» (⁴⁸³).

Le domande volte, dunque, a ottenere principalmente le differenze, anche contributive, tra gli emolumenti percepiti a titolo di borsa di studio e le retribuzioni parametrare avendo a riferimento il CCNL del comparto Sanità sono state progressivamente rigettate (⁴⁸⁴) in considerazione del riconoscimento dell'oggetto dello scambio contrattuale fra Università e specializzando, nell'ambito di rapporti formativi solo apparentemente plurisoggettivi (⁴⁸⁵), nell'apprendimento e nella formazione teorico-pratica, dimodoché l'adeguata remunerazione imposta dall'ordinamento multilivello è risultata compensativa non dell'attività professionale svolta in favore del Ssn in sé considerata, ma degli sforzi connessi al percorso formativo e volta dunque a «sopperire alle esigenze materiali» dei m.s. derivanti dall'attuazione di un impegno a tempo pieno e dal divieto di svolgimento di attività diverse in costanza della specializzazione ex art. 40 d.lgs. n. 368/1999 (⁴⁸⁶).

La considerazione per cui «ogni attività umana economicamente rilevante può essere espletata nelle forme del rapporto di lavoro subordinato ovvero di quello autonomo, in relazione alla scelta liberamente compiuta dalle parti circa lo schema maggiormente idoneo a soddisfare i loro rispettivi interessi», solitamente ripetuta nelle sentenze in ogni operazione qualificatoria (⁴⁸⁷), viene, insomma, rifiutata alla base in ragione della specialità del rapporto negoziale e della superfluità di ogni accertamento volto a verificare la sussistenza del potere etero-direttivo datoriale, quale indiscusso indice di applicazione dell'art. 2094 cod. civ., secondo un giudizio negazionista astrattamente riconducibile al c.d. metodo di approssimazione tipologico. Il formante giurisprudenziale

⁴⁸² Tesi rimasta invero minoritaria e sostenuta solo da due sentenze di merito: T.A.R. Umbria, 24 ottobre 2002, n. 754, in *FA*, 2002, 3228; Trib. Bologna, sez. II, 2 maggio 2007, in *ADL*, 2007, 1392.

⁴⁸³ Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, in *GCM*, 1995, 1657; massima poi ripresa da Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, ivi, 1998, 1349, nonché da tutte le pronunce successive: cfr. T.A.R. Bari, 19 marzo 2003, n. 1270, in *FA*, 2003, 1057, che esclude la riconducibilità della fattispecie alla figura tipica del contratto di formazione-lavoro; T.A.R. Reggio Calabria, 14 agosto 2003, in *GM*, 2004, 145; T.A.R. Bari, 27 ottobre 2004, n. 4750, in *Ragiusan*, 2005, 48; T.A.R. Catania, 4 febbraio 2005, n. 177, in *FA*, 2005, 553; C. Stato, 29 febbraio 2008, n. 750, ivi, 2008, 569; C. Stato, 6 maggio 2008, n. 1994, ivi, 2009, 1507; T.A.R. Pescara, 22 maggio 2008, n. 520, ivi, 2008, 1370; T.A.R. Perugia, 3 settembre 2008, n. 553, ivi, 2008, 2422; Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, in *Dejure*; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403, in *GCM*, 2009, 1341; C. Stato, 25 maggio 2010, n. 3274, in *Ragiusan*, 2010, 18; T.A.R. Bologna, 29 giugno 2012, n. 462, ivi, 2013, 30; T.A.R. Bari, 3 maggio 2013, n. 672, in *FA*, 2013, 1719; Trib. Chieti, 14 gennaio 2016, n. 12, in *Dejure*; Trib. Bari, 22 marzo 2016, n. 1662, cit.; Cass. 27 luglio 2017, n. 18670, in *GCM*, 2017; Trib. Roma, sez. II, 26 gennaio 2018, n. 1876, in *Dejure*; App. Roma, 5 marzo 2018, n. 307, ivi; Trib. Roma, sez. II, 31 maggio 2018, n. 11034, ivi; Trib. Roma, sez. II, 25 febbraio 2019, n. 4285, ivi; Trib. Modena, 5 giugno 2019, n. 121, ivi.

⁴⁸⁴ Diversa invece la sorte delle domande formulate rivendicando il risarcimento del danno da mancata attuazione delle direttive comunitarie (cfr. par. 3).

⁴⁸⁵ Cfr. par. 1.

⁴⁸⁶ Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, cit., secondo cui, infatti, la disciplina «risponde all'interesse dello specializzando alla formazione, ai fini del conseguimento del diploma, e all'interesse pubblico ad una preparazione professionale adeguata dei medici; in tale ottica la remunerazione richiesta dalla direttiva deve essere adeguata al corrispondente sacrificio imposto all'effettuazione della formazione a tempo pieno, e quindi tale da non lasciare il medico, cui è fatto divieto di svolgere altre attività, privo di mezzi di sostentamento».

⁴⁸⁷ Basti richiamare Cass. 23 novembre 1998, n. 11885, in *GCM*, 1998, 2435.

si sostanzia, in pratica, in una presunzione di autonomia del tipo contrattuale⁽⁴⁸⁸⁾, solo in rari casi vinta⁽⁴⁸⁹⁾ quando il reale atteggiarsi del rapporto appaia distonico rispetto alle previsioni legislative del d.lgs. n. 368/1999 e dei riparti fra attività assistenziale e attività formativa previsti dalla normativa amministrativa di dettaglio⁽⁴⁹⁰⁾.

L'estensione della disciplina protettiva del lavoro subordinato si arresta, invece, quando le prestazioni dei m.s. siano svolte in conformità al d.lgs. n. 368/1999 e, non essendo sostitutive di quelle del personale di ruolo (art. 38, co. 3), si sostanzino in atti svolti con autonomia vincolata, in quanto in tali ipotesi esse difettano del requisito dell'alienità, ovvero della destinazione alla struttura ospedaliera in cui favore sono svolte dei risultati della prestazione e all'Università di concrete utilità, perché la progressiva partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche mira direttamente alla formazione specialistica dei medici ed è funzionale al conseguimento, al termine del corso, del titolo abilitante. La disponibilità del m.s. a operare 'in corsia', cui consegue la possibilità di assumere gradualmente responsabilità, non consente invero di rappresentare quali direttive datoriali le istruzioni mediche impartite dai tutori, le quali hanno piuttosto finalità didattiche e formative e sono evidentemente connotate da una natura tecnica non priva di risvolti civili e penali per le responsabilità che generano nei rapporti con i pazienti⁽⁴⁹¹⁾. Lo stesso stabile inserimento del m.s. nell'organizzazione della struttura ospedaliera convenzionata, che potrebbe apparire indice di una soggezione al potere organizzativo, non ha altra ragion d'essere se non nella specificità della formazione medica, la quale non può prescindere, per la stessa destinazione finale delle attività oggetto di formazione, da un inquadramento pratico nei contesti nell'ambito dei quali – o analoghi ai quali – la prestazione di lavoro verrà, con tutta probabilità, successivamente svolta, sì da giustificare la previsione legislativa secondo cui la formazione specialistica «non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti»⁽⁴⁹²⁾.

Tale approdo ermeneutico, peraltro, non è scalfito nemmeno dalla circostanza per cui la direttiva comunitaria n. 82/76/CEE abbia imposto agli Stati membri di prevedere in favore dei m.s. una «adeguata remunerazione». Gli indici della subordinazione, infatti, non sono evincibili né avendo riguardo alla lettera della norma, che fa riferimento a un concetto diverso da quello della retribuzione, né, soprattutto, dalla sua *ratio*, che non è quella di uniformare il trattamento previsto per i m.s. in ambito comunitario avendo riguardo al lavoro subordinato – i cui costi, peraltro, variano da Stato a Stato e verrebbero pertanto a incidere diversamente sulle finanze di ciascun membro

⁴⁸⁸ In tal modo dovrebbe essere stemperato il pericolo che il legislatore abbia voluto disporre del tipo contrattuale in senso assoluto in contrasto con le indicazioni provenienti dalla Corte Costituzionale e che, secondo parte della dottrina, richiederebbe un «intervento chiarificatore del giudice delle leggi» (cfr. PASQUALETTO, *Le incertezze*, cit., 1408).

⁴⁸⁹ V. in particolare Trib. Bologna, sez. II, 2 maggio 2007, cit. Interessante è anche Cass. 20 marzo 2012, n. 4412, cit., che esclude la necessità di un litisconsorzio necessario tra Università e Regione qualora il m.s. agisca nei confronti dell'Università per sentire dichiarare che la frequenza della scuola si è svolta con modalità diverse da quelle previste dal contratto di specializzazione, ritenendo che l'Università, ove soccombente, possa rivalersi verso la Regione nei limiti in cui questa abbia partecipato alla gestione del rapporto.

⁴⁹⁰ V., specialmente, il d.i. 4 febbraio 2015, n. 68, il quale stabilisce che allo svolgimento di attività formative professionalizzanti (pratiche e di tirocinio) debba essere riservato almeno il 70% del complesso delle attività formative, mentre il residuo 30% dei CFU di attività formativa di tipo non professionalizzante deve consistere in attività didattica frontale (art. 2).

⁴⁹¹ Cfr. par. 2.1.

⁴⁹² L'art. 37, co. 1 d.lgs. n. 368/1999 è analogo alla previsione dell'art. 4, co. 3 d.lgs. n. 257/1991, il quale prevedeva che l'ammissione e la frequenza della Scuola di specializzazione non determinavano la costituzione di alcun rapporto di impiego.

dell'Unione –, ma di garantire ai medici in formazione un trattamento minimo, lasciando a ogni Stato discrezionalità di azione, conformemente alla natura dello strumento utilizzato, in ordine alle modalità da impiegare. In questi termini la previsione in favore dei m.s. di emolumenti è un dato indifferente ai fini qualificatori e anzi ne rileva la prevalente funzione didattica delle attività svolte ponendosi in continuità con la borsa di studio già prevista dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 ⁽⁴⁹³⁾.

Ragioni analoghe a quelle sopra descritte conducono a escludere che il rapporto fra i medici iscritti alle Scuole di specializzazione e le Università sia sussumibile entro l'area della para-subordinazione ai sensi dell'art. 409 n. 3 cod. proc. civ. ⁽⁴⁹⁴⁾, mentre è certa l'impossibilità di applicazione del 'salto verso la subordinazione' mediante la disciplina prevista dall'art. 2, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, non solo in virtù dell'esclusione, prevista dal co. 2, lett. b), delle professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, ma anche dell'inapplicabilità al pubblico impiego disposta dal co. 4 e ribadita dall'art. 7, co. 7-bis, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (a seguito delle modifiche apportate dall'art. 5, d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75).

Sebbene l'attività del m.s. possa essere qualificata come personale e continuativa, è il coordinamento a essere escluso, in quanto non affidato direttamente dai soggetti stipulanti il contratto – o a questi gerarchicamente sottoposti – ed estrinsecato in un potere conformativo riferito alla produzione di risultati a vantaggio solo indirettamente della struttura ospedaliera, ma innanzitutto dello stesso medico in formazione specialistica ⁽⁴⁹⁵⁾. Non si determina dunque un mutamento del programma contrattuale, ma è rinvenibile una parte del percorso di apprendimento oggetto del contratto di formazione specialistica ⁽⁴⁹⁶⁾.

2. Adempimento degli obblighi formativi, ruolo del tutor e atteggiarsi dell'obbligo di supervisione.

L'aspetto formativo inerisce in modo tanto marcato al rapporto di formazione specialistica che questo ne risulta, come si è visto, così fortemente contraddistinto da sfuggire alla disciplina ordinaria del rapporto di lavoro; invero costante giurisprudenza afferma che le prestazioni poste in essere dal medico specializzando siano finalizzate alla formazione teorica e pratica dello stesso e non a fornire utilità alle strutture sanitarie, escludendo così la sussistenza del rapporto di sinallagmaticità che caratterizza un ordinario rapporto di lavoro.

Anche dall'esame del dato normativo emerge chiaramente la connotazione formativa del rapporto, e questo a partire dal contratto con il quale esso viene instaurato, denominato «di formazione specialistica» e «finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali

⁴⁹³ Cass. 16 settembre 1995, n. 9789, cit.; Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, cit.; Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, cit.; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403, cit.; Cass. 27 luglio 2017, n. 18670, cit.

⁴⁹⁴ V. le pronunce richiamate in nt. 33.

⁴⁹⁵ *Rectius*, secondo Cass. 18 giugno 1998, n. 6089, cit., nello «esclusivo interesse» del m.s., posto che mancherebbe la sussistenza di «un interesse del creditore all'ottenimento della prestazione, consistente in un *facere*»: impostazione accettabile, se si pensa che la struttura ospedaliera potrebbe gestire i propri pazienti facendo affidamento sul solo personale strutturato, laddove questo non fosse distolto dai compiti di tutoraggio, svolti invece nell'interesse del m.s. e, in fondo, della stessa collettività a che le prestazioni mediche specialistiche siano svolte da personale adeguatamente qualificato.

⁴⁹⁶ Cfr. Cass. 19 novembre 2008, n. 27481, cit.; Cass. 22 settembre 2009, n. 20403; Trib. Roma, sez. II, 31 maggio 2018, n. 11034, cit.

inerenti al titolo di specialista»⁽⁴⁹⁷⁾.

Veniamo, quindi, a considerare quali sono le modalità con cui si deve esplicitare la formazione del medico specializzando.

L'attività formativa risulta composta da attività tanto pratiche quanto teoriche⁽⁴⁹⁸⁾, che devono caratterizzare il programma settimanale⁽⁴⁹⁹⁾ di formazione dello specializzando.

Soprattutto con riferimento allo svolgimento di attività pratiche, si pone, però, la questione dell'autonomia di cui lo stesso deve godere: da un lato, infatti, vi è la necessità che lo specializzando acquisisca competenze anche "sul campo", esercitando concretamente la professione, ma dall'altro a tale esigenza si contrappone il rischio che questi finisca per sostituire – ed il problema è noto, soprattutto considerata l'ormai strutturale carenza di personale nella sanità – i medici strutturati.

Il principio espresso dalla legislazione è che «la formazione del medico specialista implica la partecipazione guidata alla totalità delle attività mediche dell'unità operativa [...] nonché la graduale assunzione di compiti assistenziali e l'esecuzione di interventi con autonomia vincolate alle direttive ricevute dal tutore»⁽⁵⁰⁰⁾, fermo restando il divieto di sostituzione del personale di ruolo da parte del medico specializzando⁽⁵⁰¹⁾. In merito a tale disposizione si osserva che il legislatore ha ripreso la norma contenuta nel d.lgs. 8 agosto 1991, n. 257, alla quale ha aggiunto l'aggettivo *guidata* e il riferimento alla natura vincolata dell'autonomia del medico specialista. Risulta così accentuato il potere-dovere di controllo del tutore, sotto la cui supervisione deve essere svolta ogni attività formativa ed assistenziale⁽⁵⁰²⁾; l'importanza della figura emerge anche dalla previsione secondo cui ogni tutore può supervisionare al massimo tre medici specializzandi⁽⁵⁰³⁾.

Autonomia, dunque, ma vincolata, e assunzione dei compiti assistenziali in modo graduale. Tali principi, del resto, sono propri della generalità dei contratti formativi, nei quali la formazione impartita comporta, appunto, l'acquisizione graduale delle competenze corrispondenti a quelle cui è finalizzato il contratto⁽⁵⁰⁴⁾. Ed invero si presume che solo alla fine della specializzazione il medico specialista abbia acquisito le competenze necessarie per esercitare con autonomia⁽⁵⁰⁵⁾; il divieto di sostituzione, dunque, tutela non solo l'interesse di quest'ultimo alla formazione, ma anche l'interesse del paziente, garantendo un'adeguata qualità delle prestazioni rese all'intera utenza.

Le modalità attraverso cui si esplicita l'assistenza del tutore, quindi, muteranno in base al livello di

⁴⁹⁷ Art. 37 d.lgs. n. 368/1999.

⁴⁹⁸ Artt. 37, co. 1 e 38, co. 1, 2, 3 e 4, d.lgs. n. 368/1999.

⁴⁹⁹ Art. 4 schema tipo del contratto di formazione specialistica, ex D.P.C.M. 6 luglio 2007.

⁵⁰⁰ Art. 38, co. 3, d.lgs. n. 368/1999.

⁵⁰¹ Artt. 38 co. 3, d.lgs. n. 368/1999 e 3, co. 1, schema tipo del contratto di formazione.

⁵⁰² Art. 38, co. 1, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368.

⁵⁰³ Art. 38 co. 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 368/1999.

⁵⁰⁴ Cfr. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2016, p. 808 ss.; LOY, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988.

⁵⁰⁵ Ciò risulta confermato, se ve ne fosse bisogno, dalle diverse norme che impongono che lo svolgimento della professione medica sia riservato a coloro che hanno acquisito il titolo di medico specialista. D'altro canto, se così non fosse, verrebbe meno la causa formativa del contratto e il rapporto si dovrebbe considerare come un'ordinaria prestazione lavorativa.

capacità acquisite dal medico specializzando, al quale dovrebbe essere attribuita maggiore autonomia con il progredire delle competenze professionali. Dovrà comunque essere di volta in volta il tutore a valutare se ricorrano i presupposti per affidare l'esecuzione di interventi anche in autonomia al medico specializzando, valutando la complessità delle attività da svolgere ed il livello di preparazione dello stesso⁽⁵⁰⁶⁾. E che il medico specializzando debba condurre personalmente un certo numero di interventi risulta chiaramente dalle disposizioni di legge⁽⁵⁰⁷⁾, a conferma del fatto che il suo ruolo non possa essere quello di mero osservatore ma debba essere, al contrario, caratterizzato da autonomia anche nello svolgimento pratico⁽⁵⁰⁸⁾, seppur, appunto, limitata dal necessario rispetto delle direttive⁽⁵⁰⁹⁾.

La traduzione pratica di detti principi, tuttavia, non risulta così lineare, in particolare con riferimento alle modalità di esplicazione di tale autonomia: è tutt'ora controversa la possibilità di affidare al medico specializzando lo svolgimento di attività senza la presenza materiale, al suo fianco, del tutor. In merito la giurisprudenza maggioritaria⁽⁵¹⁰⁾ afferma che, fermo restando il compito del tutore di fornire le direttive, quando questi ritenga che lo specializzando sia dotato di un certo grado di capacità, possa affidare allo stesso lo svolgimento di attività assistenziale in autonomia, in relazione alla quale sarà però ovviamente tenuto a controllare la correttezza delle attività svolte, verificandone i risultati⁽⁵¹¹⁾. Ciò, in ogni caso, nel rispetto del divieto di sostituzione del medico strutturato e del principio di gradualità nell'assunzione di compiti⁽⁵¹²⁾.

Sul punto si è espressa recentemente anche la Corte Costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità della legge regionale⁽⁵¹³⁾ della Lombardia che attribuisce al medico in formazione specialistica la possibilità di svolgere «autonomamente specifici compiti che gli sono stati affidati, fermo restando che il tutor deve essere sempre disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento». La Corte⁽⁵¹⁴⁾ dichiara conforme alla legislazione statale tale disposizione, valorizzando la previsione per cui l'attività del medico specializzando sia comunque sorretta dalle direttive del medico formatore, al quale spetta la decisione sul *quantum* di autonomia attribuibile allo specializzando; viene quindi ritenuta legittima l'impostazione contenuta nella norma, secondo cui il tutor può limitarsi, avendo affidato allo specializzando specifici compiti, a essere sempre disponibile per la consultazione e l'eventuale tempestivo intervento. Tale pronuncia risulta quindi significativa nella parte in cui riconosce la liceità della scelta del tutore di affidare allo

⁵⁰⁶In merito al ruolo e alla responsabilità del tutore cfr. Risi, *Il caso degli specializzandi in medicina*, op. cit., p. 128.

⁵⁰⁷Art. 38, co. 2, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, che affida alla determinazione del consiglio della scuola «il numero minimo e la tipologia degli interventi pratici che essi devono aver personalmente eseguito per essere ammessi a sostenere la prova finale annuale»; art. 2 schema tipo del contratto di formazione.

⁵⁰⁸Sulla rilevanza dello svolgimento di attività pratiche da parte del m.s., T.A.R. Roma, 26 giugno 2000, n. 5177, in *Ragiusan* 2000, 198, 48.

⁵⁰⁹Tra le tante, Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, in *CED Cassazione*, 2010; Cass. 17 gennaio 2012, n. 6981, in *GI*, 2013, I, 161; nonché in *Ragiusan*, 2012, 210.

⁵¹⁰Cass. 6 ottobre 1999 n. 2453 in *CP*, 2000, 1978; Cass. 20 gennaio 2004 n. 32901, in *RP*, 2005, 750; Cass. 10 luglio 2008, n. 32424 in *FI*, 2008, X, II, 477; Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, cit.; Cass. 17 gennaio 2012, n. 6981, cit.

⁵¹¹Così Cass. 10 luglio 2008, n. 32424, cit.; Cass. 10 dicembre 2009, n. 6215, cit.

⁵¹²Come specifica la giurisprudenza di Cassazione da ultimo citata, «è ovvio che diversi saranno gli interventi, anche critici, esigibili dal medico all'inizio della specializzazione rispetto a quelli che si richiedono a chi la formazione la sta facendo da anni», ciò che trova riscontro anche nell'art. 3, co. 5, d.m. 4 febbraio 2015, n. 68.

⁵¹³Art. 1, comma 1, lettera b), della legge reg. Lombardia n. 33 del 2017, nella parte in cui sostituisce il comma 2, lettera c), dell'art. 34 della legge reg. Lombardia n. 33 del 2009.

⁵¹⁴Corte Cost. 27 dicembre 2018, n. 249, in *D&G*, 2019.

specializzando lo svolgimento di specifiche attività senza la sua materiale presenza. Di più, nella motivazione viene affermato che la norma in questione, imponendo la materiale disponibilità del tutor, e non di un altro medico strutturato, assume «un'impostazione assai rigorosa in materia»; sembra che venga quindi riconosciuta, implicitamente, la legittimità di disposizioni analoghe in cui si richieda la disponibilità di un altro medico strutturato.

Le conclusioni raggiunte dalla Corte risultano condivisibili, in quanto la scelta del tutor di affidare al medico specializzando determinate attività da svolgere in autonomia appare realizzazione del programma di graduale assunzione dei compiti, ed invero l'impostazione descritta è condivisa dalla maggior parte dei regolamenti delle scuole di specializzazione. Sembra comunque doversi ritenere che, sia per poter garantire l'intervento tempestivo, che per poter effettuare una adeguata valutazione della complessità dell'attività richiesta, anche nella sua evoluzione, e dell'opportunità di affidarla al medico specializzando, sia necessario che il tutore o l'altro medico strutturato a cui lo specializzando è affidato debbano rimanere presenti materialmente in reparto.

Quanto affermato vale anche con riferimento alla questione dello svolgimento dei turni di guardia feriali e notturni, attività nelle quali sovente viene richiesto l'impiego del medico specializzando. Invero anche tali turni sono parte dell'attività medica svolta nell'unità operativa e pertanto non c'è motivo di ritenere che, in difetto di contraria previsione⁽⁵¹⁵⁾, il medico specializzando non debba svolgere la sua attività al loro interno. Anche in questo caso, tuttavia, risulterebbe lesivo dei principi che regolano la formazione del medico specialista e del principio di insostituibilità del personale strutturato l'affidamento al medico specializzando del servizio di guardia in assenza del tutore o di un altro medico della stessa disciplina nel reparto o comunque nelle immediate vicinanze⁽⁵¹⁶⁾. Invero, come visto, solo tale figure possono, di volta in volta, verificare la complessità dell'attività da svolgere e, conseguentemente, il possesso da parte del medico specializzando delle capacità necessarie a svolgerla; pertanto solo la loro presenza, seppur, in ipotesi, non costante, potrebbe consentire l'affidamento di specifici compiti allo specializzando evitando che lo stesso debba sostituire, anche nelle valutazioni, i medici strutturati⁽⁵¹⁷⁾.

Si deve tuttavia dar conto della impostazione più restrittiva – e, a quanto consta, minoritaria – espressa da una pronuncia del Consiglio di Stato⁽⁵¹⁸⁾, secondo la quale la presenza del tutor o del medico specialista si rende ancor più necessaria nell'applicazione dello specializzando ai turni notturno e festivo, e che sembra così affermare la necessità di una presenza costante di tali figure a fianco del medico specializzando. Sulla base di quanto fin qui esaminato, tale impostazione risulta eccessivamente rigida, non tenendo conto della possibilità che il medico specializzando sia effettivamente in grado di operare in completa autonomia e che, ove le sue capacità siano ritenute sufficienti dal tutor in relazione alla concreta attività da svolgere, l'attribuzione di tale

⁵¹⁵ Cfr., per esempio, il regolamento della Scuola di Specialità di Chirurgia Pediatrica dell'Università di Genova che esclude gli specializzandi dallo svolgimento della guardia notturna o festiva.

⁵¹⁶ È difficile, invece, pensare che sia sufficiente che il tutor o l'altro strutturato siano in regime di reperibilità, giacché in tal modo non potrebbe essere assicurato il pronto intervento e la verifica sull'operato del medico specializzando.

⁵¹⁷ In tal senso anche FRATI, MONTANARI ERGALLO, FEBI, DI LUCA, *La responsabilità penale degli specializzandi e dei tutors*, in RIML, 2010, 623, secondo cui appare preclusa la liceità di un'organizzazione tale da richiedere allo specializzando di prendere decisioni diagnostico-terapeutiche senza la presenza e la guida del tutor.

⁵¹⁸ Ord. Cons. Stato 7 ottobre 2008, inedita a quanto consta. L'ordinanza veniva resa nell'ambito di un procedimento cautelare proposto in corso di causa nel giudizio d'appello, confermando la precedente pronuncia, ed è pertanto succintamente motivata nei termini menzionati.

possibilità possa giovare alla sua formazione, considerato che, al termine del periodo di formazione, sarà chiamato a esercitare in completa autonomia.

2.1. La responsabilità medica dello specializzando: colpa per assunzione, peculiarità del modello di agente e concreta capacità di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle specifiche qualità professionali.

L'esplicazione da parte del m.s. di attività assistenziale caratterizzata da autonomia vincolata genera alcune peculiarità anche in campo civilistico e penale, in relazione ai danni cagionati ai pazienti nel corso delle attività formative.

L'assenza di una responsabilità disciplinare in senso stretto, derivante dall'insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la struttura ospedaliera nella quale il m.s. presta la propria attività assistenziale, genera, evidentemente, l'impossibilità di valutare la prestazione del m.s. ai sensi dell'art. 2104 cod. civ. e, conseguentemente, di esercitare il potere sanzionatorio tipico del datore di lavoro ed elemento caratteristico della subordinazione, anche nei rapporti di pubblico impiego privatizzato, e della posizione di soggezione gerarchica del lavoratore. Nell'ambito di un rapporto avente causa formativa, l'inadempimento del m.s. sarà, più propriamente, valutabile ai fini del giudizio finale ⁽⁵¹⁹⁾.

Un profilo che suscita maggiore interesse nella giurisprudenza attiene invece all'estensione della responsabilità medica dello specializzando derivante dallo svolgimento in prima persona dell'attività assistenziale ⁽⁵²⁰⁾. Tale responsabilità è evidentemente connessa non solo ai casi patologici di «indebito utilizzo degli specializzandi in funzione di 'supplenza' del personale strutturato» ⁽⁵²¹⁾, ma anche alle ipotesi, fisiologiche, di svolgimento dell'attività assistenziale richiesta nell'ambito del percorso di formazione medica, comprensiva delle guardie mediche eventualmente svolte ⁽⁵²²⁾. L'esercizio in autonomia delle attività mediche da parte del m.s., del resto, si prospetta come l'esito dello stesso processo formativo, caratterizzato da momenti di progressiva indipendenza nell'esecuzione delle manovre assistenziali derivante dall'insegnamento dell'arte medica,

⁵¹⁹ Cfr. par. 6.

⁵²⁰ Nonostante le tematiche relative alla disciplina dei m.s. siano generalmente trascurate dalla dottrina, la questione ha attratto molto l'attenzione dei penalisti (cfr. ZINGALES, "Autonomia vincolata" vs erronee scelte diagnostico-terapeutiche del medico strutturato: quale spazio per una posizione di garanzia del medico specializzando?, in *CP*, 2019, 1591 ss.; AA. VV., *La formazione del medico specializzando in medicina legale nell'ambito della gestione del rischio clinico: stato dell'arte e proposte normative per i nuovi piani formativi*, in *RIML*, 2014, 1375 ss.; LIMONE, *Sulla colpa del medico specializzando*, in *GI*, 2013, 162 ss.; PAZIENZA, *In tema di posizione di garanzia del medico specializzando*, ivi, 2012, 1250 ss.; FRATI, MONTANARI VERGALLO, FEBI, DI LUCA, *La responsabilità penale*, cit., 617 ss.; BRUSCO, *La colpa nella responsabilità penale del medico*, in *DR*, 2006, 831 ss.; POMARA, RIEZZO, *L'assistente in formazione ancora al vaglio della Suprema Corte: le "specifiche competenze" tra teoria e prassi*, in *RIML*, 2006, 200 ss.; DANIELE, *La natura del rapporto degli specializzandi in medicina e chirurgia*, in *RGS*, 1997, 1085 ss.).

⁵²¹ RISI, *Il caso degli specializzandi in medicina*, cit., par. 4.

⁵²² Ordinariamente valutabile sul piano penale dovrebbe, invece, essere la responsabilità del m.s. nei casi di esercizio di attività lavorativa esterna al percorso di formazione specialistica ammessa dall'art. 19, co. 11, l. 28 dicembre 2001, n. 448 e dall'art. 2-octies d.l. 29 marzo 2004, n. 81, conv. con mod. in l. 26 maggio 2004, n. 138, a condizione che non pregiudichi lo svolgimento a tempo pieno delle attività previste dalle singole Scuole. Si tratta infatti di casi (libero esercizio della professione *intra moenia*, guardie mediche, sostituzione del medico di base e guardia turistica) nei quali, in deroga al generale divieto stabilito dall'art. 40 d.lgs n. 368/1999, l'autonomia dello specializzando non è, come durante il corso di formazione, vincolata, ma è direttamente riconducibile all'assunzione diretta della posizione di garanzia riconosciuta al professionista quale medico iscritto all'Albo dei medici chirurghi cui incombe l'obbligo dell'osservanza delle *leges artis*.

inizialmente guidato e, specie a partire nell'ultimo anno, autonomo, sia pur nei limiti delle istruzioni impartite dai *tutor* ⁽⁵²³⁾.

La questione è stata esaminata principalmente nell'ambito delle controversie penali, in considerazione del fatto che, se la specializzazione medica costituisce requisito indispensabile per l'accesso al primo livello della dirigenza medica nel Ssn in base al d.lgs. n. 502/1992 ⁽⁵²⁴⁾, nell'individuazione del contenuto e dei limiti degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia valutabili ai fini della sussistenza di profili di colpa, l'abilitazione all'esercizio della professione medica di soggetti che operano all'interno delle strutture ospedaliere sia pure in formazione e con autonomia vincolata vale a non esimere *tout court* gli specializzandi da responsabilità per le lesioni personali o la morte arrecate a seguito della distribuzione dei compiti all'interno dell'*equipe* medica di reparto.

Ciò che caratterizza la responsabilità penale dei m.s. attiene alla concreta capacità compiuta dalla giurisprudenza di adattare la regola cautelare, da cui deriva il grado di colpa del modello di agente, alle specifiche qualità professionali dei medici in formazione. Il m.s., infatti, anche se gode di autonomia solo vincolata alle direttive ricevute dal *tutor*, viene comunque qualificato come titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente in relazione al concreto e personale ruolo svolto all'interno della condotta lesiva, sia pur condividendo la responsabilità, secondo i rispettivi ambiti di pertinenza e incidenza, con i medici strutturati da cui riceve le direttive ⁽⁵²⁵⁾. E deve operare avendo il precipuo fine di prevenire rischi non consentiti, avendo in capo, quand'anche sia investito personalmente dell'attività medica dal docente, l'onere, secondo quanto in concreto percepibile in termini di rappresentazione e prevedibilità «in rapporto allo stadio del suo *iter* formativo al momento del verificarsi del fatto» ⁽⁵²⁶⁾ con prognosi *ex ante*, di valutare la possibilità di affrontare le difficoltà del caso specifico, astenendosi, se del caso, dall'operare, piuttosto che mettere a rischio la vita e l'incolumità dei pazienti ⁽⁵²⁷⁾.

L'idea di fondo è, infatti, che, nonostante la partecipazione del m.s. agli interventi sia guidata dalle istruzioni del *tutor*, il concreto esperimento dell'attività in ragione delle competenze mediche

⁵²³ In questi termini si esprime anche l'art. 5, d.m. 4 febbraio 2015, il quale, nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 38, co. 3, d.lgs. n. 368/1999, richiede allo specializzando l'assunzione di «progressiva responsabilità durante il percorso formativo, con particolare riguardo all'ultimo anno del corso». Il decreto ministeriale precisa che il grado di responsabilità deriva dalle competenze acquisite e certificate dal *tutor* nel libretto-diario (ove sono riassunte le attività svolte dal m.s.) e che, in ogni caso, lo specializzando non può mai essere impiegato in totale autonomia nella assunzione di competenze di natura specialistica. Anche il d.m. 1 agosto 2005 (art. 4, co. 4), nel superare, alla luce delle riforme intervenute, il d.m. 11 maggio 1995, riconduce la responsabilità dello specializzando alla disciplina dell'art. 43 d.lgs. n. 368/1999, promuovendo l'idea per cui, all'interno dell'*equipe* medica, la fungibilità o l'impersonalità della prestazione assistenziale o di cura, affidata dal paziente tramite consenso informato allo specifico trattamento e al complesso dei medici del reparto, determina la legittimazione all'intervento dello specializzando nel momento in cui l'autorizzazione del tutore, resa sulla base della valutazione di idoneità del m.s. in rapporto alla difficoltà dell'operazione, implicitamente ne ammette la capacità di assumere la responsabilità dell'operazione (cfr. RISI, *Il caso degli specializzandi*, cit., par. 4).

⁵²⁴ Si vedano a tal proposito FORMAGGIO, voce *Medico chirurgo*, in *NDI*, Appendice, IV, Torino, 1983, spec. 1246 ss.; IANNOTTA, voce *Medico (profili generali)*, in *EGT*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.; JARICCI, voce *Medico chirurgo*, in *DDP*, IX, Torino, 1994, 346 ss.

⁵²⁵ Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 2453, in *CP*, 2000, 1978; Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, in *CED*, 1999; Cass. pen. 2 aprile 2007, n. 21594, in *CP*, 2008, 3283, relativa al caso di un primario allontanatosi durante un intervento chirurgico, lasciato all'intera responsabilità dello specializzando; Cass. pen. 10 luglio 2008, n. 32424, in *FI*, 2008, 477.

⁵²⁶ Cass. pen. 10 dicembre 2009, n. 6215, in *RIML*, 2011, 526; Cass. 6 marzo 2019, n. 20270.

⁵²⁷ Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 2453, cit.; Cass. pen. 20 gennaio 2004, n. 32901, in *RP*, 2005, 750.

possedute impone al m.s. il dovere di diligenza, prudenza e perizia, secondo un modello di agente parametrato all'*homo eiusdem condicionis et professionis* funzionale a garantire il preminente bene salute osservando le regole della buona pratica clinica. Un onere particolarmente grave e rigorosamente valutato anche nel caso in cui il m.s. riceva direttive errate da parte del tutore, posto che si impone al m.s., «oltre che l'obbligo di conoscere le *leges artis*, anche l'ulteriore obbligo di farle meditatamente e responsabilmente valere qualora sia necessario»⁽⁵²⁸⁾.

L'osservanza della buona pratica clinica scaturente dalla personale posizione di garanzia richiede, insomma, al m.s. di «procedere, comunque, con tutte le dovute cautele e le accortezze richieste dal caso, in contemplazione dell'obbligo di preservare la integrità fisica di chi anche a lui in quel momento si trova affidato»⁽⁵²⁹⁾, eventualmente rifiutandosi di operare, e genera, nel caso in cui si manifestino lesioni o morte derivanti da incapacità tecnica, un giudizio di rimproverabilità personale anche laddove il m.s., nell'esecuzione delle operazioni mediche, conformi la propria condotta alla direttiva impartita dal medico strutturato senza che possa ritenersi operare alcuna causa di giustificazione laddove questa si appalesi non appropriata (quanto alla diretta assunzione delle attività operatorie in riferimento al caso concreto, alla sua complessità e al rischio che ne consegue, all'abilità e all'esperienza richieste, alle cognizioni specialistiche sino a quel momento acquisite)⁽⁵³⁰⁾. L'elemento di colpevolezza che emerge è, dunque, quello della colpa per assunzione, derivante dalla consapevole accettazione di responsabilità mediche in piena coscienza del fatto che l'attività necessita di competenze diverse o maggiori, arricchita dal dovere del m.s. non solo di valutare la propria capacità professionale, ma anche di discutere, in base alle conoscenze acquisite, le scelte terapeutiche impartite dal tutore, considerato che egli, in quanto medico, prima ancora che discente, non può non far ricorso alle sue ineliminabili conoscenze teoriche, in guisa che «sulla esigenza didattica e sull'eventuale *metus reverentiae* non può non fare aggio la primaria esigenza del rispetto e della preservazione della integrità fisica della persona»⁽⁵³¹⁾.

3. L'adeguata remunerazione: il dibattito giurisprudenziale relativo agli ex specializzandi.

L'art. 39 d.lgs. n. 368/1999 completa l'attuazione del principio di necessaria onerosità delle attività rese nel corso del periodo di specializzazione da parte dei medici contemplato dalla direttiva 82/76/CEE (art. 13) e prevede che ai m.s., per tutta la durata legale del corso, sia corrisposto dalle Università, con cadenza mensile, un trattamento economico annuo onnicomprensivo costituito da una parte fissa e da una variabile. La misura del trattamento economico spettante ai m.s. in base al contratto di formazione specialistica è stato in concreto fissato con i d.p.c.m. 7 marzo 2007, 6 luglio 2007 e 2 novembre 2007 e, a seguito della modifica operata dal d.l. 12 settembre 2013, n. 104 (conv. con mod. in l. 8 novembre 2013, n. 128), è soggetto ad un meccanismo di ridefinizione triennale.

Un siffatto riconoscimento costituisce l'esito di un percorso evolutivo a dir poco accidentato scaturito dall'emanazione della direttiva del 1982 e derivante dal ritardo con il quale il legislatore

⁵²⁸ Cass. pen. 20 gennaio 2004, n. 32901, cit.

⁵²⁹ Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, cit.

⁵³⁰ Cass. pen. 17 gennaio 2012, n. 6981, cit.

⁵³¹ Cass. pen. 6 ottobre 1999, n. 13389, cit.

italiano ha dato compiuta applicazione ai principi ivi sanciti⁽⁵³²⁾. L'irretroattività della nuova disciplina, applicabile solo ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione a decorrere dall'a.a. 2006-2007, ha infatti generato notevoli problemi di adeguamento dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario determinando una lesione dei diritti soggettivi dei m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione dal 29 gennaio 1982, ovvero dalla data di entrata in vigore della direttiva 82/76/CEE che, all'art. 13, nell'aggiungere alla direttiva 75/363/CEE un Allegato contenente le «caratteristiche della formazione a tempo pieno» dei m.s., introduceva il principio per cui la formazione professionale dovesse formare oggetto di una «adeguata remunerazione», imponendo agli Stati membri di conformarvisi entro il 31 dicembre successivo.

I Tribunali italiani sono così stati letteralmente presi d'assalto dalle istanze rivendicative dei medici specializzati prima dell'entrata in vigore della novella del 1999, i quali possono essere distinti in cinque categorie tra coloro che: *i*) avevano iniziato e concluso la specializzazione prima del 29 gennaio 1982; *ii*) avevano iniziato la specializzazione prima dell'a.a. 1982-1983, ma l'avevano conclusa successivamente; *iii*) avevano iniziato la specializzazione nell'a.a. 1982-1983 e chiaramente l'avevano conclusa successivamente; *iv*) avevano iniziato la specializzazione dopo il 1° gennaio 1983 e che, a loro volta, possono essere distinti fra gli iscritti: a) agli a.a. dal 1983-1984 al 1990-1991; e b) agli a.a. dal 1991-1992 al 2005-2006.

Mentre per i primi il diritto ad alcuna remunerazione è stato pacificamente escluso in virtù dell'assenza tanto del carattere subordinato della prestazione⁽⁵³³⁾, quanto di una normativa capace di imporre agli Stati membri l'obbligo di procedere a una remunerazione adeguata dei periodi di formazione a tempo pieno e a tempo ridotto come medico specialista prima dell'entrata in vigore della direttiva dell'82⁽⁵³⁴⁾, la mancanza di chiare indicazioni da parte della direttiva ha fatto sorgere un inatteso contrasto giurisprudenziale in relazione ai m.s. che avevano iniziato il corso antecedentemente al 1982 o nell'a.a. 1982-1983 e relativamente alla frazione temporale successiva al 1982.

Il riconoscimento del diritto risarcitorio anche per costoro per il periodo successivo al 1982, inizialmente negato sulla base di argomentazioni analoghe a quelle sopra descritte per i m.s. che

⁵³² Tale percorso ha stimolato non poco l'attenzione dei giuristi (cfr. RUGGIERO, *La Corte di Giustizia torna sul caso dei medici specializzandi: sì al risarcimento miliardario*, in *NGCC*, 2018, 476 ss.; D'AVENIA, *Il diritto al risarcimento/indennizzo per i medici iscritti ad un corso di specializzazione prima del 1 gennaio 1983. Il discutibile orientamento della Cassazione lavoro*, in *RAS*, 2015, 205 ss.; LA MALFA RIBOLLA, *Remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, in *Ragiusan*, 2015, 21 ss.; CILENTO, *La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato recepimento di direttive*, in *NLCC*, 2012, 85 ss.; ALTIMARI, *Medici specializzandi e responsabilità dello Stato per inadempimento nell'attuazione di direttive comunitarie: i punti fermi della Suprema Corte*, in *D&L*, 2011, 767 ss.; CASORIA, *Direttiva comunitaria sulla remunerazione spettante ai medici specializzandi; trasposizione non corretta nell'ordinamento giuridico italiano. Danno, risarcimento e prescrizione del diritto al risarcimento*, in *FI*, 285 ss.; DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *CG*, 2011, 1428 ss.; FALTONI, *Lo Stato che viola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?*, in *RCP*, 2010, 1864 ss.; DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *CG*, 2009, 1351 ss.; DALFINO, *Sul diritto alle borse di studio per i medici specializzandi negli anni 1983-1991*, in *Ragiusan*, 2005, 18 ss.; SPADAFORA, *La remunerazione dei medici specializzandi: profili risarcitori alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *DL*, 2005, 347 ss.).

⁵³³ Cfr. par. 1.1.

⁵³⁴ Peraltro, anche la disparità di trattamento rispetto agli specializzandi iscritti successivamente all'entrata in vigore della direttiva veniva giustificata sulla base delle primarie esigenze di finanza pubblica, che avevano consentito l'evidente gradualità temporale con la quale era stato introdotto il principio rispetto alle originarie previsioni del 1975 (cfr. Cass. 4 dicembre 2012, n. 21719, in *FI*, 2012, 2538; Cass. 10 luglio 2013, n. 17067, in *GCM*, 2013; Cass. 9 luglio 2015, n. 14375, ivi, 2015, tutte in *Dejure*).

avevano completato i propri studi prima dell'entrata in vigore della direttiva ⁽⁵³⁵⁾, è stato invero successivamente argomentato rilevando sia l'assenza nella disciplina comunitaria di una limitazione della platea dei beneficiari del diritto alla retribuzione ai soli medici iscritti ai corsi di specializzazione a partire dal 1° gennaio 1983 sia, comunque, il contrasto che la diversa interpretazione avrebbe posto con il criterio – funzionale al ristoro di tutti i danneggiati per il ritardo del legislatore – dell'applicazione c.d. retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria ⁽⁵³⁶⁾.

Dal dissenso interno alla Cassazione ha trovato origine la rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia dell'UE ⁽⁵³⁷⁾, la quale ha ritenuto conforme al diritto dell'Unione l'interpretazione secondo cui la remunerazione adeguata doveva essere corrisposta a partire dal 1° gennaio 1983 e fino alla conclusione della formazione a prescindere dalla data di iscrizione alle Scuole di specializzazione e, dunque, anche in favore di coloro che avevano frequentato i corsi prima del 1982 e comunque fino al 1990, con conseguente diritto al risarcimento per inadempimento dello Stato agli obblighi derivanti dalla direttiva e commisurazione del risarcimento medesimo – per la mancata percezione di una retribuzione adeguata – non all'intero periodo di durata del primo a.a. di corso, ma alla frazione temporale della durata del corso successiva alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva (31 dicembre 1982), a partire dalla quale l'inadempimento si era verificato ⁽⁵³⁸⁾.

Tale opzione ermeneutica sembra del tutto coerente con la *ratio* della direttiva, che è quella di garantire una forma di sussidio e di sostegno reddituale ai medici nel corso della specializzazione e di assicurare un'omogeneità sul territorio dell'Unione delle condizioni reddituali degli specializzandi, al fine di garantire anche le libertà di circolazione e di mobilità studentesca.

In tal senso, nonostante l'avvenuto recepimento delle indicazioni europee da parte delle Sezioni Unite e degli altri giudici interni sia stato limitato ai medici iscritti nelle Scuole di specializzazione nell'a.a. 1982-1983 ⁽⁵³⁹⁾, la giurisprudenza ha favorito la tendenza espansiva del principio anche in favore dei m.s. che avevano iniziato il corso antecedentemente al 1982, sempre relativamente alla frazione temporale successiva al 1982, in considerazione del principio secondo cui la legge sopravvenuta disciplina il rapporto giuridico in corso allorché esso, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i propri effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto generatore del rapporto, ma il suo protrarsi nel tempo ⁽⁵⁴⁰⁾.

Diverso il discorso per i m.s. iscritti dopo l'entrata in vigore della direttiva comunitaria dell'82, ma prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991, rispetto ai quali la tardiva e incompleta trasposizione della direttiva 82/76/CEE ha determinato integralmente in capo allo Stato una

⁵³⁵ Secondo Cass. 10 luglio 2013, n. 17067, Cass. 6 marzo 2014, n. 5275 e Cass. 20 luglio 2015, n. 15198 andava invero negato il diritto al risarcimento a coloro che avessero già iniziato il corso alla data del 31 dicembre 1982, poiché fino a tale data non si era verificato alcun inadempimento da parte dello Stato.

⁵³⁶ Cass. 2 settembre 2015, n. 17434.

⁵³⁷ Cass. S.U. ord. 21 novembre 2016, n. 23581.

⁵³⁸ Corte Giust. 24 gennaio 2018, cause riunite C-616/16 e C-617/16, in *NGCC*, 2014, 472.

⁵³⁹ Cass. S.U. 31 luglio 2018, n. 20348; conf. *ex plurimis* Cass. 26 febbraio 2019, n. 5509; Cass. 2 ottobre 2019, n. 24625.

⁵⁴⁰ Cass. 16 gennaio 2020, n. 821, in *Dejure*.

responsabilità risarcitoria qualificabile *ex art.* 2043 cod. civ. o, secondo l'opinione accolta dalle Sezioni Unite, per inadempimento di obbligazione *ex lege* consistito nel non aver assicurato il diritto dei medici frequentanti le Scuole a percepire un'adeguata remunerazione⁽⁵⁴¹⁾. Una siffatta forma di tutela avverso l'omissione statale è stata, in particolare, riconosciuta, sulla scorta delle elaborazioni fornite dalla Corte di Giustizia nelle note sentenze *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*⁽⁵⁴²⁾, nelle controversie *Carbonari* e *Gozza*⁽⁵⁴³⁾, nell'ambito delle quali la giurisprudenza europea, pur affermando il carattere incondizionato e sufficientemente preciso degli obblighi contenuti nelle direttive europee, ne ha escluso la diretta applicabilità in quanto inadeguate a consentire al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione e a individuare l'importo della stessa. La giurisprudenza europea, inoltre, ha precisato che ove l'obbligo imposto allo Stato italiano di raggiungere il risultato previsto dalla direttiva nonché di adottare ogni misura di carattere generale o particolare diretta ad assicurarne l'esecuzione non risulti adempiuto, la lesione dei diritti dei singoli consente l'applicazione di un rimedio risarcitorio per i danni derivanti dall'omissione e giustifica, quindi, il ristoro richiesto dai medici in formazione specialistica per il periodo di formazione successivo al 1° gennaio 1983.

La giurisprudenza interna si è subito conformata all'orientamento espresso dalla Corte europea in virtù della preminenza del diritto comunitario e, dopo aver rifiutato la possibilità di applicazione di rimedi estranei a quello risarcitorio⁽⁵⁴⁴⁾, ha riconosciuto al principio di adeguata remunerazione efficacia diretta in favore dei m.s. nei confronti delle amministrazioni statali⁽⁵⁴⁵⁾. L'azione di riconoscimento di indennizzo per inesatta o tardiva attuazione delle direttive comunitarie viene peraltro anche a mutare la competenza del tribunale, non più in funzione di giudice del lavoro, ma ordinario, in ragione della natura risarcitoria della causa e dell'ininfluenza della natura, subordinata o parasubordinata, del rapporto di lavoro.

I presupposti riconosciuti per ottenere il risarcimento del danno vengono così individuati: *i)* nella frequenza di uno dei corsi di specializzazione menzionato dagli artt. 5 e 7 della direttiva 75/362/CEE, avente durata minima non inferiore a quella indicata dagli artt. 4 e 5 della direttiva 75/363/CEE, considerati come un elenco tassativo, con conseguente preclusione del ricorso all'applicazione estensiva o analogica⁽⁵⁴⁶⁾; e *ii)* nella frequenza di un corso di specializzazione nel

⁵⁴¹ Cass. S.U. 17 aprile 2009, n. 9147, in *FI*, 2010, 168. Su tale distinzione, che ha notevoli implicazioni in merito al termine prescrizione applicabile e alla sussistenza di un elemento di colpevolezza, v. DI MAIO, *I diritti dei medici*, cit., 1412 ss.; ID., *Contratto e torto*, cit., 1351 ss. Argomentazioni a favore dell'interpretazione delle S.U. si rinvengono in Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, in *FI*, 2011, 1650.

⁵⁴² Corte Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*; Corte Giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur*.

⁵⁴³ Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/97, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/97, *Gozza*.

⁵⁴⁴ Segnatamente l'azione generale di ingiustificato arricchimento, in ragione dell'assenza della necessaria sussidiarietà, esclusa dalla presenza di un'azione tipica contro lo Stato: Cass. 9 gennaio 2014, n. 307, in *GCM*, 2014.

⁵⁴⁵ Più precisamente, il legittimato passivo in tema di responsabilità dello Stato da mancata attuazione di direttive comunitarie in materia di retribuzione della formazione dei m.s. è stato individuato nella Presidenza del Consiglio dei Ministri (Cass. 31 marzo 2015, n. 6470, in *Dejure*) e non nei singoli Ministeri (Cass. 26 giugno 2013, n. 16104, *ivi*; Cass. 17 marzo 2015, n. 5230, *ivi*; Cass. 25 marzo 2015 n. 6029, *ivi*; Cass. 27 aprile 2015, n. 8520, *ivi*). È inoltre stata esclusa la legittimazione passiva delle Regioni e delle Università (Cass. 29 agosto 2011, n. 17682, *ivi*; Cass. 11 novembre 2011, n. 23558, *ivi*; Cass. 25 luglio 2019, n. 20099, in *GCM*, 2019).

⁵⁴⁶ Laddove le specializzazioni, al tempo della loro frequenza, non siano ricomprese negli elenchi menzionati la domanda è stata rigettata anche in assenza di contestazione, considerandosi l'inclusione della specializzazione negli elenchi un fatto costitutivo della pretesa risarcitoria rilevabile d'ufficio (Cass. 10 aprile 2013, n. 8764, in *GCM*, 2013).

periodo successivo al 31 dicembre 1982, posto che, prima di tale termine, nessun inadempimento poteva essere attribuito allo Stato italiano. Rinvenendo il fondamento delle domande volte ad accertare la responsabilità dello Stato italiano per mancata o tardiva attuazione delle direttive comunitarie non *self-executing* nell'inadempimento di una obbligazione *ex lege* di natura indennitaria per attività non anti-giuridica nel diritto interno, si è invece esclusa la necessità del dolo o della colpa ⁽⁵⁴⁷⁾.

La riconducibilità all'area contrattuale della responsabilità dello Stato genera un'importante conseguenza in merito al termine prescrizione applicabile. Il sopravvenuto termine prescrizione quinquennale introdotto dall'art. 4, co. 43, l. 12 novembre 2011, n. 183 non ha infatti avuto impatto sulla questione, essendo stato ritenuto applicabile solo a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2012) ⁽⁵⁴⁸⁾. L'irretroattività della norma consente invece di ritenere operativa la prescrizione decennale *ex art. 2947 cod. civ.*, giudicata la più coerente con i principi di prevedibilità, effettività ed equivalenza ⁽⁵⁴⁹⁾.

Dopo qualche iniziale contrasto ⁽⁵⁵⁰⁾, il *dies a quo* è stato riconosciuto nel 27 ottobre 1999, ovvero nella data di entrata in vigore dell'art. 11, l. n. 370/1999 (con il quale il legislatore ha introdotto il diritto a una borsa di studio unicamente in favore degli specializzandi ammessi alle scuole negli anni 1983-1991 e destinatari di alcune sentenze passate in giudicato del T.A.R.) poiché solo da detta data l'obbligo risarcitorio è divenuto per i soggetti esclusi, e quindi per i medici non destinatari delle pronunzie del giudice amministrativo, apprezzabile come un effetto della condotta di inadempimento ormai definitivo ⁽⁵⁵¹⁾. Conseguentemente, il diritto al risarcimento del danno si intende prescritto solo a condizione che i m.s. ammessi alle Scuole di specializzazione fino al 1991 non abbiano agito giudizialmente o abbiano costituito in mora l'Amministrazione dello Stato entro il 27 ottobre 2009 ⁽⁵⁵²⁾.

Se il credito non è prescritto e il medico (ex) specializzando dimostra, quale fatto costitutivo della propria azione, la frequenza a uno dei corsi ricadenti negli elenchi previsti dalla normativa

⁵⁴⁷ Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, in *GCM*, 2019; Cass. 11 novembre 2011, n. 23577, *ivi*, 2011, 1590; Cass. 10 febbraio 2015, n. 2538, *ivi*, 2015.

⁵⁴⁸ Cass. 9 febbraio 2012, n. 1917, in *Dejure*; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1850, *ivi*; Cass. 5 aprile 2012, n. 5533, in *Ragiusan*, 2012, 23.

⁵⁴⁹ Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, *cit.*

⁵⁵⁰ Cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, in *CG*, 2009, 1348, che, applicando il principio elaborato dalla Corte di Giustizia nel caso *Emmert* (Corte Giust. 25 luglio 1991, C-208-90), attribuiva rilevanza, ai fini del corso della prescrizione, alla piena conoscibilità del contenuto del diritto da azionare e pertanto rinveniva l'inizio del corso della prescrizione nella data di entrata in vigore del d.lgs. n. 257 del 1991, ritenendo che solo a partire da questa data il titolare del diritto poteva venire a conoscenza del contenuto del diritto attribuito e dei limiti temporali della corresponsione. Di diverso avviso Cass. 18 maggio 2011, n. 10813, *cit.*, che, criticando la precedente, riteneva che il *dies a quo* dovesse decorrere dal 19 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 d.lgs. n. 370/1999, posto che, da tale data, l'inadempimento dello Stato italiano era divenuto definitivo.

⁵⁵¹ Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, *cit.*; Cass. 31 maggio 2018, n. 13758, in *Dejure*; Cass. 20 marzo 2014, n. 6606, *ivi*; Cass. 26 giugno 2013, n. 16104, *ivi*; Cass. 29 ottobre 2011, n. 17682, *cit.*

⁵⁵² L'atto interruttivo della prescrizione, per esser valido, deve essere indirizzato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri. Se viene indirizzato erroneamente a un soggetto estraneo al rapporto controverso l'atto non è idoneo a interrompere il decorso del termine prescrizione (cfr. Cass. 25 luglio 2019, n. 20099, *cit.* che ha dichiarato sussistente la prescrizione per essere state le lettere di messe in mora inviate soltanto all'Università). Peraltro, laddove il m.s. abbia compiuto validi atti interruttivi della prescrizione anteriormente al 27 novembre 2009 senza darvi ulteriore corso oppure attraverso un'azione giudiziale poi lasciata estinguere, poiché tali manifestazioni rivestono valore di atti di esercizio del diritto, la giurisprudenza ha riconosciuto che in tali casi la prescrizione decennale decorra dalle manifestazioni di esercizio del diritto (Cass. 17 maggio 2011, n. 10813, *cit.*).

europea⁵⁵³), ha diritto alla liquidazione del danno. La quantificazione dell'obbligo risarcitorio dello Stato italiano ha però determinato un acceso contrasto giurisprudenziale fra la posizione di quanti riconoscevano al m.s. l'intero trattamento previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 e quanti, invece, liquidavano l'indennizzo usando, come parametro equitativo, la somma prevista dall'art. 11 l. n. 370/1999, ovvero una borsa di studio annua onnicomprensiva, e non suscettibile di interessi e di rivalutazione monetaria, pari a L. 13.000.000.

Solo di recente le Sezioni Unite della Cassazione sono giunte a sanare il dissidio previsto nella giurisprudenza interna aderendo alla seconda tesi⁵⁵⁴). La possibilità di qualificare come remunerazione adeguata – da porre quale parametro equitativo – il trattamento previsto per la frequenza dei corsi istituiti dall'a.a. 1991-1992 dall'art. 6, d.lgs. n. 257/1991 è stata invero negata facendo leva sull'estensione temporale prevista dalla stessa novella, laddove, nel limitarsi a regolare situazioni future, ne prescriveva l'applicazione a decorrere dall'a.a. 1991-1992, e dunque sull'irretroattività della norma⁵⁵⁵). È stato anche possibile rigettare l'eccezione di specialità della normativa del 1999 sollevata dall'orientamento disatteso. La limitazione soggettiva prevista dall'art. 11 citato è stata anzi disapplicata in quanto incompatibile con il diritto di eguaglianza e con le finalità del diritto comunitario⁵⁵⁶) e si è giunti a considerare l'*aestimatio* effettuata dal legislatore del '99 come un atto di adempimento parziale della direttiva valevole *erga omnes*.

Nonostante a decorrere dall'a.a. 1991-1992 il legislatore abbia dato attuazione alla direttiva 82/76/CEE prevedendo il diritto agli ammessi alle Scuole di specializzazione, per tutta la durata del corso, a una borsa di studio, la questione relativa al riconoscimento in favore dei m.s. del principio di adeguata retribuzione non si è sopita. Per un verso, l'emanazione della direttiva 93/16/CEE, con la conferma del principio di adeguata remunerazione funzionale a garantire agli specialisti in via di formazione la possibilità di dedicarsi integralmente alle attività teorico-pratiche

⁵⁵³ Sul regime probatorio, v. Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; e Cass. 8 marzo 2017, n. 5781, in *GCM*, 2017.

⁵⁵⁴ Cass. S.U. 27 novembre 2018, n. 30649, in *FA*, 2019, 1014.

⁵⁵⁵ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, cit.; Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; Cass. 10 gennaio 2019, n. 462, cit.; Cass. S.U. 27 novembre 2018, n. 30649, cit. Peraltro, poiché la responsabilità dello Stato dà origine a un debito di valuta rispetto alla quale, secondo le regole generali di cui agli artt. 1219 e 1224 cod. civ., gli interessi legali possono essere riconosciuti solo dall'eventuale messa in mora o, in difetto, dalla notificazione della domanda giudiziale, ai m.s. non spetta anche la rivalutazione monetaria e i correlati interessi compensativi sulle somme riconosciute, salva rigorosa prova, da parte del danneggiato, di circostanze diverse da quelle normali tempestivamente e analiticamente dedotte in giudizio prima della maturazione delle preclusioni assertive o di merito e di quelle istruttorie (Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, cit.; Cass. 6 novembre 2014, n. 23635, in *Dejure*). L'impossibilità per i m.s. di vedersi riconosciuti anche i benefici normativi concessi dal legislatore successivamente al 1991, specie in materia concorsuale (cfr. par. 1), astrattamente legittima invece la possibilità di rivendicare il risarcimento di un danno ulteriore rispetto a quello riconosciuto dalla giurisprudenza, qualificato come danno da perdita di *chances*. La giurisprudenza compie però un accertamento rigoroso del pregiudizio (Cass. 11 marzo 2008, n. 6427, in *Ragiusan*, 2009, 18). Non è dunque sufficiente la mera allegazione che il mancato recepimento della direttiva non ha consentito ai m.s. di sfruttare il titolo di specialista all'estero e di beneficiare dei punteggi nei concorsi italiani, ma sono invece necessarie deduzioni specifiche da cui sia possibile individuare le occasioni favorevoli in concreto perdute (Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.).

⁵⁵⁶ La giurisprudenza rinviene invero nell'art. 11 previsioni coerenti con le corrispondenti disposizioni delle direttive europee e la considera, pertanto, disciplina applicabile retroattivamente a tutti coloro che si sono trovati nella situazione contemplata dalla normativa. Di converso, considera disapplicabile la limitazione soggettiva in quanto irragionevolmente posta in violazione del principio di uguaglianza, laddove subordina il riconoscimento, in ambito interno, di un diritto attribuito ai singoli da una direttiva comunitaria a condizioni non previste da tale direttiva e, specificamente, alla condizione di avere adito l'autorità giudiziaria e ottenuto una sentenza favorevole addirittura prima dell'emanazione della legge di trasposizione (cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1641, in *GCM*, 2020; Cass. 22 novembre 2019, n. 30502, cit.; Cass. 10 gennaio 2019, n. 462, cit.; Cass. 10 agosto 2011, n. 17350, in *Ragiusan*, 2011, 16).

previste, ha fatto insorgere negli specializzandi il dubbio che gli Stati membri fossero ormai obbligati a disciplinare l'attività di formazione specialistica secondo lo schema del rapporto di lavoro subordinato. Per l'altro, l'introduzione, nel 1999, con il d.lgs. n. 368, di una remunerazione maggiore, perché pari a € 22.700,00 anziché L. 21.500.000, e dotata di una parte variabile oltre a un più favorevole meccanismo di rivalutazione⁽⁵⁵⁷⁾, nonché la postergazione degli effetti del d.lgs. n. 368 all'a.a. 2006-2007 hanno generato critiche in merito alla disparità di trattamento generatasi fra le diverse generazioni di specializzandi e tra i medici specializzandi iscritti presso le Università italiane e quelli iscritti in scuole di altri Paesi europei.

Tutte le domande avanzate dai m.s. iscritti fra gli a.a. 1991-1992 e 2005-2006, finalizzate a far valere il diritto al trattamento economico e contributivo previsto dal d.lgs. n. 368/1999 e dai d.p.c.m. 7 marzo, 2 luglio e 2 novembre 2007, sono state, però, respinte. Il condivisibile percorso argomentativo utilizzato per rigettare le azioni proposte dai m.s. beneficia della considerazione della direttiva del 1993 come «testo meramente compilativo, di coordinamento e aggiornamento delle precedenti disposizioni comunitarie già vigenti», privo di «carattere innovativo con riguardo alla misura dei compensi da riconoscersi agli iscritti alle scuole di specializzazione»⁽⁵⁵⁸⁾.

Quando, dunque, la *causa petendi* dell'azione promossa dai m.s. è stata rinvenuta nell'obbligazione indennitaria dello Stato per mancata attuazione della nuova direttiva, i ricorsi sono stati rigettati rilevando che l'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario poteva già dirsi compiuto attraverso il riconoscimento del diritto all'adeguata remunerazione stabilito con il d.lgs. n. 257/1991⁽⁵⁵⁹⁾, anche considerando che la direttiva 93/16/CEE non aveva fissato una retribuzione minima di adeguatezza, lasciando in materia ampia discrezionalità agli Stati membri in considerazione della diversità dei contesti economici presenti nel territorio della Comunità Europea⁽⁵⁶⁰⁾, sicché non sussisteva alcun obbligo in capo allo Stato italiano di estendere il nuovo trattamento economico ai m.s. iscritti alle Scuole di specializzazione negli a.a. antecedenti il 2006-2007. La libertà concessa ai legislatori nazionali di dare concreta attuazione al diritto comunitario, riconosciuta anche in sede europea⁽⁵⁶¹⁾, risponde, del resto, a scelte valutative di politica economica condizionate da esigenze di bilancio, sicché la diversa decorrenza dei vari trattamenti economici previsti dalla legge sfugge da censure di irragionevolezza e, segnatamente, di ingiustificata disparità di trattamento o discriminazione⁽⁵⁶²⁾.

⁵⁵⁷ Si confrontino il d.p.c.m. 7 marzo 2007 e l'art. 6, d.lgs. n. 257/1991. In sintesi, gli specializzandi iscritti a partire dall'a.a. 1991-1992 lamentavano di aver beneficiato di una borsa di studio inizialmente pari a € 11.103,82, poi incrementata a € 11.598,33 fino all'a.a. 2005-2006, pur in presenza delle previsioni introdotte dal d.lgs. n. 368/1999, la cui efficacia è stata tuttavia procrastinata all'a.a. 2006-2007 e ha dunque trovato applicazione solo ai m.s. iscritti a far data da tale anno.

⁵⁵⁸ Fra le sentenze più recenti, si vedano Cass. 6 maggio 2020, n. 8503, in *GCM*, 2020; Cass. 29 aprile 2020, n. 8380, in *Dejure*; Cass. 29 aprile 2020, n. 8378, *ivi*; Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *ivi*.

⁵⁵⁹ Tra le più recenti, si vedano Cass. 27 agosto 2020, n. 17885; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5455; Cass. 29 novembre 2019, n. 26074; Cass. 27 febbraio 2019, n. 5698; Cass. 26 febbraio 2019, n. 5502; Cass. 29 maggio 2018, n. 13445; Cass. 14 marzo 2018, n. 6355; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449; Cass. 4 giugno 2014, n. 15362; Cass. 16 gennaio 2014, n. 794, tutte reperibili in *Dejure*.

⁵⁶⁰ Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *cit.*

⁵⁶¹ Cfr. le già citate Corte Giust. 25 febbraio 1999, C-131/1997, *Carbonari*; Corte Giust. 3 ottobre 2000, C-371/1997, *Gozza*.

⁵⁶² L'irretroattività degli effetti economici di maggior favore disposti con il d.lgs. n. 368/1999 e relativa normativa attuativa è, in particolare, riconosciuta priva di aspetti discriminatori in adesione all'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale in materia, secondo cui l'elemento temporale può essere legittimo criterio di discriminazione laddove intervenga a delimitare le sfere di applicazione di norme nell'ambito del riordino complessivo della disciplina attinente a una determinata materia (cfr. Corte Cost. 29 dicembre

Inoltre, in considerazione del fatto che la misura della borsa di studio riconosciuta dall'art. 6, d.lgs. n. 257/1999 non poteva dirsi irrisoria o manifestamente iniqua, ma anzi sufficiente a garantire al m.s. un'autonomia economica capace di consentirgli di mantenersi durante il periodo di studi e comunque di importo analogo alle borse di studio erogate ai dottorandi nelle altre facoltà universitarie, ossia in linea con altre forme di specializzazioni post-laurea previste nell'ordinamento italiano per laureati diversi dai medici ⁽⁵⁶³⁾, anche le argomentazioni sollevate dai m.s. in merito alla violazione del diritto comunitario derivante dalla inadeguatezza della retribuzione riconosciuta sono state rigettate.

Anche il contenzioso in cui la *causa petendi* è stata rinvenuta direttamente nella qualificazione dei rapporti di formazione professionale – e dunque si radicava la competenza del giudice del lavoro e la legittimazione passiva delle sole Università, oltre alla prescrizione quinquennale ex art. 2948, n. 4 cod. civ. decorrente da ogni bimestre di corresponsione delle rate della borsa di studio previsto dall'art. 6 d.lgs. n. 257/1991 ⁽⁵⁶⁴⁾ – si è risolto, spesso, nella condanna alle spese dei m.s. in considerazione dell'impossibilità di qualificare i rapporti come subordinati ⁽⁵⁶⁵⁾ e, in ogni caso, di rinvenire disparità di trattamento irragionevoli, in quanto, per un verso, l'inapplicabilità dell'art. 36 Cost. rende impossibile effettuare un giudizio di proporzionalità con le retribuzioni dei medici operanti nell'ambito del Ssn e, comunque, con le retribuzioni percepite dai m.s. a decorrere dall'a.a. 2006-2007 ⁽⁵⁶⁶⁾; e, per l'altro, la libertà del legislatore, insita nell'esercizio della potestà legislativa di differire gli effetti delle riforme, rende il fluire del tempo idoneo elemento di diversificazione della disciplina ⁽⁵⁶⁷⁾. Non essendo il legislatore vincolato a disciplinare il rapporto dei m.s. secondo un particolare schema giuridico o ad attribuire una remunerazione di ammontare preindicatedo, la mera successione di leggi diverse non è, insomma, di per sé idonea a determinare

2004, n. 430; Corte Cost. 12 maggio 2005, n. 276). Ciò è chiaramente emerso nella sentenza n. 432 del 16 dicembre 1997, con la quale, proprio in relazione al trattamento economico dei m.s., è stata giudicata infondata la questione di legittimità costituzionale della retroattività delle norme della legge finanziaria che avevano escluso l'adeguamento al costo della vita delle borse di studio di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 257/1991. La tesi, che trova conferma in altre sentenze espresse dalla Cassazione, secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la modulazione nel tempo delle discipline eventualmente favorevoli ad alcune categorie di cittadini, senza che ciò possa rivestire aspetti discriminatori alla luce dei parametri costituzionali (cfr. Cass. 28 luglio 2008, n. 20543, in *Leggidentalità*; Cass. 26 maggio 2005, n. 11176, *ivi*), si è sostanziata nella massima, tralattivamente ripetuta, per cui «il legislatore nel disporre il differimento dell'applicazione delle disposizioni contenute negli artt. da 37 a 42 e la sostanziale conferma del contenuto del d.lgs. n. 257 del 1991 ha esercitato legittimamente la sua potestà legislativa, non essendo vincolato a disciplinare il rapporto dei medici specializzandi secondo un particolare schema giuridico né ad attribuire una remunerazione di ammontare preindicatedo» (*ex plurimis* Cass. 27 agosto 2020, n. 17913; Cass. 19 maggio 2020, n. 9191; Cass. 6 maggio 2020, n. 8506; Cass. 17 gennaio 2020, n. 993; Cass. 15 ottobre 2019, n. 26074; Cass. 17 settembre 2019, n. 23154).

⁵⁶³ Cass. 6 maggio 2020, n. 8503, *cit.*; Cass. 17 gennaio 2020, n. 993, in *Dejure*; Cass. 15 giugno 2016, n. 12346, *ivi*; Cass. 6 novembre 2014, n. 23635, *cit.* Isolata è invece rimasta la contraria Cass. 22 aprile 2015, n. 8243, *ivi*, che, nell'accogliere la tesi della sussistenza del diritto al risarcimento per ritardata trasposizione della normativa comunitaria «sotto il profilo dell'insufficienza della borsa di studio», ha quantificato il danno risarcibile nella «differenza fra il trattamento che i ricorrenti avrebbero percepito se la direttiva comunitaria in questione fosse stata attuata immediatamente, e quello effettivamente percepito»; cfr. nella giurisprudenza di merito Trib. Roma sez. II, 18 aprile 2018, n. 7826, *ivi*; App. Napoli sez. IV, 21 aprile 2016, n. 1649, *ivi*.

⁵⁶⁴ Trib. Roma sez. II, 10 giugno 2019, n. 12108, in *Dejure*; Trib. Roma sez. II, 14 marzo 2018, n. 5472, *ivi*.

⁵⁶⁵ Cfr. par. 1.1.

⁵⁶⁶ Cass. 14 marzo 2018, n. 6355, *cit.*; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, *cit.*

⁵⁶⁷ V. Cass. 17 gennaio 2020, n. 993, in *Dejure*; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, *cit.*; Cass. 4 luglio 2014, n. 15362, *cit.* Con analoghe argomentazioni è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 46, comma 2, del d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, come sostituito dall'art. 1, co. 300, l. n. 266/2005, per contrasto con artt. 2, 3 e 36 Cost., nella parte in cui ha sospeso fino al 2007 l'entrata in vigore degli artt. 37-39 d.lgs. n. 368/1999 (App. Roma sez. II, 28 febbraio 2014, nn. 1628 e 1629, in *Leggidentalità*).

una lesione delle posizioni giuridiche soggettive dei medici iscritti alle Scuole di specializzazione prima della riforma del '99 e giustifica, pertanto, oltre al disconoscimento delle differenze retributive tra l'importo della borsa di studio percepito e il trattamento economico di cui i m.s. avrebbero beneficiato in applicazione della novella, anche il blocco della rivalutazione triennale disposto per l'anno 1993 e per i trienni 1994-1996 e 2000-2002 e necessitato da ragioni economico-finanziarie dello Stato Italiano ⁽⁵⁶⁸⁾.

4. La rotazione tra strutture e lo scambio internazionale.

La rotazione tra le strutture rappresenta una componente essenziale della formazione del medico specializzando, rappresentando un metodo attraverso cui acquisire le competenze necessarie allo svolgimento della professione di specialista, conoscendo e sperimentando le diverse realtà da cui è composta la rete formativa e sanitaria, motivo per cui è stata resa obbligatoria ⁽⁵⁶⁹⁾.

L'attività del medico specializzando, pertanto – applicando correttamente la rotazione prevista ex lege – non può svolgersi per più di un certo periodo nella stessa struttura; ciò segna un punto di differenziazione rispetto a un ordinario rapporto di lavoro e risulta, d'altro canto, pienamente in linea con la finalità formativa.

Le modalità della rotazione sono stabilite annualmente dal consiglio della scuola, che deve organizzarla in modo tale da consentire non solo che sia garantita la completezza della formazione ⁽⁵⁷⁰⁾, ma anche che lo specializzando, applicandosi alle attività esercitate dalle diverse strutture, acquisisca una progressiva autonomia, secondo il principio, su cui già ci si è soffermati, di graduale assunzione di responsabilità ⁽⁵⁷¹⁾. Invero la rete dovrebbe essere composta da strutture eterogenee: strutture sul territorio, ospedaliere, universitarie, che permettono l'esercizio di diverse attività anche caratterizzate da differenti livelli di autonomia.

Considerata l'importanza del ruolo del tutor, chiamato a supervisionare l'attività concretamente svolta dallo specializzando, nell'ambito della rotazione si procede, di norma, alla designazione di un diverso tutor, selezionato tra i medici specialisti della diversa unità operativa assistenziale in cui il medico specializzando presterà la propria attività.

Sempre con il fine di perfezionare la formazione, i medici specializzandi possono svolgere un periodo presso strutture estranee alla rete formativa, italiane o estere, non superiore ai diciotto mesi ⁽⁵⁷²⁾. Le strutture estere sono individuabili sia in paesi facenti parte dell'Unione Europea che esterni, è richiesto però che le caratteristiche delle strutture siano comparabili a quelle accreditate nel nostro Paese. Le attività svolte nel periodo all'estero dovranno essere documentate ⁽⁵⁷³⁾,

⁵⁶⁸ Cass. S.U. 16 dicembre 2008 n. 29345, in *Dejure*; Cass. 26 maggio 2011 n. 11565, ivi; Cass. 29 ottobre 2012, n. 18562, ivi; Cass. 4 luglio 2014, n. 15362, cit.; Cass. 16 ottobre 2019, n. 26240, ivi; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4809, ivi; Cass. 23 febbraio 2018, n. 4449, cit. I m.s. hanno avuto solo diritto alla rideterminazione triennale dell'importo percepito a titolo di borsa di studio previsto dall'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 257/1991, che è rimasta bloccata solo fino al 31 dicembre 1993, ma non per il periodo successivo (Cass. 17 giugno 2008, n. 16385, in *Dejure*; Cass. 29 ottobre 2012, n. 18562, cit.).

⁵⁶⁹ D.I. 13 giugno 2017, n. 402, all 1. Sul punto cfr. anche la nota Miur del 27.09.2018, nella quale si insiste proprio sulla necessità di garantire l'effettività della rotazione.

⁵⁷⁰ D.I. 13 giugno 2017, n. 402 all 1, art. 1.2.

⁵⁷¹ Nella nota MIUR del 27.09.2018, in particolare, si raccomanda che negli ultimi anni di specializzazione, i medici vengano inviati nelle strutture a più elevata complessità.

⁵⁷² Art. 40, co. 6, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 e art. 2, co. 11, d.m. 4 febbraio 2015, n. 68.

⁵⁷³ D.P.R. 10 marzo 1982, n. 162, art. 12, co.3.

analogamente a quanto richiesto per quelle svolte presso la struttura di riferimento della Scuola; non è prevista, invece, la possibilità di sostenere gli esami previsti dalla Scuola presso tali strutture.

5. L'orario di svolgimento della prestazione.

Il d.lgs. n. 368/1999 dedica una sola, scarna, disposizione alla materia dell'orario di svolgimento delle attività dei medici specializzandi, l'art. 40, secondo cui l'impegno richiesto per la formazione specialistica dev'essere pari a quello previsto per il personale medico del Ssn a tempo pieno; questa norma, come si vedrà, permette di ritenere applicabile quantomeno la disciplina dell'orario di lavoro propria dei medici del Ssn anche ai medici specializzandi.

L'applicazione della normativa relativa all'orario di lavoro anche a tali figure, invero, non risulta in linea di principio affatto pacifica, considerato che il rapporto dei medici specializzandi non è qualificato come rapporto di lavoro.

Va tuttavia rilevato che il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 66 fa espressa menzione della figura del «medico in formazione»⁽⁵⁷⁴⁾, alla quale non sembra esservi motivo di non ricondurre il medico specializzando⁽⁵⁷⁵⁾, includendola nell'elenco di attività per le quali è consentita la deroga alla disciplina del riposo giornaliero e dell'orario massimo settimanale, confermando così, di converso, l'applicabilità della rimanente disciplina anche ai medici specializzandi. Si deve, pertanto, ritenere – non senza registrare una certa confusione del legislatore – che i medici specializzandi siano assoggettati alla disciplina dell'orario di lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003; ciò comporta che, stante la mancata emanazione dello specifico decreto ministeriale previsto dalla norma menzionata per disciplinare le specifiche deroghe, agli stessi trovi applicazione la disciplina legislativa nella sua interezza⁽⁵⁷⁶⁾, eccezion fatta esclusivamente per gli aspetti incompatibili con l'insussistenza di un rapporto di lavoro, su cui si tornerà.

A ben vedere, in ogni caso, la disciplina applicabile risulta essere la medesima sia che si consideri come fonte direttamente il d. lgs. n. 66/2003 che applicando la disciplina dell'orario di lavoro dei medici del Ssn in virtù del rinvio contenuto nell'art. 40 d.lgs. n. 368/1999.

È noto, infatti, che, sebbene il legislatore sia intervenuto nel corso del tempo sulla disciplina dell'orario di lavoro dei medici del Ssn – fissato in 38 ore settimanali, di cui 4 dedicate alla formazione – introducendo diverse disposizioni⁽⁵⁷⁷⁾ tese a dichiarare inapplicabile ai medici del servizio sanitario nazionale le disposizioni in tema di durata massima dell'orario settimanale di lavoro e di riposo giornaliero⁽⁵⁷⁸⁾, tali interventi legislativi sono stati ritenuti illegittimi dalla Commissione

⁵⁷⁴ Cfr. art. 17, co. 2, lettera c, n. 1, che riprende l'art. 17, co. 3, lettera c, i, dir. 2003/88/CE.

⁵⁷⁵ In tal senso anche PASQUALETTO, *Le incertezze del legislatore italiano*, op. cit., nt. 23; STILE, *I confini dell'interpretazione adeguatrice*, in DL, 2003, p. 247. Va inoltre evidenziato che probabilmente proprio la particolarità della formazione specialistica ha indotto il legislatore comunitario – e conseguentemente quello interno – a considerare separatamente la figura, per la quale non vi sarebbe stata altrimenti necessità di una specifica menzione.

⁵⁷⁶ Parere Ministero della Salute, in merito all'applicazione Dir. UE 2003/88/CE all'attività assistenziale dei medici in formazione specialistica del 9 marzo 2016.

⁵⁷⁷ Artt. 3, comma 85, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e 41, comma 13, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

⁵⁷⁸ In merito a tali deroghe ad alla loro compatibilità con la direttiva UE, LECCESE, ALLAMPRESE, *Direttiva n. 2003/88 e disciplina italiana su orario e risposi del personale del Ssn*, in RGL, 2009, p. 359 ss.

europea e conseguentemente superati con l'art. 14 della l. 30 ottobre 2014, n. 161 (⁵⁷⁹).

Quest'ultima norma, pertanto, sebbene espressamente destinata agli appartenenti al ruolo sanitario del Ssn, comporta, per effetto di quanto disposto nell'art. 40, d.lgs. n. 368/1999, l'inapplicabilità della deroga precedentemente previste anche nei confronti dei medici specializzandi (⁵⁸⁰).

In conclusione, sia per l'operare del rinvio contenuto nel d.lgs. n. 368/1999 che per l'applicabilità diretta delle norme relative all'orario di lavoro, anche i medici specializzandi risultano destinatari della disciplina dell'orario di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 66/2003.

Ciò posto, non può tacersi del problema derivante dalla prassi, invero molto diffusa, di richiedere al medico specializzando lo svolgimento di un quantitativo di ore superiore a quello prefissato. Tale prassi risulta negativa, comportando il rischio di frustrare le finalità formative del rapporto, sia nel senso che anche l'utilità della formazione pratica risulterà compromessa dallo svolgimento di un troppo elevato numero di ore, soprattutto se consecutive e comunque senza un congruo riposo, che poiché si rischia così di impedire che il medico specializzando possa dedicare un numero adeguato di ore alla formazione teorica.

Per quanto riguarda il trattamento delle eventuali ore di "lavoro straordinario", considerato che la borsa che riceve il medico specializzando non è, come visto, in alcun modo assimilabile a una retribuzione, non sembrano applicabili le maggiorazioni previste dalla legge (⁵⁸¹), mentre si può ipotizzare, come invero previsto dalla maggior parte dei regolamenti, l'applicazione di riposi compensativi.

Infine, l'applicabilità della disciplina in materia di orario di lavoro comporta il riconoscimento, in capo agli specializzandi, del diritto alle ferie (⁵⁸²). Nel d.lgs. n. 368 del 1999 manca una specifica disposizione che attribuisca tale diritto; è però previsto, ex art. 40, co. 4, che lo specializzando possa godere di un periodo di massimo trenta giorni in cui gli è consentito di assentarsi per motivi personali, con preventiva autorizzazione, e tale norma viene di norma (⁵⁸³) utilizzata anche al fine di consentire il godimento delle ferie.

L'utilizzo di tale disposizione potrebbe ingenerare però un problema applicativo: invero atteso che il trattamento delle assenze per malattia è regolamentato solo ove esse superino i quaranta giorni, ipotesi in cui si prevede la sospensione del periodo di formazione, è invalsa la prassi di computare i periodi di assenza per malattia brevi all'interno dei trenta giorni di cui all'art. 40, co. 4; ciò, tuttavia, contrasta con il principio di incompatibilità tra ferie e malattia (⁵⁸⁴). Qualora, in conclusione, si volesse garantire al medico specializzando un regime orario equivalente rispetto

⁵⁷⁹ BOSCATI, *È incostituzionale la legge regionale che per il personale sanitario deroga alle disposizioni statali in materia di orario di lavoro e di limiti all'assunzione a tempo determinato*, in *DRI*, 2017, p. 1175 ss.

⁵⁸⁰ Nota MIUR 24 febbraio 2016.

⁵⁸¹ DANIELE, *La natura del rapporto degli specializzandi in medicina e chirurgia*, in *RGS*, 1997, p. 1088, propone infatti, in relazione alle prestazioni eccedenti ai doveri degli allievi, di ricorrere ai principi dell'indebito arricchimento.

⁵⁸² RISI, *Il caso degli specializzandi in medicina*, cit., p. 124, ritiene che in assenza di una regolamentazione di legge, questa debba essere rimessa alle singole scuole.

⁵⁸³ *Sebbene non si sia rinvenuta alcuna disposizione regolamentare che lo preveda espressamente, questa risulta essere la prassi affermata nella generalità delle scuole di specializzazione.*

⁵⁸⁴ *Ex multis* Corte Cost. 30 dicembre 1987, n. 616, in *GI*, 1989, I, 229; Cass. 6 aprile 2006, n. 8016, in *LG*, 2006, 980.

a quello dei medici strutturati, dovrebbe essere fatto salvo il loro diritto di godere di quattro settimane di ferie annuali, indipendentemente dal numero di giorni di assenza per malattia effettuati nel corso dell'anno.

6. Inadempimento del medico specializzando e cause di esclusione dalla scuola di specializzazione.

È possibile che il percorso di specializzazione si interrompa prima del conseguimento del titolo per il sopravvenire di una delle cause previste dal d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368; esse sono espressamente definite, nell'art. 37, co. 5, come cause di risoluzione, tuttavia, dato che il contratto di formazione specialistica ha durata annuale, rinnovabile di anno in anno (⁵⁸⁵), sembra doversi interpretare la norma come attributiva non solo del potere di risolvere il medesimo ante tempus, e quindi nel corso dell'anno, ma anche della facoltà di non rinnovare il contratto per l'anno successivo. Anzi, a ben vedere una delle ipotesi, il mancato superamento delle prove stabilite per il corso di studi, condurrà presumibilmente proprio a tale conseguenza; le altre ipotesi, invece, risultano applicabili anche a situazioni intervenute nel corso dell'anno.

Esaminando singolarmente le rimanenti cause di risoluzione, è contemplata innanzitutto la rinuncia del medico specializzando, che risulta libera da ogni vincolo, senza necessità né che sia giustificata, né che sia accettata dall'Università, e l'ipotesi di incompatibilità, che si realizza ove lo specializzando violi il divieto di prestare attività libero-professionale all'esterno delle strutture in cui si effettua la formazione e di svolgere ogni rapporto convenzionale o precario con il servizio sanitario nazionale o enti e istituzioni pubbliche e private (⁵⁸⁶). V'è poi la causa costituita dalle «prolungate assenze ingiustificate ai programmi di formazione», che costituisce un'ipotesi aperta, nella quale il legislatore non ha ritenuto di fornire indicazioni quantitative precise, probabilmente rimettendole ai regolamenti delle singole scuole; invero non sembra potersi fare riferimento, interpretativamente, al limite di trenta giorni previsto dall'art. 40, co. 4, d.lgs. n. 17 agosto 1999, n. 368 giacché in tale norma vengono regolamentate le assenze giustificate. La scelta legislativa, tuttavia, da un lato apre a differenziazioni anche molto forti (⁵⁸⁷), e dall'altro, nei casi in cui non vi sia una previsione regolamentare espressa in merito al numero di giorni da considerare a tal fine, espone a inaccettabili margini di incertezza e discrezionalità.

Infine, è prevista la risoluzione per superamento del periodo di comporto (⁵⁸⁸), la durata del quale viene comunemente individuata in un anno, rifacendosi alla previsione dell'art. 40, co. 5, d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368, *sebbene* tale norma, in realtà, nulla dica in merito all'eventuale cessazione del rapporto.

In tutti questi casi l'operare della causa di risoluzione comporta che il rapporto cessi, con esclusione del m.s. dalla Scuola, previa dichiarazione di decadenza dalla qualità di studente della

⁵⁸⁵ Art. 37, co. 3, d.lgs. n. 368/1999.

⁵⁸⁶ Così il disposto dell'art. 40 d.lgs. n. 368/1999.

⁵⁸⁷ La forbice è allo stato attuale molto ampia e vede ai suoi estremi i sette giorni previsti dall'Università degli Studi di Milano da un lato, e dell'altro i trenta giorni previsti dell'Università Alma Mater Studiorum di Bologna; va detto, tuttavia, che le posizioni mediane risultano essere le più diffuse.

⁵⁸⁸ Anche in questo caso la terminologia utilizzata, tipica del rapporto di lavoro, rivela l'ambiguità natura del rapporto dei m.s.

Scuola⁽⁵⁸⁹⁾.

Quanto al momento di adozione del provvedimento, questo può essere adottato anche posteriormente al conseguimento del titolo, nell'ipotesi in cui la causa di risoluzione sia accertata solo successivamente ⁽⁵⁹⁰⁾, in quest'eventualità conseguirà anche l'obbligo del m.s. di restituire l'importo delle borse di studio indebitamente percepite; quando invece l'esistenza di una causa di risoluzione emerga nel corso dell'anno di norma il medico specializzando risulta destinatario di un provvedimento di esclusione dall'esame finale ⁽⁵⁹¹⁾.

Sebbene la norma menzioni solo un ristretto elenco di cause di risoluzione, si deve ritenere che essa non esaurisca le possibili ipotesi di cessazione del rapporto.

Anche in assenza di una previsione specifica, per esempio, si deve ritenere che la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica costituisca un'ulteriore causa di risoluzione, in quanto l'accertata inidoneità del medico specializzando renderebbe impossibile lo svolgimento delle attività formative dedotte nel contratto ⁽⁵⁹²⁾.

In secondo luogo, ci si può interrogare sulla rilevanza dei comportamenti del medico specializzando di grave inosservanza dei doveri imposti dalla struttura in cui opera, o comunque delle norme comuni di comportamento, ossia di ciò che in un rapporto di lavoro potrebbe costituire causa di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa. Se, invero, sembra potersi ammettere senza difficoltà che tali fatti, soprattutto quando costituiscano anche violazione dei doveri deontologici, possano essere oggetto di valutazione nell'ambito dei giudizi cui lo specializzando deve sottoporsi durante il percorso di studi, è opportuno verificare se essi possano rilevare autonomamente come motivo di cessazione del rapporto.

In altri contratti formativi, quali i tirocini e gli *stage*, l'inadempimento dello stagista/tirocinante viene infatti generalmente riconosciuto quale causa di risoluzione del contratto per inadempimento ⁽⁵⁹³⁾ o comunque di esclusione dal tirocinio ⁽⁵⁹⁴⁾. È il caso, però, di rimarcare la diversità delle fattispecie, che si evince in primo luogo dal fatto che il medico specializzando è qualificato, come visto, come studente e dalla differente obbligazione dedotta nel contratto. Su questa base sembra preferibile ritenere che la valutazione dell'eventuale inadempimento debba essere effettuata all'interno di una valutazione complessiva dell'attività svolta nel corso dell'anno, e così nell'ambito del giudizio annuale.

⁵⁸⁹ Provvedimento che avrà natura di decreto rettorale.

⁵⁹⁰ T.A.R. Palermo, 29 settembre 2017, n.2281, in *RDF*, 2018, 420.

⁵⁹¹ Il provvedimento viene emesso dal Consiglio della Scuola, come risulta anche dalla generalità dei regolamenti; sull'incompetenza del direttore generale cfr. T.A.R. Roma, 1° luglio 2005, n. 5426, in *FA*, 2005, 2454.

⁵⁹² Si veda, per esempio, il regolamento dell'Università degli studi di Padova che prevede in questo caso che il contratto sia risolto per impossibilità sopravvenuta. Sulla portata generale del rimedio, DE MOZZI, *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*, Padova, 2018, p. 251-252, che anche per questo lo ritiene applicabile ai contratti a tempo determinato, in assenza di specifica normativa.

⁵⁹³ Con riferimento agli *stage*, cfr. NICCOLAI, *Formazione professionale e formazione delle professioni*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro della «flessibilità» e dell'«occupazione»*, Padova, 2000, 466.

⁵⁹⁴ Così PASCUCCI, *Stage e lavoro: la disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Torino, 2008, 340; nell'ambito dei tirocini formativi, TIRABOSCHI, *Tirocini formativi: il quadro giuridico e le esperienze universitarie*, in *DRI*, 2001, 70, considera però come causa di esclusione la sola giusta causa, forse rifacendosi alla disciplina in tema di contratto a tempo determinato.

Ulteriore possibilità è quella *prevista in* alcuni regolamenti nei quali, in caso di gravi inadempienze del medico specializzando, viene attribuito agli organi dalla Scuola il potere di irrogare la sanzione disciplinare consistente nell'espulsione dalla scuola. In questo caso, quindi, l'inadempimento può essere sanzionato tramite l'esercizio del potere disciplinare facente capo all'Università. Anche la percorribilità di tale opzione non risulta tuttavia pacifica: il potere disciplinare esercitabile dalle istituzioni formative nei confronti degli studenti iscritti tende infatti a perseguire un'ottica rieducativa (⁵⁹⁵), come risulta dalle disposizioni in materia (⁵⁹⁶) che, proprio per questo motivo, non prevedono sanzioni di carattere definitivo, né si ravvisano ragioni per diversificare il trattamento degli iscritti alle scuole di specializzazione.

6.1. Rimedi e tutele contro l'illegittima esclusione.

Se si trascorre dalla dimensione fisiologica dell'esclusione dalla scuola di specializzazione a quella patologica, ci si può domandare quali siano i rimedi cui il m.s. potrebbe far ricorso a fronte di un provvedimento di esclusione o di mancato rinnovo del contratto per mancato superamento delle prove stabilite dal piano di studi ritenuto illegittimo.

Il d.lgs. n. 368/1999 non contiene specifiche indicazioni riguardo ai rimedi, che restano dunque affidati alla normativa generale. L'adeguata tutela delle posizioni giuridico-soggettive dei m.s. è affidata, in via amministrativa, al procedimento per ricorso gerarchico e, in via giudiziale, all'instaurazione di un processo dinnanzi al T.A.R. per l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, a meno che, divenuto questo definitivo (⁵⁹⁷), la parte non preferisca presentare ricorso straordinario al Presidente della Repubblica secondo le regole stabilite dagli artt. 8 ss. d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, valendosi di uno strumento di tutela che però risulta alternativo al ricorso giurisdizionale.

Limitandoci qui ai profili di maggior interesse, è possibile rilevare che, sul piano gerarchico, l'istanza diretta a ottenere il riesame del provvedimento andrà indirizzata al Rettore, quale organo universitario sovraordinato rispetto all'ufficio dell'ente universitario incaricato dell'applicazione della sanzione, e il procedimento amministrativo in autotutela, con il quale l'amministrazione universitaria riesamina internamente la legittimità o la legalità della propria azione, segue le regole previste dal d.p.r. n. 1199/1971.

Maggiori garanzie al soggetto leso risultano però apprestate sul piano giurisdizionale grazie alla posizione di terzietà e indipendenza riconosciuta alla magistratura a livello costituzionale (artt. 100, 103, co. 1 e 125, co. 2, Cost.). Fondamentalmente, il potere del giudice amministrativo di verificare la potenzialità lesiva dell'atto amministrativo rispetto alla posizione del m.s. nelle forme della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere (art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990, n. 241) trova proprio in quest'ultima forma di indagine la propria peculiarità. Il riesame della discrezionalità amministrativa pone al centro della scena i fatti e gli interessi, obiettivati nel provvedimento, effettivamente valutati dall'Amministrazione pubblica e il controllo esercitato

⁵⁹⁵ In tal senso NUNZIATA, *Considerazioni sulla responsabilità disciplinare degli studenti secondo lo statuto emanato con D.P.R. 24 giugno 1998, n. 249*, in RGS, 1999, 203 ss., seppur con specifico riferimento al potere sanzionatorio delle istituzioni scolastiche di secondo grado; i principi, tuttavia, risultano applicabili a tutte le istituzioni scolastiche e così anche alle Università.

⁵⁹⁶ Cfr. in particolare la normativa tuttora vigente di cui al r.d. 20 giugno 1935, n. 1071.

⁵⁹⁷ La definitività del provvedimento di espulsione si realizza dopo la decisione sul ricorso gerarchico o decorsi 90 giorni dalla proposizione del ricorso (silenzio rigetto *ex* art. 6 d.p.r. 1199/1971) senza che vi sia stata alcuna decisione. Acquisisce definitività anche il provvedimento non più impugnabile.

riguarda la congruenza degli effetti, più che la fattispecie.

Il T.A.R., più propriamente, può sindacare la discrezionalità tecnica impiegata dall'Ente universitario nell'effettuare la valutazione da cui conseguono il mancato superamento delle prove di esame – e dunque il mancato rinnovo del contratto – o l'espulsione. Trasponendo tale indagine sul piano pratico, e al di là di ogni considerazione in merito ai limiti di giustiziabilità dell'esercizio da parte della Pubblica Amministrazione di poteri riconducibili all'interpretazione di fatti complessi e caratterizzati da giudizi con inevitabili margini di opinabilità⁽⁵⁹⁸⁾, il sindacato giurisdizionale non dovrebbe limitarsi al mero controllo formale ed estrinseco del processo logico a fondamento della decisione e, dunque, della regolarità della procedura di valutazione, ma dovrebbe invece tendere ad accertare l'attendibilità della valutazione compiuta dall'Università sotto il profilo della correttezza – declinata, non diversamente da quanto avviene in materia di prove orali dei concorsi e degli esami⁽⁵⁹⁹⁾, nella manifesta irragionevolezza, adeguatezza, illogicità, contraddittorietà, proporzionalità, mancanza di motivazione o travisamento dei fatti – in merito al criterio adottato⁽⁶⁰⁰⁾. Il vaglio giurisprudenziale rinvia, quindi, alla necessità che il provvedimento amministrativo sia adeguatamente motivato, affinché possa essere poi sindacato per vizi logici, errore di fatto, travisamento dei presupposti ed erronea applicazione delle regole tecniche sottese al giudizio.

In questa direzione, peraltro, non può sottacersi la necessità di attenta cautela mediante la quale andrebbe posto in essere l'accertamento giudiziario. A meno che l'espulsione non derivi da fatti e circostanze concrete lesive di diritti soggettivi (ad es. comportamenti aggressivi nei confronti del corpo docente o dei colleghi), occorre considerare che le procedure di valutazione della preparazione dei m.s. attengono a giudizi irripetibili, subordinati all'*hic et nunc* del momento valutativo e, in ogni caso, alla mancanza di criteri tecnico-scientifici univoci e generalmente accettati idonei alla verifica della preparazione attitudinale e culturale dei medici in formazione specialistica. Per tale motivo deve respingersi l'idea che il giudice possa esercitare un sindacato sostitutivo, surrogando le proprie valutazioni a quelle amministrative e 'reintegrando' il medico specializzando nel corso di formazione specialistica con effetti retroattivi, sì da offrire al soggetto leso una misura pericolosamente vicina alla tutela c.d. reale che attualmente residua per i lavoratori subordinati dall'art. 18 Stat. lav. e dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (e chiaramente inapplicabile agli specializzandi in virtù del fatto che – come visto⁽⁶⁰¹⁾ – lo svolgimento delle attività previste dal corso di studi non è inquadrabile negli schemi dei rapporti di lavoro subordinato, ma

⁵⁹⁸ Tema che, evidentemente, per l'ampiezza e la profondità, non può essere in questa sede oggetto di indagine.

⁵⁹⁹ Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1427, in *Dejure*; Cons. Stato, sez. VI 20 febbraio 2014, n. 838, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6219, ivi; Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2009, n. 4659, ivi.

⁶⁰⁰ In questo senso, Cons. Stato sez. III, 11 febbraio 2013, n. 745, in *FA*, 2013, 384, nell'indagare la legittimità dell'espulsione dal corso di formazione specifica in medicina generale – poi ritenuta legittima – di due dottoresse che, in violazione del disposto dell'art. 11, d.m. salute 7 marzo 2006, avevano esercitato attività libero-professionale per lo svolgimento di attività di guardia medica in un carcere – per i quali avevano percepito, in aggiunta alla borsa di studio prevista dal Ministero della salute per la partecipazione al corso di formazione in medicina generale, un ulteriore compenso mensile per un'attività che comportava un impegno settimanale di 38 ore – ha provveduto a una valutazione nel merito della compatibilità dell'attività con la frequenza del corso di formazione, ritenendola assente – e quindi corretto l'*iter* logico seguito dall'Università – la compatibilità del nuovo rapporto con l'impegno a tempo pieno richiesto per la formazione specialistica, da cui deriva l'obbligo quotidiano di frequenza alle attività didattiche pratiche e teoriche.

⁶⁰¹ Cfr. par. 1.1.

attiene a un rapporto di studio strumentale alla verifica pratica degli insegnamenti impartiti nel corso del periodo di formazione specialistica⁽⁶⁰²⁾). Il giudice amministrativo non può, insomma, 'promuovere' lo specializzando, ma ha la facoltà di ordinare alla struttura universitaria di procedere a una nuova valutazione attraverso una ripetizione delle prove cosicché, a seguito del loro superamento, il m.s. possa essere riammesso nel corso di specializzazione con effetti *ex nunc* ai fini sia economici che giuridici.

Quanto al pregresso, la tutela giurisdizionale dell'interesse azionato resta affidata all'ordinario rimedio del risarcimento del danno causalmente riferito al provvedimento illegittimo: una «forma di tutela che soccorre a fronteggiare, per equivalente monetario, il pregiudizio eventualmente sofferto dal privato in ragione del tardivo conseguimento del bene della vita perseguito»⁽⁶⁰³⁾ e consente al m.s. illegittimamente escluso di sopperire alla perdita di *chances* derivanti dal venir meno della possibilità concreta di incrementare il proprio patrimonio professionale e dal rallentamento subito nel proprio *cursus* professionale – con conseguente perdita di ragionevoli aspettative di progressione lavorativa.

7. Profili previdenziali, fiscali e assicurativi.

L'inquadramento previdenziale risente della duplice anima dei medici in formazione specialistica, i quali risultano iscritti, in quanto medici appartenenti all'Ordine professionale, nella Quota A del Fondo di previdenza Generale Enpam e, in quanto percipienti di borsa di studio, nella Gestione separata dell'Inps.

Il duplice onere previdenziale cui sono soggetti i m.s. trova la propria origine nella l. 23 dicembre 2005, n. 266, la quale ha disposto (all'art. 1, co. 300, lett. c)) la modifica dell'art. 41, comma 2, e, nel rendere pienamente operativo il d.lgs. n. 368/1999⁽⁶⁰⁴⁾, ha esteso nei loro confronti l'applicazione dell'obbligo di iscrizione presso la Gestione separata dell'Inps (art. 2, co. 26, primo periodo, l. 8 agosto 1995, n. 335) e della relativa aliquota contributiva (art. 45, d.l. 30 settembre

⁶⁰² In tal senso l'unico precedente in materia: T.A.R. Bologna, sez. I, 29 giugno 2012, n. 462, cit., secondo cui la retrodatazione degli effetti della riammissione del ricorrente alla scuola di specializzazione, propria della reintegrazione nel posto di lavoro dopo un ingiusto licenziamento, si presenta incompatibile con le caratteristiche intrinseche dell'attività formativa. Il caso concerneva un m.s., il quale, sottoposto agli esami di profitto del secondo anno di corso della Scuola di specializzazione, si vedeva attribuire la votazione di 15/50 e il conseguente giudizio 'respinto', motivo per cui l'Ente universitario disponeva la cessazione del rapporto giuridico instaurato e ne dichiarava la decadenza dalla qualità di studente della Scuola. Lo specializzando, dopo aver invano proposto ricorso gerarchico, adiva in via cautelare il giudice amministrativo censurando, in particolare, l'omessa astensione del Presidente della Commissione esaminatrice, che a tanto sarebbe stato tenuto, ex art. 51, comma 1, n. 3), cod. proc. civ., per la grave inimicizia risultante dall'aver promosso, in qualità di Direttore della Scuola di specializzazione, un procedimento disciplinare a carico dello specializzando, indice di un'avversione personale sicuramente incompatibile con il sereno e imparziale esercizio delle relative funzioni; oltre a denunciare l'illegittimo espletamento della prova d'esame a porte chiuse e l'assenza di una motivazione della ritenuta insufficienza della prova, essendosi la Commissione limitata a indicare il punteggio finale. Il T.A.R., in sede cautelare, ordinava la ripetizione della prova d'esame con una Commissione esaminatrice di cui non facesse parte il Direttore della Scuola di specializzazione. La prova veniva effettivamente sostenuta e superata con la votazione di 40/50, con conseguente riammissione nella Scuola di specializzazione con effetti dalla data del superamento della prova e con relativa perdita degli emolumenti – oltre che della formazione – che sarebbero altrimenti spettati *medio tempore*. Da qui il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale, perché, con motivi aggiunti, il m.s. si doleva della mancata retrodatazione degli effetti del provvedimento di riammissione.

⁶⁰³ T.A.R. Bologna, sez. I, 29 giugno 2012, n. 462, cit.

⁶⁰⁴ Che, come detto in par. 1, è entrato in vigore solo a partire dall'a.a. 2006-2007, sicché la modifica non ha generato problemi di diritto transitorio.

2003, n. 269, conv. con mod. in l. 24 novembre 2003, n. 326) ⁽⁶⁰⁵⁾. La ragione di tale disposizione normativa va ricercata, con tutta probabilità, nell'intenzione di assicurare anche ai m.s. un'assicurazione per invalidità e vecchiaia assimilandoli ai soggetti che esercitano professioni abituali, ancorché non esclusive, di lavoro autonomo, nonché ai titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, più che a soggetti assegnatari di borse di studio, invero espressamente esclusi da tale iscrizione.

Tale impostazione, tuttavia, risulta assai distonica sul piano sistematico rispetto alla disciplina prevista per gli altri professionisti, i quali, iscritti ad albo professionale e tutelati da specifica cassa previdenziale, non sono soggetti all'obbligo di iscrizione nella Gestione separata dell'Inps, la cui platea di destinatari è, dunque, di estensione residuale ⁽⁶⁰⁶⁾. L'ingiustificata disparità di trattamento deriva dal fatto che, nonostante in via generale l'art. 6 del d.m. 2 maggio 1996, n. 281, emanato in virtù della delega contenuta nell'art. 2, co. 30, l. n. 335/1995, escluda dalla contribuzione alla gestione separata «i redditi già assoggettati ad altro titolo a contribuzione previdenziale obbligatoria» e l'art. 18, co. 12, l. 6 luglio 2011, n. 98, specifichi, con norma di interpretazione autentica del comma 26 dell'art. 2 l. n. 335/1995, che i soggetti tenuti all'iscrizione presso la Gestione separata sono esclusivamente coloro «che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali, ovvero attività non soggette al versamento contributivo» a enti previdenziali di diritto privato, sugli emolumenti percepiti nel periodo di formazione specialistica i m.s. sono tenuti al pagamento dei contributi previdenziali in favore dell'Enpam per espressa previsione dell'art. 21 d.lgs. del Capo Provvisorio dello Stato 13 settembre 1946, n. 233, rat. con l. 17 aprile 1956, n. 561, e dell'art. 1, comma 3, d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, oltre che dell'art. 5, co. 1, dello stesso Statuto dell'Enpam, essendo invero automaticamente discendente dall'iscrizione all'Albo professionale l'insorgere dell'obbligo contributivo a favore del Fondo di Previdenza Generale.

Il doppio assoggettamento finisce, insomma, per generare per i m.s. spezzoni assicurativi di dubbia utilità, solo parzialmente compensati dal fatto che ai m.s. iscritti all'Enpam sia comunque riconosciuto il versamento dei contributi in favore dell'Inps con aliquota ridotta ⁽⁶⁰⁷⁾: alcune ricerche hanno invero dimostrato la scarsa convenienza economica e la modesta utilità dei versamenti all'Inps e hanno invitato il legislatore a rimeditare la soluzione normativa escogitata considerando che i versamenti alla Quota B dell'Enpam garantirebbero agli specializzandi una pensione più alta del 45% oppure settemila euro di contributi in meno da pagare ⁽⁶⁰⁸⁾.

Nelle more che siano la Corte Costituzionale o il legislatore a intervenire, alcuni istituti sopperiscono alla frammentazione del flusso contributivo degli specializzandi e favoriscono, invece, la portabilità della posizione assicurativa maturata dal medico nel corso del periodo di formazione specialistica: due gratuite, totalizzazione e cumulo, e una onerosa, la ricongiunzione.

⁶⁰⁵ Per le implicazioni pratiche derivanti dalla disposizione, v. Inps, circolare 28 febbraio 2007, n. 37.

⁶⁰⁶ Si vedano infatti le indicazioni contenute nella circolare Inps 9 marzo 2018, n. 45.

⁶⁰⁷ Cfr. Inps, messaggio 19 dicembre 2008, n. 28284; Inps, messaggio 24 febbraio 2009, n. 4317, i quali hanno dapprima sospeso e poi annullato le disposizioni contenute nell'art. 1 della circolare 1 ottobre 2008, n. 88.

⁶⁰⁸ FANTINI, *Specializzazioni, perché converrebbe passare all'Enpam*, 18 luglio 2018, in www.enpam.it; TESTUZZA, *I frutti (magri) della Gestione separata Inps*, 18 luglio 2018, *ivi*.

Grazie alla totalizzazione, attualmente disciplinata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, il medico può chiedere che la posizione previdenziale accantonata presso la Gestione separata dell'Inps (ex art. 1, co. 1, secondo periodo) possa essere sommata, «in virtù di una *fictio iuris*», ai periodi di iscrizione presso diverse gestioni al fine di percepire da ciascun ente previdenziale, «in base al criterio del *pro-rata*, una quota della prestazione proporzionata al periodo di iscrizione, calcolata applicando le norme in vigore per l'ente medesimo»⁶⁰⁹. Attraverso la totalizzazione delle frazioni contributive accantonate nelle diverse gestioni, insomma, il medico può ottenere un'anzianità contributiva unica valida per conseguire il diritto a pensione, di vecchiaia, di anzianità o anticipata. Le posizioni previdenziali non vengono trasferite fisicamente, come nella ricongiunzione, ma si opera un mero collegamento fra le posizioni assicurative, che ne consente il cumulo ai fini del perfezionamento dei requisiti richiesti per il conseguimento della pensione, la quale verrà poi determinata *pro quota* dalle gestioni interessate in rapporto ai rispettivi periodi di iscrizione maturati (art. 4).

La circostanza che la totalizzazione comporti, generalmente e salva l'ipotesi in cui il requisito contributivo maturato nella gestione pensionistica sia uguale o superiore a quello minimo richiesto per il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, la liquidazione del trattamento pensionistico esclusivamente con le regole del sistema contributivo spiega, peraltro, perché l'operazione sia gratuita. L'istituto, infatti, agisce nel senso di generare un nesso tra gestioni previdenziali, derivanti dal cambiamento di lavoro – e, pertanto, di destinazione della contribuzione –, senza garantire al richiedente altro vantaggio che l'attuazione della garanzia costituzionale del diritto alla pensione previsto dall'art. 38, co. 2, Cost.⁶¹⁰.

Oltre alla totalizzazione, grazie all'estensione della facoltà di cumulo dei periodi assicurativi non coincidenti di cui alla l. 24 dicembre 2012, n. 228, compiuta con decorrenza dal 1° gennaio 2017 anche nei confronti degli iscritti agli Enti di previdenza privati di cui al d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e al d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103 (art. 1, co. 195 l. 11 dicembre 2016, n. 232), i medici in formazione specialistica possono beneficiare all'atto della maturazione dei requisiti per il diritto autonomo al trattamento pensionistico presso una delle gestioni di cui all'art. 1, co. 239, l. n. 228/2012⁶¹¹ del cumulo dei periodi di contribuzione presso la Gestione separata dell'Inps a condizione che non risultino già titolari di pensione diretta a carico di una delle predette gestioni. L'istituto, essenzialmente gratuito, consente in altri termini ai medici con versamenti pregressi alla Gestione Separata di utilizzare i contributi versati presso l'Inps per accedere alla pensione di vecchiaia o anticipata senza che venga modificato il metodo di calcolo del trattamento pensionistico da parte degli enti previdenziali coinvolti e senza che vengano traslati i contributi fra le diverse gestioni, non diversamente da quanto accade per la totalizzazione, ma con il vantaggio di

⁶⁰⁹ Secondo la definizione di Corte Cost. 5 marzo 1999, n. 61, in *GI*, 1999, 12, che ha riconosciuto il generale diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi quale imprescindibile meccanismo di attuazione della garanzia costituzionale del diritto alla pensione sancito dall'art. 38, comma 2, Cost. e ha trovato concretizzazione nel 2006 (d.lgs. n. 46/2006).

⁶¹⁰ Cfr. Corte Cost. 26 giugno 2000, n. 244, in *GC*, 2000, 1840; Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 198, *ivi*, 2002, 1584; Corte Cost. 30 ottobre 2003, n. 325, *ivi*, 2003, 5; Corte Cost. 20 gennaio 2012, n. 8, *ivi*, 2012, 65.

⁶¹¹ O, più precisamente, laddove «il soggetto interessato abbia i requisiti anagrafici previsti dal comma 6 dell'articolo 24 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e il requisito contributivo di cui al comma 7 del medesimo articolo 24, ovvero, indipendentemente dal possesso dei requisiti anagrafici, abbia maturato l'anzianità contributiva prevista dal comma 10 del medesimo articolo 24», adeguata agli incrementi della speranza di vita (art. 1, co. 239, l. 24 dicembre 2012, n. 228, mod. dall'art. 1, co. 195, l. 11 dicembre 2016, n. 232). Ai sensi del medesimo articolo, il cumulo opera anche per la liquidazione dei trattamenti per inabilità e ai superstiti di assicurato deceduto.

poter beneficiare di un maggiore trattamento pensionistico, che infatti viene determinato sulla base delle regole di calcolo previste da ciascuna gestione in funzione della contribuzione o della retribuzione di riferimento (co. 245-246).

Il trasferimento di contribuzione avviene, invece, nella ricongiunzione, prevista in via generale per i lavoratori dipendenti e per gli autonomi iscritti all'Inps dalla l. 7 febbraio 1979, n. 29, e, per i liberi professionisti, dalla l. 5 marzo 1990, n. 45, a seconda delle scelte che verrà a compiere il medico nel corso del suo percorso professionale. Il meccanismo comporta la creazione di una nuova posizione previdenziale derivante dall'unificazione dei periodi di contribuzione presenti fra diversi enti previdenziali, con conseguente variazione, all'esito, dei metodi di calcolo del trattamento pensionistico finale, più favorevoli rispetto al metodo contributivo che verrebbe invece applicato in caso di totalizzazione.

C'è comunque da dire che, almeno inizialmente, l'Inps negava il riconoscimento della facoltà di ricongiungere i contributi versati nella Gestione separata nella gestione in cui l'interessato risultava iscritto in qualità di libero professionista o dipendente, laddove il trattamento pensionistico del richiedente dovesse essere calcolato secondo il solo sistema contributivo, dovendo invece operare i diversi istituti del cumulo e della totalizzazione, previsti proprio in favore dei soggetti cui si applichi integralmente il metodo contributivo (cfr. artt. 1, co. 39, l. 8 agosto 1995, n. 335; art. 1, d.lgs. 30 aprile 1997, n. 184). La tesi trovava il proprio fondamento nella pretesa disomogeneità del metodo di calcolo tra gestione di provenienza e gestione di destinazione e un presunto addentellato nello stesso art. 1, co. 1, l. n. 45/1990, che, secondo l'Inps, avrebbe ammesso la ricongiunzione solo in entrata nelle gestioni Inps della contribuzione accreditata presso le casse per i liberi professionisti.

L'argomentazione proposta, tuttavia, appare fondata su basi fragili, scontrandosi con la formulazione letterale dell'art. 1, co. 2, l. n. 45/1990, il quale riconosce chiaramente la facoltà per il professionista di ricongiungere i contributi nella gestione in cui l'interessato risulta iscritto in qualità di libero professionista al momento della pensione senza limitazioni e indipendentemente dalla omogeneità o meno delle contribuzioni versate nelle rispettive gestioni, quella di provenienza e quella di destinazione. Ed è infatti proprio attraverso tale leva che la tesi dell'Inps è stata respinta dalla giurisprudenza⁶¹², la quale – non senza un richiamo a un precedente della Corte Costituzionale non del tutto conferente⁶¹³ – riconosce nel citato co. 2 i principi di libertà e bidirezionalità della ricongiunzione.

L'unico vero ostacolo alla ricongiunzione dei periodi assicurativi è dunque un altro, di carattere economico, e consiste nello svantaggio che l'operazione si presenta così onerosa da renderla scarsamente conveniente, atteso che è subordinata al versamento di un importo pari, per i liberi professionisti, alla riserva matematica corrispondente ai contributi ricongiunti (art. 2, l. n. 45/1990) e, per i lavoratori dipendenti e per gli autonomi iscritti all'Inps, al cinquanta per cento della somma risultante dalla differenza tra la riserva matematica necessaria per la copertura assicurativa relativa al periodo utile considerato e le somme versate dalla gestione.

⁶¹² Cass. 15 ottobre 2019, n. 26039, in *LG*, 2020, 135.

⁶¹³ Il richiamo è invero alla pronuncia Corte Cost., n. 61/2001, cit., che nel riconoscere il generale diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi non ha invece fornito alcuna interpretazione dell'art. 1, co. 2, l. n. 45/1990, che rifletta l'assenza di limiti alla facoltà di avvalersi dell'istituto della ricongiunzione.

Transitando dal piano previdenziale a quello fiscale, la remunerazione corrisposta ai m.s. è esente dall'imposta locale sui redditi e da quella sul reddito delle persone fisiche, ai sensi dell'art. 4, l. 13 agosto 1984, n. 476, richiamato dall'art. 41, d.lgs. 368/1999.

In considerazione del fatto che il m.s., nell'esercizio della sua attività, può arrecare, per errore, danni ai pazienti e dei conseguenti pregiudizi di carattere economico, di immagine e organizzativi che potrebbero derivare da eventuali comportamenti negligenti, imprudenti o privi dell'adeguata perizia tanto sul piano personale (⁶¹⁴), l'art. 41 d.lgs. n. 368/1999 stabilisce poi l'obbligo per l'azienda sanitaria presso la quale il medico in formazione specialistica svolge l'attività formativa di provvedere, con oneri a proprio carico, alla copertura assicurativa per i rischi professionali e la responsabilità civile verso terzi derivanti da attività assistenziali svolte nell'ambito del programma formativo. L'estensione della garanzia assicurativa viene rimessa alle singole strutture ospedaliere, con il solo limite di non poter essere dissimile da quella garantita al personale strutturato. Solitamente l'assicurazione professionale copre tutte le attività assistenziali svolte presso le strutture dell'azienda ospedaliera, nonché quelle svolte in strutture esterne ove il m.s. è chiamato a prestare il proprio servizio dall'ente ospedaliero.

Il contesto ambientale al cui interno si colloca l'attività di concreta formazione del m.s. è peraltro considerato dalla legge come elemento caratterizzante dell'imposizione dell'obbligo di assicurare lo specializzando non solo sotto il profilo attivo, per i rischi causati, ma anche sotto il profilo passivo, ovvero per i danni subiti. Ed infatti, per quanto concerne la tutela assicurativa contro il rischio di infortuni, l'art. 41 d.lgs. n. 368/1999 è esplicito nel prevedere l'obbligatorietà dell'assicurazione Inail in favore dei m.s. e – nonostante l'apparente anomalia della situazione, derivante dalla circostanza che le aziende ospedaliere non hanno alcun rapporto diretto con i m.s., ma li ospitano attraverso apposite convenzioni – nell'individuare il destinatario nella struttura ove lo specializzando compie attività assistenziale e non nell'Università, che, invece, eroga il trattamento economico e versa i contributi alla Gestione separata dell'Inps. Viene dunque introdotta una forma di tutela non dissimile da quella prevista, più che per i lavoratori subordinati, per gli allievi dei corsi, anche aziendali, di istruzione professionale o per gli alunni delle scuole o di istituti di istruzione di qualsiasi ordine e grado, anche privati, che attendano a esperienze tecnico-scientifiche o a esercitazioni pratiche, oppure che svolgano esercitazioni di lavoro ex art. 4, co. 5, d.p.r. 30 giugno 1965, n. 1124 (T.U. infortuni sul lavoro e malattie professionali), laddove svolgano le relative attività rischiose (art. 1, n. 28, T.U.) (⁶¹⁵).

Poiché inoltre, ai sensi dell'art. 37 d.lgs. n. 368/1999, il corso di specializzazione si articola in attività didattiche formali e in attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze professionali inerenti al titolo di specialista e, dunque, la formazione teorica è strutturalmente integrata con una concreta esperienza di lavoro comprendente la partecipazione alle attività mediche presso la struttura sanitaria cui il medico è assegnato – attività che consentono allo

⁶¹⁴ I quali, peraltro, rispondono anche per danno erariale laddove, in violazione degli obblighi di servizio, e dunque con colpa grave, ancorché siano tenuti ad assistere i m.s. nelle attività, deleghino integralmente a questi l'esecuzione del trattamento, senza che peraltro sia ritenuto rilevante che il danno occorso ai pazienti rappresenti un evento ineluttabile anche in caso di presenza del *tutor* (C. Conti 9 marzo 2016, n. 58, in *RDF*, 2016, 931).

⁶¹⁵ Cass. 13 gennaio 2021, n. 443, in *Dejure*.

specializzando di essere ammesso a sostenere la prova finale – i rischi specifici assicurati coinvolgono tanto l'uso di videoterminali o di altre apparecchiature elettriche derivanti dallo svolgimento di attività didattica, quanto la stessa attività clinica e assistenziale ⁽⁶¹⁶⁾. In ogni caso, gli standard di tutela assicurati ai m.s. non sono inferiori a quelli assicurati al personale strutturato e, dunque, ricomprendono anche l'infortunio *in itinere*.

⁶¹⁶ Inail, circolare 26 luglio 2007.

Un diritto del lavoro “tridimensionale”: valori e tecniche di fronte ai mutamenti dei luoghi di lavoro*

Bruno Caruso- Loredana Zappalà

“Labour markets are important not just because they allow people to earn enough to put food on their tables. People’s jobs are perhaps the biggest single constituent of their identity.

They shape their politics.”

Callum Williams

“A bright future for the world of work”

The Economist April 2021

PARTE I (I Valori)	153
1. Il diritto del lavoro nelle temperie della storia e davanti al cambiamento: l’analisi.	153
2. Cambiamenti dei luoghi di lavoro e riflessi sull’unità della regolazione: tre possibili scenari.	156
3. Cambiamenti degli scenari e “destino” del diritto del lavoro.	161
4. Il diritto del lavoro davanti al cambiamento. Punti di forza e limiti della concezione tradizionale.	162
5. Una possibile trappola epistemica.	166
6. Come sfuggire alla trappola epistemica: la centralità della persona come costante valoriale del diritto del lavoro al di là della differenziazione degli scenari.	166
PARTE II (Le tecniche)	169
1. Tecniche di regolazione e tecniche di tutela tra storia, metamorfosi, testo e contesto.	169
2. Tendenze comuni ai tre scenari: l’ascesa dei principi trasversali e delle tutele universali dentro e oltre la fattispecie.	171
2.1 Seconda tendenza comune: l’estensione e/o ibridazione legale delle tutele nelle ipotesi di “smarginatura” della fattispecie.	180
2.2 Terza tendenza comune: il “rimedialismo”.	182

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 439/2021

3. Inderogabilità adattiva, clausole generali e regolazione differenziata: per un rinnovato (e rafforzato) ruolo dell'autonomia collettiva. 184
4. Conclusioni. Eclissi o tridimensionalità del diritto del lavoro? Lo statuto protettivo della persona nei luoghi di lavoro multipli, reali e virtuali. 190

PARTE I (I Valori)

1. Il diritto del lavoro nelle temperie della storia e davanti al cambiamento: l'analisi.

La storia del diritto del lavoro è notoriamente breve. Nel lasso di tempo del suo dispiegarsi, il secolo breve e poco più appunto, i giuslavoristi hanno convissuto con una sorta di moto perpetuo di cambiamento della disciplina generato dalla sua intima connessione con il suo substrato materiale: il lavoro umano⁶¹⁷. Chi studia tali fenomeni con altri strumenti di indagine, ci dice che le trasformazioni, dopo il 2008, hanno assunto accelerazioni che, in prospettiva diacronica, potranno sembrare addirittura parossistiche per la velocità e l'ampiezza che le caratterizza. Il mondo è cambiato quattro volte in rapida sequenza negli ultimi vent'anni. Con l'11 settembre, con la rivoluzione tecnologica digitale intensificatasi esponenzialmente nel primo decennio del nuovo secolo⁶¹⁸, con la crisi finanziaria (2008) e la connessa crisi dei debiti sovrani (2011), e oggi con la pandemia. La crisi pandemica, e i suoi effetti, hanno accelerato i cambiamenti in atto, inducendo atteggiamenti opposti, millenaristi o di rimozione, che comunque impongono anche ai giuslavoristi, per la propria parte, di interrogare il futuro⁶¹⁹. E per una disciplina in cui si è rischiato un eccesso di "presentismo" e di "policiticismo", per cui anche i fatti di ieri o di domani sono stati guardati con gli occhi di oggi, interrogarsi sul futuro, staccando la spina dal presente, non può che avere concreti effetti di straniamento dall'attualità e disincantamento ideologico, con positivi riscontri sia con riguardo al metodo di analisi, sia agli stimoli culturali: i contributi in questo volume ne sono una evidente dimostrazione.

Il punto da cui partire è certamente una storica, inusuale complessità tecnologica, organizzativa, relazionale e culturale dei luoghi di lavoro, storicamente inedita in estensione e in profondità⁶²⁰; la transitoria (si spera) crisi pandemica finisce addirittura per intricare, per addizione, la realtà, innestandovi inusuali conflitti e scelte tragiche tra tutela della salute, del lavoro e ragioni dell'economia. Si tratta di scelte, drammatiche nella contingenza, ma anche nella dimensione prospettica; esse generano cortocircuiti filosofici, giuridici e valoriali di portata tale da mettere sotto tensione la tecnica compromissoria per eccellenza, utilizzata ampiamente nel diritto del lavoro: il bilanciamento e il principio di proporzionalità. Sono evidenti le ricadute su una disciplina che, nel suo *imprinting* originario, si è fondata su un sistema di *checks and balances*, concettuali e regolativi, proprio per conciliare interessi divergenti.

⁶¹⁷ La riflessione sul lavoro e la sua trasformazione nella letteratura non giuridica è stata sempre ampia, ma si è intensificata negli ultimi tempi: si v. i saggi in E. Mingione (a cura di), *Lavoro: la Grande trasformazione*, Feltrinelli, Milano, 2020; E. Mingione, E. Pugliese, *Il lavoro*, Carocci, Roma, 2020; D. De Masi, *Lavoro 2025*, Marsilio, Venezia, 2017; i saggi in A. Gramolati, G. Mari, *Il lavoro dopo il novecento. Da produttori ad attori sociali*, FUP, Firenze, 2016. Per una riflessione su tecnica e lavoro di oggi, guardando a Max Weber, v. il contributo di M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, Adelphi, Milano, 2020, ed. digitale.

⁶¹⁸ La letteratura sull'impatto delle nuove tecnologie sul lavoro umano e sull'accelerazione del suo ritmo è ormai sterminata; si rinviagli studi, molto dibattuti, di Brynjolfsson, A. McAfee, *La nuova rivoluzione delle macchine*, Feltrinelli, Milano, 2015. Degli stessi autori, *Machine Platform Crowd*, Northon & Company, 2018, ed. digitale. Si v. pure R. Baldwin, *Rivoluzione Globotica*, Il Mulino, 2019.

⁶¹⁹ B. Caruso, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *QG*, 2020, 2; nonché B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, 20 maggio 2020, su <http://csdle.lex.unict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu---Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>.

⁶²⁰ Nel secolo scorso il giurista del lavoro che in anticipo si è interrogato sul rapporto tra tecnica e diritto è stato G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1986, p. 75 ss.; A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *RGL*, 2017, p. 195 ss.

Si assiste, dunque, a cambiamenti vorticosamente accelerati per necessità, per altro prodottisi in spazi temporali compressi; l'esperienza più emblematica, quasi simbolica, è quella del lavoro agile che da fenomeno nicchia si è trasformato, in poche settimane, in lavoro a distanza generalizzato, in larga misura reso permanente e fisiologico (nella formula ibridizzata) ben oltre l'emergenza; il che potrebbe pure innescare cambiamenti dello stile di vita ad ampio raggio, con riflessi sulla morfologia e la stessa geografia del lavoro oltre che sugli assetti urbani⁶²¹. Lo *smart working*, come si è avuto modo di sostenere⁶²², è probabilmente il lascito più significativo e durevole della pandemia con ricadute oltre la crisi, anche con riguardo a possibili modifiche della legislazione pre-esistente⁶²³. Le sue dimensioni e gli effetti di resilienza che si sono generati hanno avuto un impatto sulla realtà del lavoro, sulla tenuta del modello normativo vigente che fa ancora perno sul contratto individuale (la legge 81 del 2017) e sulla predisposizione alla innovazione regolativa delle parti sociali.

Secondo la citata indagine del *The Economist*⁶²⁴, il lavoro a distanza generalizzato sta già producendo effetti di ibridazione permanente non solo dei luoghi di lavoro ma anche del senso del lavoro, aumentando, da un lato, la sua qualità in termini di coinvolgimento, trasparenza e identificazione con l'impresa dei lavoratori cognitivi e *professionals*; e pure una diversa considerazione del lavoro "degli altri", e della sua dimensione relazionale, da parte dei *manager* (con un cambiamento dei modelli di leadership). Ma allo stesso tempo sta approfondendo la frattura con gli addetti agli "spazi pubblici" e alle funzioni non remotizzabili (i c.d. *key, essential, frontline workers*) che, risparmiati quanto a tassi occupazionali dalla rivoluzione digitale più di quanto si è portati comunemente a pensare⁶²⁵, sembrano debbano essere inclusi tra i principali perdenti della pandemia, malgrado l'enfasi pubblica della rivalutazione del loro ruolo societale⁶²⁶. Un po' ovunque, comunque, l'ibridazione spazio-temporale del luogo di lavoro (in bilico tra presenza fisica e distanza ubiqua) sta sollecitando una nuova stagione di riforme della legislazione del lavoro all'insegna dell'innovazione e della sperimentazione⁶²⁷.

⁶²¹ Il dibattito è in corso non solo tra gli addetti ai lavori, ma anche nella stampa generalista e non solo economica, con articoli e *survey* praticamente quotidiani. Una recente analisi che tende a ridimensionare l'impatto del nuovo lavoro a distanza sull'organizzazione sociale complessiva, pur non sottovalutandone la novità e con una prognosi comunque di assestamento stabile su numeri imprevedibili senza la pandemia, la si ritrova nello *special report* dell'*Economist*, del 10 aprile 2021, *The future of work. A bright future for the world of work*; in particolare, *The rise of working from home*: «The shift to a hybrid world of work means that some fanciful predictions from early in the pandemic will not come to pass. "Remote-only" companies will remain a small minority. Firms will continue to "onboard" new staff in the old-fashioned way—they can do it in an office, rather than by video-link—while junior staff will still have an opportunity to skulk by the lifts in hopes of grabbing five minutes with the chief executive. Cities will not empty. Firms will not swap their full-time staff for freelancers, which might be tempting if the workforce were wholly remote».

⁶²² B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?* in *RIDL*, 2020, p. 215 ss.; nonché B. Caruso, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica*, cit., p. 107 ss.

⁶²³ Due commissioni per lo studio e l'analisi del lavoro agile sono state già insediate in Italia; una riguarda la p.a.: l'Osservatorio nazionale del lavoro agile con compito di studio dell'avanzamento dei Pola, insediata dal Ministro Dadone con decreto del 20 novembre del 2020. La seconda di esperti, soprattutto giuslavoristi, insediata dal Ministro del lavoro Orlando per elaborare proposte di modifica legislativa. Interessanti le proposte abbozzate da Pietro Ichino, *Smart working, eredità positiva ma rischi nel settore pubblico*, il Sole 24 ore, del 22 marzo 2021. Gli interventi sul lavoro agile non possono prescindere dalle diverse funzioni tipologiche che esso ha assunto, innovativo, conciliativo e di mero lavoro a distanza, si rinvia a B. Caruso, *Tra lasciti e rovine della pandemia*, cit., p. 215 ss.; nonché, B. Caruso, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica*, cit., p. 107 ss.

⁶²⁴ *Supra* nt. 5.

⁶²⁵ Si veda sempre nell'indagine sul futuro del lavoro dell'*Economist*, *Automation Robots threaten jobs less than farmongers claim*.

⁶²⁶ Si v. dall'*Economist*, *The future of work*, cit. *The biggest losers from covid -19*.

⁶²⁷ Le modifiche alle normative sul lavoro a distanza in paesi diversi dall'Italia nell'articolo citato alla nota 5.

Fuori dal perimetro del nuovo lavoro a distanza, la legislazione Covid-19 ha assunto caratteri non particolarmente innovativi con riguardo al lavoro; si tratta di profili di regolazione più contingentemente legati all'emergenza occupazionale.

In Europa, al contrario che negli Usa, sono prevalsi, come mostrano alcune indagini⁶²⁸, gli schemi di protezione e conservazione dei posti di lavoro con ricorso anche in deroga a istituti già esistenti (la Cig in Italia, o il *Kurzarbeits* in Germania), piuttosto che a meccanismi di tutela economica (i c.d. *furlough*) per la perdita di lavoro, con promozione della mobilità intersettoriale e della riallocazione occupazionale⁶²⁹. In Italia la scelta è stata, in tal senso, di accentuare il tradizionale dualismo del mercato del lavoro: da un lato, tornando a incentivare, anche se momentaneamente, il contratto a termine, in controtendenza rispetto al decreto dignità; dall'altro, congelando il più a lungo possibile il lavoro stabile con l'estensione temporale dell'intervento della Cig Covid-19 e soprattutto con il perdurare del blocco dei licenziamenti per ragioni economiche.

In questo senso, in Italia, molte delle modifiche normative portano più un segno di "legislazione di emergenza pandemica transeunte", al di là del loro obiettivo protrarsi coincidente con gli effetti della pandemia. Si tratta di fibrillazioni momentanee dell'assetto normativo pre-pandemico, anche se alcune modifiche (quelle sul blocco del licenziamento in particolare) lasciano, prospetticamente, degustare essenze di garantismo rigido e dirigismo statale, di cui si inebriano i mai sopiti cultori e i numerosi nostalgici: il divieto assoluto di licenziare per ragioni economiche come primo passo di una rinnovata NEP in salsa italiana, anche se un po' fuori tempo massimo.

Le summenzionate complessità indotte dai cambiamenti e dall'intensificarsi dei cicli di crisi strutturali innescano e interagiscono con problemi di più ampio respiro: per esempio il rinnovato ruolo degli stati nell'economia e nella catena di creazione e di reimpiego del valore prodotto⁶³⁰. Ma anche la messa in soffitta, da parte delle istituzioni europee, certamente in questa fase, delle ricette e delle politiche monetarie e di *austerità*⁶³¹; tali cambiamenti segnano pure la crisi della "globalizzazione senza se e senza ma" (l'iperglobalizzazione e il turbocapitalismo)⁶³² e delle ideologie neoliberali di sostegno, rimettendo in pista il recupero di un protezionismo di volta in volta definito altruista, pro *labour*, democratico e non sovranista⁶³³; con quel che, comunque, segue – a prescindere da un tale recupero – in termini di accorciamento o ridefinizione delle catene di produzione in ambito locale regionale e quel che significa in chiave di recupero delle identità e delle radici culturali legate al *nomos* della terra. Inoltre, il tema – provvisoriamente retrocesso

⁶²⁸ Sempre dall'*Economist*, cit., *Labour markets are working, but also changing*.

⁶²⁹ Tra i tanti interventi sul tema apparsi nella stampa specializzata e non, di particolare interesse, per i dati forniti e la concretezza dell'analisi sui possibili flussi intersettoriali, è l'intervista Cetti Galante, Ceo di GiGroup, apparsa su *Economy* del 1 aprile 2021, *Il lavoro può ripartire con il travaso di risorse*. Si v. pure T. Boeri, *Come creare nuovo lavoro*, *la Repubblica*, 7 aprile 2021. Un'opportuna disarticolazione delle proposte con riguardo ai casi di chiusura irreversibile e di difficoltà temporanea in M. Bentivogli, P. Ichino, L. Valente, *Come proteggere il lavoro*, *la Repubblica* del 9 marzo 2021.

⁶³⁰ Una riflessione attuale sulla teoria del valore in M. Mazzucato, *Il valore di tutto*, Laterza, Bari, 2018, ed. digitale.

⁶³¹ Si rinvia, per ampi ragguagli sulle politiche monetarie e di austerità, al volume a cura di C. Caruso, M. Morvillo (a cura di), *Il governo dei numeri*, Il Mulino, Bologna, 2020.

⁶³² La critica più credibile è quella di D. Rodrik, *Dirla tutta sul mercato globale*, Einaudi, Torino, 2019, ed. digitale.

⁶³³ Si rinvia al bel quaderno della rivista DLM a cura di U. Gargiulo, M. Ranieri, *Protezionismo e diritto del lavoro, spunti di riflessione*, 2020, in particolare all'introduzione dei due curatori, *Protezionismo e diritto del lavoro: un dibattito lungo un anno*, e ai saggi di apertura di O. Bonardi, *Pillole di protezionismo*, e di M. Pallini, *Verso una nuova funzione "protezionistica" del diritto del lavoro?*, Editoriale scientifica, 2020.

nelle urgenze dell'agenda politica degli stati nazionali e delle istituzioni europee – della gestione dell'immigrazione; e, infine, la questione che sembra sussumerle tutte, dello sviluppo sostenibile e dei tre suoi pilastri: sociale, economico e ambientale⁶³⁴.

Sono tutte questioni che un grande giuslavorista, rapito dal Covid, qual era Luigi Mariucci, ci ha indotto a guardare per le evidenti connessioni con il mutamento del paradigma della disciplina; egli ci ha, comunque, ammonito, proprio con la sottigliezza dei ragionamenti e la finezza d'analisi che gli era propria, che tali collegamenti non devono essere meccanicamente collegabili ai micro cambiamenti normativi della legislazione del lavoro, soprattutto quelli attuali legati all'emergenza⁶³⁵. I cambiamenti del "grande mondo" vanno certo osservati anche dalla piccola finestra della nostra disciplina, ma senza indebite e corrive sovrapposizioni, né appiattimenti di prospettive.

2. Cambiamenti dei luoghi di lavoro e riflessi sull'unità della regolazione: tre possibili scenari.

Per quel che riguarda il diritto del lavoro, il modo migliore per evitare voli pindarici, pur non trascurando l'esigenza di uno "sguardo alto", è di rimanere legati alla realtà dei luoghi di lavoro, il *workplace*. Nell'approccio pragmatico anglo americano, esso assume un connotato a-ideologico, di invito a misurarsi con i cambiamenti reali e non immaginari, di confrontarsi in concreto sul come, dove e perché si lavora e sulle relative regole di ingaggio.

Sotto questo profilo è intanto buona pratica seguire la migliore scienza sociologica⁶³⁶ che da tempo studia e soppesa le trasformazioni dei luoghi di lavoro tradizionali; ciò consente di rendersi conto che esse sono, come si diceva, di inusuale portata.

Ci sono almeno tre macro scenari, che segnano certamente una cesura con l'organizzazione taylor-fordista; il confronto con essi induce a riflettere sulla opportunità di ri-declinare i valori e di adattare le tecniche di regolazione: il che implica la necessità, per i giuslavoristi, di incominciare a pensare per differenziazioni e relativi adattamenti, ibridazioni, estensioni, diluizioni, anziché per regolazioni e categorie rigide, compatte e uniformi come avveniva, invece, nel secolo breve⁶³⁷.

Se si guarda alla realtà del *workplace* attraverso il *driver* del cambiamento più significativo, la

⁶³⁴ Sul tema del diritto del lavoro sostenibile V. Cagnin, *Diritto del lavoro sostenibile*, Cedam, Padova, 2018; nonché B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit.

⁶³⁵ L. Mariucci, *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *LD*, 2021, p. 19 ss.; nonché dello stesso autore *Giuslavorismo e sindacati nell'epoca del tramonto del neoliberalismo*, in B. Caruso, R. del Punta, T. Treu, *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 211 ss.

⁶³⁶ Oltre a F. Butera, *Organizzazione e società*, Marsilio, Venezia, 2020, su cui si rinvia a B. Caruso, *Leggendo Organizzazione e società di Federico Butera "con gli occhiali" del giurista del lavoro*, in *RIDL*, 2021, di prossima pubblicazione, si v. gli autori citati nel volume di Butera nt. 14 di p. 374. Con riguardo al settore del commercio, si rinvia alla ricerca di G.G. Cerruti, *Lavorare al tempo del cliente nel post fordismo*, Franco Angeli, Milano, 2010; sull'*automotive*, M. Bentivogli, D. Pirrone, *Fabbrica futuro*, Egea, Milano, 2019, con particolare riferimento a quello che era l'universo FCA, oggi Stellantis; sempre sull'*automotive*, ma con uno sguardo al distretto tedesco emiliano renano, con riferimento alla partecipazione istituzionale informale in Lamborghini-Audi, la ricerca antropologica di F. D'Aloiso, *Partecipare all'impresa globale*, Franco Angeli, Milano, 2021. In generale, la ricerca di D. Marini, *Fuori classe*, Il Mulino, Bologna, 2018.

⁶³⁷ Sulla ibridazione e sull'elasticizzazione dei modelli organizzativi del lavoro per effetto delle nuove tecnologie, ampiamente F. Rullani, E. Rullani, *Dentro la rivoluzione digitale* Giappichelli, Torino, 2018, p. 187 ss. Tutto ciò si riflette sulla fattispecie identitaria del diritto del lavoro, il lavoro subordinato, molto difesa dal giuslavorismo *mainstream*, ma indubbiamente sottoposta a tensioni, si v. da ultimo A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2021.

tecnologia (ma si potrebbero usare anche altre chiavi di lettura), ci si avvede subito come allo stesso fattore/motore di cambiamento corrispondano effetti plurimi e differenziati. Si potrebbe, a tale proposito, parlare più ancora che di ambivalenze, addirittura di “dicotomie interconnesse”⁶³⁸: intendendo con tale concetto proprio la realtà di fenomeni sociali di segno a volte opposto riconducibili allo stesso fattore causale⁶³⁹.

Tali scenari possono considerarsi anche tre modelli proto-topici, con l'avvertenza della inevitabile porosità dei confini, delle inevitabili ibridazioni e certamente del fatto che nessuno di essi gioca, ancora, quella funzione di egemonia sociale e culturale che fu invece, nel secolo scorso almeno fino alla fine degli anni settanta, della fabbrica meccanizzata del modello fordista.

1) Alla rivoluzione tecnologica digitale è da ricondurre l'ormai ampiamente descritto fenomeno di industria 4.0. che, in effetti, anche culturalmente, potrebbe o dovrebbe fungere da una sorta di modello magnete, attrattivo degli altri, per le ricadute anche socialmente positive che produce. Esso notoriamente non costituisce solo un modulo tecnologico e produttivo, ma anche un modello sociale e organizzativo; certamente uno dei vettori, sul piano dell'organizzazione del lavoro, dell'“impresa integrale”, ampiamente analizzata da Federico Butera⁶⁴⁰. Industria 4.0 costituisce, pure, una sorta di esito dell'economia cognitiva e della fabbrica dell'immateriale, che si basa sulle risorse, sempre più affluenti, dell'intelligenza cognitiva giuste le analisi di Enzo Rullani⁶⁴¹. Non per ultimo, su un piano politico e di filosofia manageriale, il modello di impresa presupposto da industria 4.0 si staglia sullo sfondo delle proposte dello *stakeholder capitalism* descritto da Klaus Schwab⁶⁴². Per non parlare del fatto che industria 4.0 richiama pure quella concezione del lavoro, nella sua massima esplicitazione di potenza tecnico-scientifica, al centro dell'esperienza postmoderna che ne ridefinisce le dinamiche di *empowerment*, (il *geistige Arbeit*, il lavoro dello spirito), di cui ci dice Massimo Cacciari⁶⁴³.

Si tratta, in tal caso, di luoghi di lavoro che presuppongono modelli organizzativi e gestionali

⁶³⁸ L'ambivalenza degli effetti sul lavoro dell'innovazione tecnologica è ampiamente rilevata in F. Rulliani, E. Rulliani, *Dentro la rivoluzione digitale*, cit. p. 188 ss. Alla dicotomia interconnessa sembrano fare riferimento pure A. Aloisi, V. De Stefano *Il tuo capo è un algoritmo: Contro il lavoro disumano*, Laterza, Bari, 2020, ed. digitale, laddove si afferma «È su questo campo, in effetti, che si gioca il terzo tempo di una partita mai davvero conclusa, quella “tra i fautori del carattere emancipatorio dei nuovi modelli organizzativi e gli assertori del carattere ancora più oppressivo e reificante dei medesimi”», p. 68.

⁶³⁹ Di “fabbrica senza confini” e di rivoluzione digitale come fenomeno tendenziale ed egemone aveva già parlato, con intuito preveggen- te, K. Stone, nel decennio scorso, *From Widgets to Digits*, CUP, Cambridge, 2004, ma da allora si è andati ben oltre.

⁶⁴⁰ *Supra* nt. 20; così definita da Butera: «L'impresa integrale (è) un concetto privo di connotazioni moralistiche, ma costituente una forma di organizzazione reale caratterizzata dalla peculiarità dei suoi fini (con un equilibrio virtuoso tra fini economici e sociali) e dei suoi sistemi di regolazione (con un grande rilievo dei sistemi professionali e della cultura). Un modello di impresa in cui l'eccellenza economica viene ottenuta non malgrado ma in virtù dell'eccellenza sociale, in particolare della qualità della vita dei lavoratori e della preservazione dell'economia e delle società tradizionali dei territori». Più in dettaglio per le ricadute lavoristiche della concezione dell'impresa integrale, si rinvia a B. Caruso, *Leggendo Organizzazione e società di Federico Butera*, cit.

⁶⁴¹ Oltre al volume prima citato, v. E. Rullani, *La fabbrica dell'immateriale*, Carocci, Roma, 2004.

⁶⁴² K. Schwab, “Davos Manifesto 2020”, “World Economic Forum”, December 2019, *The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution*, <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/>; K. Schwab, P. Wanham, *Stakeholder Capitalism*, Wiley, ed. Kindle, 2021. Si v. pur A. Illy, K. Schwab, *Un forum per dare vita a un «nuovo rinascimento»*, la Repubblica 25 luglio 2020. Su un versante più di finanza etica, si v. sir R. Cohen, *Impact. Reshaping Capitalism to Drive Real Change*, Ebury Press (Penguin), London, 2020; M. Porter e M. Kramer, *Creating shared value*, Harvard Business Review, January-February, 2011, p. 83 ss.

⁶⁴³ M. Cacciari, *Il lavoro dello spirito*, cit. Sul libro di Cacciari la bella intervista dell'autore per LLC Interviews Series a cura di A. Perulli, su <https://www.youtube.com/watch?v=Vobmk9oj6iQ>.

reingegnerizzati a misura della persona e dello sviluppo della sua intelligenza e creatività, messi a servizio della produttività prima ancora della produzione, con una amplificazione dello spettro dei fini e della *mission* dell'impresa, che va ben oltre il "pensiero unico" del dividendo a breve degli azionisti: lo *shareholder capitalism* del modello angloamericano. In tali contesti, si realizza una virtuosa interazione e una dinamica di accompagnamento reciproco, tra persona, lavoro e tecnologia e il luogo di lavoro si caratterizza come "rete di ruoli"⁶⁴⁴; la produzione materiale, ma anche e sempre più immateriale, emerge dalla collaborazione attiva uomo/macchina con l'obiettivo della innovazione e del miglioramento continuo sia del prodotto (anche socialmente, ambientalmente, culturalmente e non solo consumisticamente orientato), sia del contesto produttivo (il benessere organizzativo in senso lato e le sperimentazioni di welfare aziendale di ultima generazione)⁶⁴⁵; la fabbrica diventa un laboratorio di sperimentazione tecnica e sociale entro cui opera una rete di comunità professionali e di team, comprensivi dei *manager*, in relazione cooperativa e non oppositiva anche con riguardo agli interessi⁶⁴⁶. La tecnica, in questo caso, non appare estranea, incombente e nemica, ma prometeicamente dominabile dall'intelligenza collettiva. Il risultato sul piano delle relazioni di lavoro è certamente una rimessa in discussione del modello gerarchico dell'integrazione verticale, non solo di quello tradizionale fordista – espressione prototipica di dominio e di relazione *master/servant* nel rapporto di lavoro⁶⁴⁷ – e pure coesiana, ma anche di quello attenuato in senso collaborativo e partecipativo del primo cambiamento post fordista (il Tojotismo, la specializzazione flessibile e il *just in time*).

In questo primo scenario, i mutamenti morfologici del lavoro, nella prospettiva dei giuslavoristi, finiscono per "irritare" il paradigma sinzheimeriano⁶⁴⁸ (ma anche quello neo repubblicano della inevitabilità del dominio nei rapporti di impresa) basato sul conflitto dicotomico di interessi e sull'ineguaglianza di potere nel contratto e nel rapporto, a cui si è fatto e si continua a fare riferimento.

Proprio perché è la tecnica che facilita cambiamenti partecipativi e cogestivi dell'impresa, e di collaborazione nella stessa organizzazione del lavoro e della produzione, si impone, sulla base di fatti e non solo di idee, una rivisitazione di senso del lavoro e una riqualificazione in senso collaborativo della struttura stessa del contratto di lavoro, della causa e del suo oggetto (vere e proprie dinamiche di *non dominio* nella filosofia politica neo repubblicana)⁶⁴⁹. In tale scenario, non si

⁶⁴⁴ Anche l'ultimo contratto metalmeccanico incomincia a far intravedere delle novità in tal senso, con riguardo al sistema degli inquadramenti professionali, ma già antesignano il contratto TLC del 2020.

⁶⁴⁵ Si v. F. Malzani, *La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e nella contrattazione decentrata*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 313/2016.

⁶⁴⁶ F. Rullani, E. Rullani, *Dentro la rivoluzione*, cit., p. 189, secondo i quali «il lavoro comincia a svolgersi in rete, e mobilita l'intelligenza autorganizzatrice del lavoratore, si deve incominciare a pensare il lavoro in modo diverso da quando abbiamo fatto finora, sulla scia dei modelli ereditati dal fordismo. Occorre, infatti, sostituire ad un approccio contrattuale al tema del "lavoro", un impianto reticolare».

⁶⁴⁷ Per una analisi filosofica diacronica del rapporto tra dominio e tecnica si rinvia al volume di R. Bodei, *Dominio e sottomissione*, Il Mulino, Bologna, 2019.

⁶⁴⁸ Si v. però la rilettura "personalistica" recente del periodo dell'esilio olandese del giurista di Francoforte di L. Noggler, *Percorso di lettura sulla svolta antropologica di Hugo Sinzheimer*, in *DLRI*, 2016, p. 773 ss.

⁶⁴⁹ Per un ripensamento dell'elemento della collaborazione nella subordinazione, oltre a B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., si v. B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo industria 4.0*, in *DLRI*, 2018, p. 81 ss.

paaventano peraltro strategie di de-mutualizzazione del lavoro e di individualizzazione dei rapporti: anzi, per certi versi il senso, e l'orizzonte, di comunità (e di comunanza di interessi) si rafforza; solo che esso si propone in maniera olistica e non più parziale: l'impresa integrale che esprime gli interessi di tutti gli *stakeholders*, e quindi non solo l'interesse collettivo riferito al solo lavoro subordinato e alle sue rappresentanze; una concretizzazione possibile e un'attualizzazione, se si vuole, dell'utopia olivettiana⁶⁵⁰.

2) Il secondo scenario riguarda luoghi di lavoro altrettanto attraversati dalla tecnica e dal cambiamento tecnologico e pur sempre caratterizzati dalla rilevanza della tradizionale dimensione spazio/temporale (con concentrazione fisica e orari rigidi): i servizi di E-Commerce e di logistica⁶⁵¹ organizzati e gestiti dall'algoritmo. Il parametro simbolico di riferimento è il super colosso Amazon e i suoi enormi siti (ma si pensi pure alla concentrazione di lavoro nelle fabbriche cinesi di produzione dello i-phone di Apple, la Foxconn di Longhua). Qui sembra riemergere quasi a sorpresa – almeno in Italia e in Europa, meno negli USA⁶⁵² – il conflitto tradizionale con le sue dinamiche classiche, neo-fordiste in senso antico verrebbe da dire; qui la rivendicazione organizzata di minore sfruttamento e di minore fatica (riduzione di orario, pause, più salario, diritto alla salute contro il rischio di contagio: la regolazione in funzione di attenuazione degli effetti del dominio, ma che non lo mette in discussione) si accompagna alla manifestazione dell'azione conflittuale più tradizionale, lo sciopero, e alla rivendicazione di diritti di rappresentanza sindacale classica: quasi una riedizione del protagonismo dei “*blu-collars blues*”. Qui – in spazi fisici sempre più estesi, allocati in territori le cui rappresentanze istituzionali si contendono siti generatori “di buona e stabile occupazione” – torna a concentrarsi il lavoro umano, intensamente erogato e scientificamente organizzato, e da tali luoghi si irradiano, su scala globale, i nuovi servizi dell'E-commerce. Il tutto organizzato attraverso le nuove tecnologie digitali e mediante l'intervento di “nuovi capi” in grado di operare un controllo pervasivo: gli algoritmi e i *data base*. In tal caso, si potrebbe assistere al riaffermarsi di modelli sindacali e di relazioni industriali che nelle aspettative, per ora deluse, della neo sinistra americana potrebbero ricordare, secondo un bellissimo

⁶⁵⁰ B. Caruso, *Welfare e impresa comunità oggi. Ripensando Adriano Olivetti*, relazione al seminario del 8 aprile 2021, organizzato nell'ambito del dottorato di ricerca in Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania; v. pure F. Butera, *Adriano Olivetti ed il concetto di “Impresa Integrale”*, <https://www.attivismo.info/adriano-olivetti/>, marzo 2020.

⁶⁵¹ S. Bologna, S. Curi, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *DLRI*, 2019, p. 125 ss.

⁶⁵² Il primo sciopero europeo, riuscito in Italia, dei lavoratori di Amazon il 22 marzo del 2021, ha avuto ampia copertura nella stampa quotidiana. Si v. C. Palazzo, *Perché lo sciopero contro Amazon; Ritmi folli e zero pause*, la Repubblica del 21 marzo 2021; M. Corbi, *Amazon in sciopero. La nuova lotta di classe*, la Stampa del 23 marzo 2021. Poco dopo, il 9 aprile, si registrava, invece, quasi a sorpresa per il clima favorevole che si era creato, la sconfitta elettorale del sindacato americano nel sito Amazon dell'Alabama sul cui esito positivo, sia la sinistra americana, sia il sindacato avevano puntato molto; la vittoria del sindacato in Alabama (per il riconoscimento del ruolo di agente negoziale unico) avrebbe costituito un importante segnale di svolta delle sorti del sindacato americano; soprattutto in un luogo simbolo dell'industria digitale come Amazon (il cui CEO è allo stesso tempo forte sostenitore della presidenza Biden e propugnatore di politiche di esclusione e di scavalcamento del sindacato: il salario minimo è molto più alto in Amazon dei limiti legali). Nonostante gli appoggi della intelligenza liberal americana e della stessa presidenza Biden, il risultato è stato un secco no dei lavoratori, in larga maggioranza di colore, alla presenza sindacale. Interessante l'analisi di questa vicenda che va oltre il caso in sé, perché ha aperto una riflessione sul sindacato nell'era digitale e in particolare sul sindacato negli USA nell'era Biden. Tra i tanti articoli, si segnalano i commenti a caldo di C. Saraceno, *Il codice Amazon*, la Repubblica dell'11 aprile 2021; D. Ranieri, *I lavoratori di Amazon in Alabama respingono il sindacato, la visione liberal nell'America di Biden vede corto ancora una volta*, Il Foglio, del 10 aprile 2021; M. Gaggi, *Il sindacato nell'era digitale: cosa cambia la vittoria di Amazon*, Corriere della sera, 11 aprile 2021. E poi le più distese analisi di P. Peduzzi, *Referto sulla sconfitta sindacale*, Il Foglio del 23 aprile 2021 e di N. Scheiber, *Battuta d'arresto per i lavoratori di Amazon*, Internazionale del 16 aprile 2021.

reportage apparso su Internazionale⁶⁵³, la *Rust Belt* di General Motors, trasferitasi in Alabama piuttosto, che l'ambiente di lavoro, asettico e paludato, degli ingegneri della *Silicon Valley* e dei suoi colossi⁶⁵⁴.

3) Il terzo scenario, pur sempre riferibile alla rivoluzione tecnologica digitale e ai relativi effetti sociali, è costituito dalla realtà dei luoghi di lavoro dispersi e virtuali e del tempo dilatato. Si tratta della realtà – a volte narrata e descritta in tinte realistiche neo-dickensiane – del capitalismo delle piattaforme, come nel (*riders*) Candido di Guido Maria Brera o nel magistrale *Sorry we missed you* di Ken Loach⁶⁵⁵. È quel che è stato definito il “lato oscuro del digitale” con la sua capacità di *disruption*⁶⁵⁶.

Si tratta del *workplace*, forse il più emblematico, e il più avversato, in cui rileverebbe un rilevante regresso dei mondi vitali: ci si riferisce alla *gig economy*, al lavoro alla spina e al capitalismo delle piattaforme che lo produrrebbe, oggetto di rapidi pamphlet e (quasi) giornalistiche stigmatizzazioni, ma anche di analisi accurate da parte di istituti di ricerca internazionali.

In tal caso, si è di fronte, per definizione, a un “non luogo” di lavoro, in bilico tra la durezza materiale della strada – con il relativo, a volte insicuro, mezzo di locomozione nel caso dei *riders*, se non dei *drivers* –, l'uso dell'oggetto simbolo della rivoluzione digitale di massa, lo *smart phone*, divenuto pure strumento di lavoro per eccellenza, e la virtualità del web; quest'ultima in grado anche di pretendere di trasformare un frammento prestazionale – gestito con il mouse o altrimenti, e intermediato dalla piattaforma digitale – nella interezza di un (micro, occasionale, esauritivo ma pur sempre seriale) rapporto di lavoro⁶⁵⁷. Qui l'innovazione tecnologica – con il suo carico di disintermediazione, individualismo e autonomia, da un lato – e la (peggiore) tradizione di sfruttamento (addirittura il caporalato), dall'altro, si intrecciano in un viluppo tale da suggerire, almeno in Italia, persino la supplenza delle procure e la scorciatoia della “penalizzazione” (nel senso della agglutinazione nel diritto penale) diffusa del diritto del lavoro⁶⁵⁸. Il che è criticabile non in sé, ma in quanto segnale di una tendenza a sostituire il diritto repressivo ai più sofisticati adattamenti regolativi, anche di tipo premiale, consentiti dalla legge anche tramite il rinvio alla autonomia collettiva o ad altre fonti di regolamentazione *soft* e di tipo volontario⁶⁵⁹. Con riguardo all'Italia, sono, infatti, gli spazi che la legislazione apre, con uno specifico rinvio all'autonomia collettiva, che consentirebbero di contemperare genuine istanze di autonomia, di adattamento e differenziazione regolativa rispetto al lavoro subordinato standard, con il rispetto comunque dei diritti basilici e fondamentali.

⁶⁵³ *La battaglia che può cambiare Amazon*, Internazionale, 26 marzo 2021.

⁶⁵⁴ Il riferimento è al GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) sulle cui dinamiche di impresa e logiche di potere si rinvia a F. Foer, *I nuovi poteri forti*, Longanesi, Milano, 2017.

⁶⁵⁵ Si v. l'intervista al regista sulla Stampa del 8 aprile 2021, *La sinistra ha fallito, appoggi la nuova lotta di classe*.

⁶⁵⁶ F. Rullani, E. Rullani, *Dentro la rivoluzione digitale*, cit. p. XV.

⁶⁵⁷ C. Crouch, *Se il lavoro si fa gig*, Il Mulino, Bologna, 2019; A. Aloisi, V. Di Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo*, cit.; J. Gautié, K. Jaehrling, C. Perez, *Neo-Taylorism in the Digital Age: Workplace Transformations in French and German Retail Warehouses*, in *RI*, 2020, 74, 4, p. 774 ss.

⁶⁵⁸ L'espressione di S. Tordini Cagli, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione e istanze populiste*, in *LD*, 2017, p. 613 ss.

⁶⁵⁹ D. McCann, J. Fudge, *A Strategic Approach to Regulating Unacceptable Forms of Work*, in *JLS*, 2019, 46, 2, p. 271 ss.

3. Cambiamenti degli scenari e “destino” del diritto del lavoro.

I riferimenti, in via esemplificativa, a tre diversi ma paradigmatici luoghi di lavoro che la rivoluzione tecnologica consegna alla contemporaneità e alle riflessioni del giuslavorista (il luogo dell'intelligenza del lavoro, della prestazione tradizionale riconsiderata e del lavoro “alla spina”), ci dicono della sopravvenuta impossibilità di una visione regolativa monista e olistica del diritto del lavoro.

Non ci sarebbe nulla di traumatico nel prendere atto di questa novità se non fosse che la tradizione del diritto del lavoro ha sempre coltivato una corrispondenza armoniosa tra modelli regolativi, concetti, tecniche e valori fondanti: tra norma inderogabile, interesse collettivo, contropotere sindacale e i valori della solidarietà e dell'eguaglianza, i giuristi del lavoro hanno sempre individuato una corrispondenza biunivoca.

Orbene, la rilevata differenziazione del lavoro e dei suoi luoghi, con il carico di ambivalenze e/o dicotomie interconnesse che genera, contribuisce certamente a rompere questa relazione armonica e simmetrica, introducendo dissonanze e possibili variazioni sul tema: come negare che la differenziazione possa veicolare, almeno con riguardo al primo scenario, non al margine e neppure in opposizione ai valori di eguaglianza e di solidarietà e alle relative narrazioni, legittime istanze di libertà e autonomia, protagonismo soggettivo e di riconoscimento di capacità personali? Come trascurare vocazioni partecipative e di coinvolgimento non conflittuale, collegate non a una strategia di contropotere, ma a una esperienza di lavoro, ancorché transitoria, ma pur sempre momento importante di *vita activa* (arendtianamente dell'*homo faber* costruttore di opere e non dell'*animal laborans* che vive per lavorare), certamente lontana anni luce non solo dalla coscienza di classe, ma anche da dinamiche identitarie collettive⁶⁶⁰? Inclinazioni magari finalizzate ad aumentare, consapevolmente, la produttività del lavoro, l'efficienza e l'efficacia dell'ente (impresa o amministrazione) di appartenenza, contribuendo alla realizzazione dei suoi fini. In sintesi a riproporre il concetto di impresa come formazione sociale e la dimensione dell'impresa-comunità.

È possibile evitare che a tale diversa, e più secolarizzata, visione dell'esperienza del lavoro, e dei suoi luoghi, debba conseguire un sincretismo evanescente o una irenica e tranquillizzante cornucopia dei valori, alla fine un inevitabile relativismo e debolezza di visione del diritto del lavoro?

Per abbozzare una risposta al cumulo di domande che non voglia essere di taglio assertivo o prescrittivo, è opportuno partire dalla rilevata differenziazione degli scenari e, in particolare, dal primo che sembra il più innovativo e fertile in termini ricostruttivi. È evidente che la scelta del primo anziché dello scenario della *gig economy* prelude a una evidenziazione a tinte meno fosche rispetto a quella della casualizzazione del lavoro che dal web, a macchia d'olio, si allargherebbe

⁶⁶⁰ Una riconsiderazione del lavoro attivo nel contratto con il riferimento alla dimensione dell'*homo faber* in A. Supiot, *Homo Faber: continuità e rotture*, in E. Mingione (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, cit. p. 7 ss. Approdo diverso, quello del “post sociale” di A. Touraine, *Noi soggetti umani*, il Saggiatore, Milano, 2017 e la sua teorizzazione del superamento dei diritti di classe in un universalismo dei diritti umani, invero un po' indistinto, p. 131 ss., che rende poco concreta la sua prospettiva. Una critica alla “banalizzazione” dei diritti umani in A. Pepe, *Alcune riflessioni su Marx*, in *QRS*, 2019, p. 199 ss.

all'intero costruito sociale⁶⁶¹. Ma è pure vero che al diritto del lavoro della tutela e della protezione difensiva, si può oggi incominciare a giustapporre, altrettanto legittimamente, un diritto del lavoro appagante e della conoscenza, costruito a misura della persona, senza che ciò debba essere relegato soltanto all'esperienza di pochi fortunati⁶⁶².

Nella fabbrica intelligente e partecipata, o nella impresa organizzata in rete attraverso il *coworking*, ha modo certamente di esplicitarsi, più che in altri contesti, la soggettivazione regolativa⁶⁶³: vale a dire, il pieno ed effettivo dispiegarsi dell'autonomia individuale che passa anche attraverso una riconsiderazione relazionale del contratto di lavoro, della valorizzazione della sua incompletezza e della accentuazione del versante collaborativo della sua causa; ciò nella misura in cui si realizzano ottimali condizioni di contesto, anche in termini di reti di sicurezza rafforzate, che consentano l'effettiva esplicazione di dinamiche di genuina libertà e autonomia individuale. Strumenti normativi e contrattuali di ultima generazione, innovativi sia nei contenuti sia nelle procedure, ma anche unilaterali scelte di *policy* manageriale e di *governance* aziendale ispirati alla partecipazione e alla valorizzazione del coinvolgimento creativo e del *wellbeing*. Va, peraltro, ribadito che tale scenario, per quel che implica in chiave di modelli partecipativi e focalizzati su metodi di gestione "sostenibili" delle risorse umane che vi si sperimentano, potrebbe fungere da magnete per imprese di manifattura e servizi più convenzionali, meno attraversate cioè dall'innovazione tecnologica di processo e di prodotto; e ciò potrebbe riguardare, secondo accreditate ricerche sociologiche, anche le pubbliche amministrazioni, tradizionali roccaforti, almeno in Italia, di modelli di organizzazione proto fordisti.

4. Il diritto del lavoro davanti al cambiamento. Punti di forza e limiti della concezione tradizionale.

I tre scenari considerati, presentano, dunque, morfologie differenziate di luoghi di lavoro. Prenderne atto implica una riconsiderazione della concezione olistica della disciplina. Il bisogno di tutela, di difesa e protezione nel secondo (della prestazione tradizionale riconsiderata) e ancor più nel terzo scenario (del lavoro "alla spina"), continuano certamente a valere inalterati, anche se è probabile che le tecniche tradizionali debbano essere adattate e rinnovate per tener conto dei mutamenti innescati dalle nuove tecnologie. E tuttavia appare, certamente, più complicato, rispetto al passato, veicolare, attraverso le tradizionali strategie rivendicative e regolative, i valori dell'uguaglianza e della solidarietà in contesti in cui la differenziazione e la atomizzazione degli interessi sono un effetto strutturale del cambiamento del luogo di lavoro.

Rimane, comunque, il fatto che, soprattutto nel terzo scenario, la rivendicazione per i diritti e per la cittadinanza sociale, tradizionalmente marshalliana⁶⁶⁴, continua a essere al centro della strategia regolativa del diritto del lavoro e di welfare, nella misura in cui, come sostiene Dani Rodrik, essa passa attraverso una strategia di protezione rinnovata, che punti sulla creazione di "buoni lavori" nel settore produttivo centrale dell'economia, più attraversato dal cambiamento tecnologico⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Che sembra la prospettiva dei giuslavoristi affascinati o atterriti dall'algorithm: si v. A. Aloisi, V. Di Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo*, cit.

⁶⁶² Si v. la più volte citata indagine dell'*Economist*, *A bright future for the world of work*, cit.

⁶⁶³ A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 65/2018; B. Caruso, R. Del Punta, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 2016, p. 645 ss.

⁶⁶⁴ T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Bari, ristampa 2020.

⁶⁶⁵ D. Rodrik, *Dirla tutta sul mercato globale*, cit.

Nel primo scenario, invece, (il luogo dell'intelligenza del lavoro) anche se i bisogni tradizionali di protezione non scompaiono, certamente si affacciano nuove domande più articolate e afflenti, difficilmente canalizzabili attraverso il diritto del lavoro e il suo universo concettuale e valoriale tradizionale.

Questa presa d'atto induce a una, necessariamente rapida, riflessione retrospettiva che funge da premessa di una possibile rivisitazione del paradigma valoriale e delle tecniche regolative tradizionali che appiano da sole insufficienti a riflettere la diversificazione degli scenari.

Tale insufficienza si trasforma in inadeguatezza se si ha riguardo soprattutto allo scenario che sembra più promettente in chiave innovativa, vale dire lo scenario dell'impresa integrale.

È notorio che il diritto del lavoro nasce come diritto mirato, attraverso la norma inderogabile, a bilanciare lo squilibrio del contratto individuale. Nella variante di diritto sindacale, la tutela della persona, pur sempre presente nel repensiero dei giuristi, viene veicolata da un diritto di classe o dei gruppi. Ciò si registra anche nella variante giugniana pluralistico-ordinamentale e del conflitto come generatore di sviluppo orientato alla redistribuzione solidaristica e all'eguaglianza; onde il contropotere sindacale nella visione della scuola di relazioni industriali di Oxford e nella costruzione storico-normativa di promozione di tale potere propria dello Statuto dei lavoratori. Il concetto di interesse collettivo funge da archetipo e da asse portante della costruzione teorica e da veicolo diretto dei valori di solidarietà e uguaglianza dei diritti. Ciò sia qualora inteso quale sintesi sostanziale, *ex ante*, di interessi individuali, realizzata dall'azione sindacale di sciopero e di negoziazione collettiva; sia se inteso quale sintesi procedurale, *ex post*, nella misura in cui si azionino, nell'organizzazione oltre che nell'associazione, regole procedurali di democrazia e partecipazione dei lavoratori e non solo degli iscritti al sindacato; con una evoluzione che ne registra – aggiornando e non negando il concetto – i primi segnali di crisi dell'interesse collettivo e con uno sguardo realistico ai cambiamenti dei luoghi di lavoro fordisti e ai fenomeni di frammentazione degli interessi⁶⁶⁶.

Nella concezione tradizionale, tuttavia, l'interesse collettivo, come sintesi e vettore dei valori di eguaglianza e solidarietà, non solo oscura gli interessi individuali e le persone in carne e ossa (l'essere contrapposto all'avere di cui parlava Massimo D'Antona); ma la persona, nella dimensione sinallagmatica del contratto e al di fuori della dimensione collettiva, si considera tanto più tutelata quanto più, nello scambio contrattuale, se ne riduce la cessione di energie, anche intellettive, e si accresce la controprestazione retributiva. Onde la scheletrizzazione del contratto di lavoro (con riduzione all'osso del suo oggetto) e la considerazione della retribuzione come variabile indipendente dalla stessa produttività del lavoro e dagli utili di impresa, come orizzonte e programma di tutela attraverso il contratto. Persino l'arricchimento della causa del contratto attraverso l'elemento formativo finiva, in tale visione, per essere considerato un elemento spurio rispetto allo schema tradizionale⁶⁶⁷. Nella misura in cui la formazione avrebbe arricchito lo

⁶⁶⁶ Sulla concezione procedurale dell'interesse collettivo, come risultato di procedure di partecipazione dei rappresentati, alla formazione della volontà sindacale, B. Caruso, *Rappresentanza sindacale consenso*, Franco Angeli, Milano, 1992. Nello stesso senso si v. pure R. Del Punta, *Individuale e collettivo: una coppia da ripensare?* in *LD*, 2008, p. 305 ss.

⁶⁶⁷ Nella concezione di M. Napoli, *Commento sub art. 35 comma 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 19 ss.

scambio introducendo una risorsa gestibile “in comune” dal lavoratore e dall’impresa, per ciò stesso ciò si sarebbe rotto lo schema oppositivo e scambista del contratto di lavoro tradizionalmente inteso⁶⁶⁸.

In tale visione tradizionale del contratto di lavoro, la dimensione del dominio viene considerata ineliminabile e inalterabile; intrinseca cioè al contratto stesso. Il programma di tutela, si autoconfina – concettualmente prima ancora che nella prassi – in un recinto difensivo. Onde al contratto di lavoro, integrato dalle fonti eteronome, viene affidato una programma emancipatorio, certamente non da poco, ma comunque limitato: i) il contrasto alla intensità della prestazione lavorativa; ii) la riduzione della sua durata pure nella pienezza dell’orario legale o contrattuale; iii) la mitigazione del dominio attraverso il controllo esterno degli abusi del potere; iv) la garanzia di stabilità del rapporto attraverso la durata non predeterminata; v) il disancoramento della retribuzione da ogni parametro di rendimento, di merito, o da ogni aggancio alla produttività o ai ricavi e agli utili di impresa e, quindi, il suo livellamento egualitario; vi) la difesa proprietaria del singolo posto di lavoro: la rigidità funzionale e la conservazione del posto, a prescindere dai mutamenti organizzativi dell’impresa; vii) il suo funzionamento come porta di ingresso pressoché esclusiva alle tutele del welfare pubblico.

In questo programma di protezione, pur articolato, ma affidato sostanzialmente alla legge e al contratto collettivo e veicolato dal contratto individuale senza particolari apporti creativi ma neppure adattivi, la persona, che acquisisce sicurezza e stabilità (di reddito e di occupazione nel lavoro), si realizza, in fondo, fuori dall’esperienza del rapporto di lavoro situato.

Con riguardo alla libertà, al contratto di lavoro, sempre tramite la surroga sostitutiva della legge, è affidata la funzione (certamente non da poco e imprescindibile vettore del valore della dignità della persona) di limitare il dominio astratto dell’impresa e il potere in concreto dell’imprenditore: di evitare cioè gli abusi *del e nel* controllo. In ciò arrivando anche a eccessi, nella preoccupazione che ogni cedimento alla legittimazione del potere di impresa potesse impingere sulla dignità della persona: per cui si considera illegittimo, se non a certe condizioni molto ristrette, il controllo e la verifica del rendimento del singolo. In questa visione puramente difensiva del contratto, come scudo⁶⁶⁹ dall’ingerenza intrusiva del datore, lo scarso rendimento non è contestabile, ma deve essere tollerato, se non proprio protetto. È in fondo una visione conseguente alla scarnificazione dell’oggetto del contratto che giustifica la riduzione al minimo della intensità della prestazione di lavoro, come programma di autotutela.

In questa visione, certamente riconducibile alla tradizione del diritto del lavoro, ogni politica manageriale di coinvolgimento nell’organizzazione e negli obiettivi di impresa, ogni ipotesi di umanizzazione collaborativa nel lavoro e di aumento degli spazi di autonomia, autodeterminazione e creatività nella prestazione, le stesse politiche di welfare aziendale in blocco, persino il lavoro agile se non concepito in senso rigorosamente conciliativo, altro non sono che manovre ri-appropriative del *surplus* di valore, creato dal lavoro, da parte dell’impresa e del capitale; si tratta

⁶⁶⁸ B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 1 ss.

⁶⁶⁹ Sulla ricostruzione di Mario Napoli del contratto di lavoro come “scudo” all’ampliamento dell’oggetto del contratto medesimo, v. la rielaborazione di L. Zappalà, *La colpa del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 103 ss.

soltanto di nuove e più sofisticate strategie di assoggettamento e manipolazione (marxianamente: strumenti di creazione di falsa coscienza). Se muta, infatti, il modello organizzativo dell'impresa capitalista, non ne cambia la filosofia estrattiva e di sfruttamento⁶⁷⁰ (la materialità dei rapporti sociali di produzione): si passa soltanto dall'appropriazione del corpo del lavoratore, ridotto ad appendice della macchina nel modello taylor-fordista; all'utilizzo strumentale al profitto, e alle nuove esigenze dei consumatori, della sua, incentivata, capacità di iniziativa, di proposta e di *problem solving* nel modello qualitativo post fordista del *just in time*; fino all'apoteosi del "furto" di intelligenza, di creatività, e persino dell'anima, nel modello dell'impresa integrale.

In questa visione – volutamente semplificata – del diritto del lavoro della tradizione, a vocazione difensiva o al più di irrisolto contropotere, non traluce certo la persona, la sua libertà e capacità in positivo: il lavoro della persona, nell'impresa capitalistica e nei rapporti sociali di produzione dati, erogato all'interno dello schema giuridico e organizzativo della subordinazione, non può consentire di estrinsecare capacità positive. Il programma riformatore, al massimo, è quello, certo importante, del lavoro decente, comunque lontano dalla dimensione del lavoro appagante, che non si dà per definizione, non essendoci spazio di libertà laddove si esercita il dominio.

Portata alle sue estreme conseguenze teoriche, questa concezione finisce per far coincidere il regno della libertà con il regno del non lavoro: il famoso surfista di Malibù, e le teorizzazioni del reddito di base universale, non sono altro che l'evoluzione di questa visione negativa e irredimibile del contratto di lavoro come veicolo di *non* libertà repubblicana⁶⁷¹. Ma anche nella versione moderata e socialdemocratica, più tradizionale, il contratto di lavoro e gli strumenti di autotutela collettiva, in primo luogo lo sciopero, altro non sono che strumenti di attenuazione del dominio e comunque mai di integrale democratizzazione repubblicana del luogo di lavoro. Si tratta, invero, di strumenti che presuppongono, comunque, la non eliminabilità e il radicamento strutturale dell'assoggettamento e quindi del conflitto; onde la funzione, tendenzialmente unica, di mediazione, compromesso e bilanciamento mobile degli interessi del diritto del lavoro.

⁶⁷⁰ Diversamente da questa tradizionale narrazione, lo storico futurologo, israeliano, Y. N. Harari, *21 Lezioni per il XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2019, ed. digitale, sostiene che la sfida dell'IA mette la classe operaia più di fronte all'ipotesi della irrilevanza, piuttosto che dello sfruttamento, p. 62 ss. per cui propone una strategia che metta al centro modelli di protezione delle persone, come il reddito di cittadinanza, piuttosto che dei posti di lavoro, p. 66.

⁶⁷¹ Tale dibattito, a un elevato livello di astrazione, si è articolato intorno al pensiero neo repubblicano di P. Pettit, *On the People's Terms*, Cup, Cambridge, 2012, ed. digitale e prima, *Il repubblicanesimo*, Feltrinelli, Milano, 1997. Di questa filosofia politica, si sono registrate posizioni ad ampio spettro, riassumibili in tre filoni con riguardo alle ricadute sulla concezione del diritto del lavoro: la rivendicazione del diritto del lavoro e dei suoi strumenti come attenuazione del dominio soprattutto rappresentata da A. Bogg, *Republican Non-Domination and Labour Law: New Normativity or Trojan Horse?* in *IJCLL*, 2017, 3, p. 391 ss., con le precisazioni di G. Davidov, *Subordination vs. Domination: Exploring the Differences*, in *IJCLL*, 2017, 3, p. 365 ss., di D. Cabrelli, R. Zahn, *Theories of Domination and Labour Law: An Alternative Conception for Intervention?* in *IJCLL*, 2017, 3, p. 339 ss; la teorizzazione, attribuibile allo stesso Pettit, *Freedom in the market*, in *Politics, Philosophy & Economics*, 2006, 5, 2, p. 131 ss. e che si presta a derive neoliberali, per cui non essendo il dominio contrastabile nell'impresa è meglio non contrastarne lo sviluppo e rivolgersi all'opzione *exit* praticando la *flexicurity* nordica nella versione di R. S. Taylor, *Exit Left: Markets and Mobility in Republican Thought*, OUP, Oxford, 2017, o de-regolando il lavoro nell'impresa e praticando la libertà fuori dal luogo di lavoro magari supportata dal *basic income* secondo F. Lovett, *A General Theory of Domination and Justice*, Oup, Oxford; ma pure P. Pettit, *A Republican Right to Basic Income?*, in *Basic Income Studies*, 2007, 2, 2, p. 1, ss. Un terzo filone, infine, più prono a considerare l'impresa (auto) riformabile sino al punto che sarebbero possibili processi di trasformazione in senso comunitario, A. Gourevitch, *Labor and Republican Liberty*, in *Constellations* 18, 3, 2011, p. 431 ss. Un'analisi delle prime due posizioni in K. Breen, *Non-Domination, Workplace Republicanism, and the Justification of Worker Voice and Control*, in *IJCLL*, 2017, 3, p. 419 ss.

5. Una possibile trappola epistemica.

Il tema che, oggi, si pone soprattutto innanzi allo scenario dell'impresa integrale, ma non certamente del tutto estraneo agli altri due, è allora se il diritto del lavoro possa sfuggire a una triplice trappola epistemica che la sua stessa tradizione ha, in parte, creato con il contributo del filone neo liberale mirato, invece, a suo modo, a scardinare proprio quella stessa tradizione⁶⁷².

a) In primo luogo, la rivendicazione di una logica protettiva del contratto, anche eversiva della libertà di impresa e di mercato (nella logica accentuatamente dicotomica del conflitto di interessi). Con i suoi corollari regolativi: la visione proprietaria del posto di lavoro, con il divieto o quasi del licenziamento per ragioni economiche e la generalizzazione del rimedio della reintegra; la rigidità delle mansioni e, in genere, la rigidità funzionale come surrogato della professionalità; la retribuzione come variabile indipendente dai conti aziendali e da erogarsi secondo parametri ispirati al più rigido egualitarismo welfarista, con la demonizzazione di ogni premialità di merito e di impegno individuale ecc.;

b) In secondo luogo, la reazione, da sponde opposte a questo approdo, con la proposta di drastiche riduzioni di protezioni nel rapporto lavoro e con il ripristino di una valenza formalistica paritaria del contratto, con spostamento della funzione di tutela nel mercato del lavoro⁶⁷³.

c) In terzo luogo, secondo teorizzazioni più recenti, la presa d'atto della inutilità del programma riformista del diritto e del contratto di lavoro, qualora il suo obiettivo fosse una strategia di libertà sostanziale e di affermazione dei progetti di vita personali, in ragione della ineluttabilità del dominio e dell'assoggettamento nell'impresa; con una progressiva dissoluzione del diritto del lavoro protettivo nell'orizzonte di liberazione *fuori* dal rapporto di lavoro e dal dominio scaturente dal contratto; prospettiva, quest'ultima, garantita dall'enorme sviluppo della produttività del lavoro dovuta alle nuove tecnologie e quel che ne deriva in termini di riduzione, su larga scala, del tempo di lavoro necessario e dell'orario di lavoro dovuto, la redistribuzione della ricchezza sociale e la facilitazione dell'attività di non lavoro mediante il reddito universale di base erogato dallo stato.

6. Come sfuggire alla trappola epistemica: la centralità della persona come costante valoriale del diritto del lavoro al di là della differenziazione degli scenari.

Sfuggire all'indicata trappola, implica pur sempre rivendicare la tradizionale anima compromissoria e riformista del diritto del lavoro e la storica funzione di graduale sviluppo delle protezioni, in una logica di compatibilità con il mercato e l'impresa. Questo assunto vale a prescindere dalla differenziazione tridimensionale degli scenari e dalla differenziazione dei luoghi di lavoro, e costituisce certamente una invariante della disciplina in grado di governarne uno sviluppo unitario sul piano dei valori, se non delle regole.

E tuttavia ribadire un tale assunto non esclude un orizzonte di obiettivi più ambiziosi in linea con gli indicati processi reali di cambiamento dell'impresa e delle logiche che si intravedono, soprattutto nel primo scenario: è lì che – senza facili utopismi o scambi di desideri in vicende reali – si

⁶⁷² Più ampiamente B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 7 ss.

⁶⁷³ Da ultimo, v. P. Ichino, *L'intelligenza del lavoro*, Rizzoli, Milano, 2020.

può osservare empiricamente se il cambiamento tecnologico governato e associato all'attività della persona nella comunità aziendale, possa davvero consentire la concretizzazione, la stabilizzazione e la diffusione in scala, a livello di sistema produttivo e non di singola impresa *leader*, di quel che si considera da parte di molti l'ossimoro della "concreta utopia di Adriano Olivetti"⁶⁷⁴. È in quei luoghi ibridizzati di lavoro, con riguardo ormai anche allo spazio oltre che al tempo, che occorre studiare e riflettere su come tale cambiamento possa incidere su nuovi modelli di regole di ingaggio lavoristiche e quali, eventualmente, i riflessi sul paradigma della disciplina.

Tale prospettiva non va considerata l'anno zero del diritto del lavoro: quanto a radici non si colloca, certamente, fuori dal pensiero socialista liberale, né l'è estranea una certa visione trasformativa e di innovazione sociale attribuita al soggetto sindacale⁶⁷⁵. Anzi, rimane centrale una riflessione sul soggetto collettivo, sulle sue differenziate funzioni nei vari scenari e sulle sue prospettive di rinnovamento (il sindacato 4.0)⁶⁷⁶; e ciò anche allo scopo di recuperare, di fronte alla sua conclamata crisi e di fronte ai processi oggettivi di disintermediazione e disarticolazione degli interessi nei luoghi di lavoro attraversati dal cambiamento tecnologico, una funzione di rappresentanza effettiva e non solo giuridico istituzionale.

Né si tratta di una visione senza radici culturali con riguardo alla elaborazione teorica dei giuslavorismo italiano; è, infatti, una prospettiva, certamente non nuova, né originale.

In Italia, il riferimento neo umanistico alla persona, alla sua dignità⁶⁷⁷ e alle sue libertà fondamentali, e non all'*homo economicus*, come risposta alla crisi dei suoi storici pilastri, e come stella polare unificante della disciplina sul piano dei valori, è stato ampiamente considerato da giuristi di cultura cattolica⁶⁷⁸, ma anche di cultura laica e socialdemocratica⁶⁷⁹.

Quel che è diverso e, in parte nuovo, rispetto al novecento, è il dispiegarsi della riflessione e del dialogo sui valori fondanti, sulle filosofie di ispirazione della disciplina, e sulla centralità della persona, nella dimensione globale della comunità dei giuslavoristi. A conferma del venir meno – certamente almeno sul piano culturale e con riguardo alle grandi strategie di regolazione (si pensi al dibattito internazionale sui *rider* e sulle piattaforme tecnologiche) – della identificazione tra stato nazione e diritto del lavoro⁶⁸⁰. La pandemia ha confermato non la crisi, ma la necessità di una diversa globalizzazione, non più limitata al commercio e all'integrazione dei mercati ma in grado di rendere coalescenti risorse, energie e sforzi disseminati, a partire dalla ricerca scientifica, per

⁶⁷⁴ Si v. le considerazioni in B. Caruso, *Leggendo Organizzazione e Società di Federico Butera "con gli occhiali" del giurista del lavoro*, cit.

⁶⁷⁵ Si rinvia ai saggi nel volume di A. Gremolati, G. Mari (a cura di), *Bruno Trentin. Lavoro, libertà, conoscenza*, FUP, Firenze, 2011.

⁶⁷⁶ Si rinvia a B. Caruso, *Il sindacato tra funzioni e valori nella «grande trasformazione»*. *L'innovazione sociale in sei tappe*, in B. Caruso, R. del Punta, T. Treu, *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione*, cit., p. 145 ss.

⁶⁷⁷ V. B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *DLRI*, 2010, p. 257 ss.

⁶⁷⁸ Solo per citarne alcuni, in cui l'afflato umanistico non è rimasto sullo sfondo della elaborazione, ma direttamente oggetto di specifiche riflessioni anche di metodo, si pensi a Luigi Mengoni, a Mario Napoli o a Mario Grandi.

⁶⁷⁹ Come Massimo D'Antona degli scritti degli anni novanta del secolo scorso. È sufficiente ricordare i ripetuti riferimenti alla dimensione dell'essere e non dell'avere nella considerazione della regolazione lavoristica e la sua critica ai rischi di colonizzazione della sfera personale, come risultante di una visione e di una funzione meramente protettiva e welfaristica del diritto del lavoro.

⁶⁸⁰ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?* in *RGL*, 1998, p. 311 ss., qui citato in *Opere*, B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 221 ss.

potere fronteggiare la sfida della sostenibilità nelle tre diverse varianti: economica, sociale e soprattutto ambientale⁶⁸¹.

Si riafferma, allora, e non scolorisce affatto, l'esigenza di una nuova statualità sovranazionale (di che tipo e di quale modello, in Europa, si discute) che va certamente oltre una mera proposta di ingegneria istituzionale di stampo funzionalistico, ma che assume valenza costituente e di affermazione di valori supremi.

La dimensione ordinamentale europea, pur nella perdurante incompiutezza politica, istituzionale e costituzionale del suo disegno, e pur nello scetticismo di ritorno dei "mercanti di paura" che l'hanno identificata con il dominio dei mercati e dei banchieri, costituisce un valore aggiunto al diritto del lavoro del novecento. L'Europa – non c'era certo bisogno della crisi pandemica per riscoprirlo – è l'unica garanzia che i valori fondanti della disciplina (la libertà, uguaglianza, la democrazia, la dignità, la bellezza, in sintesi lo "stile di vita europeo") non si affermino soltanto all'interno dei confini nazionali (il che è ormai ossimoricamente impossibile) e non assumano una configurazione patriotticamente costituzionale, anziché universale.

Come si accennava, questa nuova stagione di riflessioni sulla trasformazione della disciplina è pure testimoniata da suggestioni filosofiche e culturali a cui giuslavoristi attingono ormai a piene mani. Si tratta di riflessioni accomunate, almeno in alcune espressioni, anche dalla volontà di rimettere al centro dell'asse del diritto del lavoro, la persona e le sue capacitazioni, qualunque siano i luoghi di lavoro e gli scenari in cui esplica la sua personalità; qualunque siano i dispositivi tecnici delle regole di ingaggio.

In questo filone di pensiero, il lavoratore situato si considera portatore di un bagaglio di vocazioni e capacità da realizzare, innanzitutto nel lavoro e non al di fuori di tale esperienza; tali vocazioni possono realizzarsi grazie anche a meccanismi istituzionali che facilitino la trasformazione dei funzionamenti in reali capacità, onde la centrale importanza delle regolazione giuridica del lavoro e delle sue fonti: quelle tradizionali, legge e contratto collettivo, ri-declinate in senso anche promozionale e non solo conformative di comportamenti o di tipo sanzionatorio; ma pure di nuovo conio, la *soft law*, o il contratto individuale, ri-considerato, come si è prima accennato, per e nei suoi connotati di incompletezza, relazionalità e collaborazione.

La persona, situata in luoghi di lavoro attraversati dall'innovazione tecnologica e sociale, assume come identità, non certamente nuova, ma reinventata al passo con l'innovazione, quella di produttore e creatore autonomo, pur inserito in una comunità di soggetti da ognuno dei quali si distingue per una irripetibile individualità. Non rileva, più o solo, come soggetto diluito nell'appartenenza identitaria a un collettivo indifferenziato di individui, quale un tempo la classe, il gruppo, o suoi surrogati: il genere, la razza, la nazione, la cultura nativa, la comunità territoriale, sino alle lasche comunità virtuali in cui si rispecchino individualità liquide, anonime e reificate. Il soggetto che lavora, nei nuovi luoghi di lavoro dell'impresa integrale, si presenta come titolare di un frammento di dignità (soggettiva, ma universale) continuamente rivissuta, reinventata e adattata in relazioni interconnesse (anche in reti virtuali) di lavoro.

E tale dimensione valoriale, per induzione, finisce per irradiarsi in altri scenari, altrettanto investiti

⁶⁸¹ Sui cambiamenti dei rapporti di lavoro nella prospettiva globale V. Brino, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, Torino, 2020.

dal cambiamento tecnologico, ma, all'opposto, con effetti di accentuazione anche subdola del dominio (l'algoritmo come capo, la falsa percezione di autonomia in un mercato inesistente) qualora dovessero mancare interventi regolativi correttivi, ispirati alla curvatura regolativa anche tradizionalmente protezionista (come nel terzo scenario sopra delineato); e persino influenzare una regolazione innovativa negli scenari di conflitto convenzionale (come il secondo).

Si tratta, comunque, di elaborazioni che ripropongono rivisitazioni innovative dei concetti/valori di eguaglianza, libertà e democrazia, relative filosofie politiche e teorie della giustizia sociale che vengono poi filtrate e riportate nel diritto del lavoro, con effetti fertili. Si tratta, per altro, di apparati teoretici che non vanno trasposti di peso e meccanicamente, ma progressivamente e discorsivamente adattati al diritto del lavoro, tenendo pure presenti che alcuni principi teorici possono trovarsi in contraddizione quando applicati al diritto del lavoro e debbono pertanto essere bilanciati: per esempio l'istanza di autonomia e libertà e il bisogno di protezione; per non parlare delle grandi scelte tragiche da prendere in concreto, che la pandemia ha ri-proposto drammaticamente: precauzione sanitaria e ragioni dell'economia; salute e occupazione; blocco dei licenziamenti e necessità di riconversione, ecc.

Quel che emerge dal nuovo pluralismo teorico non è, in ogni caso, un cedimento al sincretismo culturale, rimanendo al suo centro, come un magnete, un rinnovato interesse per il soggetto, non atomisticamente inteso, né proiettato in una dimensione unicamente utilitaristica, ma riconnesso con l'ambiente e con le comunità territoriali, e con la comunità di lavoro nell'approccio della sostenibilità⁶⁸².

Tale pluralismo di riferimenti consente, infatti, una apertura di senso della disciplina, ma anche un cumularsi di stimoli metodologici ed euristici, che può contribuire ad arricchire il linguaggio e i concetti, fino a lambire anche il modo stesso di forgiare le tecniche di regolazione, oltre che il loro contenuto.

PARTE II (Le tecniche)

1. Tecniche di regolazione e tecniche di tutela tra storia, metamorfosi, testo e contesto.

La costruzione della fattispecie compatta e unitaria, il lavoro subordinato, ha avuto storicamente la funzione di fotografare modalità stratificate di svolgimento del rapporto di lavoro, al fine di farne derivare effetti univoci in termini di disciplina uniforme applicabile, escludendo alternative innovatrici, volte sia a derogare agli standard di tutela acquisiti, sia ad ampliare il raggio di azione delle tutele. A partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, tuttavia, il diritto del lavoro ha preso atto della oggettiva tendenza alla complessificazione delle tecniche di regolamentazione, in ragione della dimensione ormai multilivello della regolazione sociale; dell'articolazione e frammentazione degli interessi oltre i tratteggi schemi dicotomici e della conseguente difficoltà di bilanciamento; della pluralità degli attori coinvolti e della necessaria adattabilità delle regole e delle tecniche a programmi di tutela più sofisticati poiché ritagliati a misura di singole persone, aziende o territori. All'inizio del secolo, soprattutto per fluidificare la flessibilità in entrata e in uscita, si è assistito alla crisi della subordinazione come modello compatto di riferimento, con un pacchetto prefissato di tutele astrattamente valevole per la generalità dei destinatari e dei casi, a favore di

⁶⁸² B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 7 ss.

un modello di flessibilità contrattata, già sperimentata ampiamente nei decenni precedenti; ovvero, di una regolamentazione *soft*, per principi, per clausole generali, adattabile e modulabile, a singoli contesti e specifiche realtà, ove la derogabilità, la differenziazione, anche drastica, di trattamenti, sono divenute, sempre di più, la regola.

Con una differenza. Se, fino agli inizi del nuovo secolo, sotto la spada di Damocle dei rischi di una *deregulation tout court*, il nucleo del diritto del lavoro aveva dato luogo a una serie di subdiscipline verticali su singoli aspetti della relazione lavorativa (la durata del contratto, il tempo della prestazione e la sua collocazione, la triangularità dei soggetti coinvolti, ecc.), che comunque solo in parte intaccavano il patrimonio genetico e il nucleo storico della materia (i contratti atipici come satelliti, via via più numerosi, del pianeta subordinazione), i più recenti cambiamenti tecnologici, organizzativi, relazionali e culturali dei luoghi di lavoro, hanno determinato una profonda trasformazione⁶⁸³. Tutto ciò impone di tornare a confrontarsi con le categorie concettuali giuslavoristiche e i suoi fondamenti di riferimento⁶⁸⁴. La categoria del lavoratore subordinato, contraente debole, quale nucleo concettuale dell'apparato di tutele del diritto del lavoro, è così divenuta sempre meno rappresentativa di un contesto sociale omogeneo, essendosi – come detto – radicalmente modificati e differenziati i modi di fare impresa, le tecniche della produzione sociale, gli stili di vita. Il comune riferimento terminologico alla categoria del lavoratore nei tre scenari di riferimento presi in considerazione sottintende, sempre di più, una pluralità di significati, ma anche di fattispecie, operando – di fatto – quale categoria che rende falsamente omogenee situazioni e contesti che vanno invece distinti, differenziati, contrapposti in funzione di indici esterni al semplice dato testuale.

Come già rilevato nella prima parte di questo saggio, nel cambiamento in atto, il diritto del lavoro – e, con esso, le sue tecniche di regolazione – può andare oltre il ruolo di mero registratore/regolatore dei processi reali e in divenire, facendosi pure carico di correggere le distorsioni e soccorrendo i perdenti. Ma può pure assumere un ruolo di indirizzo: favorire – soprattutto tramite la valorizzazione del contratto che resta strumento centrale⁶⁸⁵ per la regolazione degli interessi – le sperimentazioni collaborative e a-gerarchiche dell'impresa integrale e la crescente diffusione di relazioni e di prestazioni lavorative effettivamente "*smart*"; facilitare la mobilità funzionale e la polivalenza del lavoratore in azienda con la riorganizzazione delle prestazioni in ruoli, anziché tramite classificazioni di mansioni, e ciò anche mediante un ricorso proattivo e abilitante alla formazione. Ma può pure, nel senso prima indicato, controllare gli effetti pervasivi (se non perversi) della gestione algoritmica caratterizzata da un potere datoriale computazionale⁶⁸⁶ di inedita portata, e più complessivamente "regolare" le ricadute dell'esercizio di un «potere di controllo direttivo» di nuovo conio⁶⁸⁷. Può, infine, estendere alle forme di lavoro tramite piattaforma, standard

⁶⁸³ V. *supra* par. 1 – 6.

⁶⁸⁴ G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2016; G. Davidov, B. Langille, *The Idea of Labour Law*, OUP, Oxford, 2011; nonché G. Davidov, B. Langille, *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart, Oxford, 2006.

⁶⁸⁵ In tal senso v. L. Zoppoli, *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in *DLM*, 2017, p. 279 ss.

⁶⁸⁶ M. Durante, *Potere computazionale*, Meltemi, Milano, 2019.

⁶⁸⁷ L. Tebano, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 242 ss. Potere direttivo che incide sulla stessa nozione di adempimento e sulla sua valutazione nel prisma dell'art. 2104 c.c., v. P. Tullini, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3 ss.

di tutela progressivamente finalizzati alla costituzione di una rete di protezione universalistica del lavoro *sans phrase*.

I differenti *workplace* riorganizzati dalle nuove tecnologie pongono così il diritto del lavoro, e le tecniche di regolazione e di tutela, di fronte alla sfida di cogliere nella differenza l'identità, nella frammentarietà la coerenza, nella molteplicità dei contesti il senso della unitarietà della disciplina. In altri termini, si avverte, e si realizza, l'esigenza di modulabilità – sia in chiave espansiva, sia in chiave adattiva – della norma lavoristica. Essa deve farsi maggiormente carico della specialità del caso concreto, del contesto di riferimento, del diverso grado di debolezza contrattuale della persona coinvolta, ma anche di maggiori aspirazioni di autonomia – spaziale, temporale ma anche esistenziale – e di utilizzo di creatività e di sapere acquisito nella prestazione lavorativa.

Alla luce degli scenari sopra definiti, la scommessa per il diritto del lavoro è superare l'idea di un apparato regolativo impermeabile a qualunque valutazione del contenuto delle norme, di ciò che esse descrivono o prescrivono, nella consapevolezza della necessità di una regolazione che rappresenti il punto di sintesi tra testo e contesto, tra tecniche di regolazione e di controllo dei poteri datoriali e situazioni sostanziali diverse, tra teoria, storia e cambiamento dei luoghi di lavoro, dei lavori e delle realtà produttive nella nuova era della digitalizzazione, caratterizzata da una «labilità del confine tra la tecnologia come emancipazione e come soggezione»⁶⁸⁸. La regolazione lavoristica, dunque, – dopo la crisi di identità della fine del secolo scorso e lo sgretolamento dei pilastri storici sulla quale era stata edificata⁶⁸⁹, ma pure dopo un ventennio di tormentata ricerca di un equilibrio tra globale e locale, tra tutela degli *insider* e inclusione degli *outsider*, tra protezione nel rapporto e tutela nel mercato – si trova di fronte alla necessità di una tutela della persona coinvolta e anzi potenzialmente oggi schiacciata dalla «oscurità»⁶⁹⁰ della tecnologia, e al tempo stesso, di una promozione della persona medesima, tramite una differenziazione regolativa interna ed esterna alla fattispecie lavoro subordinato, articolata in sottosistemi dai confini porosi collocati nei diversi *workplace*.

2. Tendenze comuni ai tre scenari: l'ascesa dei principi trasversali e delle tutele universali dentro e oltre la fattispecie.

Come ha evidenziato Massimo D'Antona, il diritto del lavoro ha fondato la propria identità culturale anche sulla anomalia post positivista⁶⁹¹. Uno dei tratti di tale anomalia è consistito nella ineludibile tensione a regolare gli interessi concreti con disposti normativi dotati formalmente di astrattezza e generalità. N'è derivata – soprattutto ai tempi della legislazione alluvionale di cui parlava Gino Giugni⁶⁹² – ma anche dopo, una legislazione particolaristica, diversificata per approcci e *rationes* spesso con elevata contingenza e strumentalità, che comunque non ha impedito

⁶⁸⁸ R. Del Punta, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in A. Cipriani, A. Gremolati, G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0. La quarta rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, FUP, Firenze, 2018, p. 225 ss.

⁶⁸⁹ D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?* cit., p. 221 ss.

⁶⁹⁰ G. Mari, *Il lavoro 4.0 come atto linguistico performativo. Per una svolta linguistica nell'analisi delle trasformazioni del lavoro*, in A. Cipriani, A. Gremolati, G. Mari (a cura di), *Il lavoro 4.0*, p. 315 ss.

⁶⁹¹ M. D'Antona, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in RCDP, 1990, p. 207 ss., qui citato in *Opere*, cit., p. 53 ss.

⁶⁹² G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in DLRI, 1982, p. 373 ss.

di garantire la forza e, appunto, l'identità dello statuto regolativo, delle sue tecniche di regolazione e di tutela, e dei suoi percorsi ermeneutici e applicativi⁶⁹³.

È evidente come la sfida tecnologica e la complessità dei differenti *workplace* di cui si è detto, rende strutturale e persino legittima la diversificazione, se non la frammentazione regolativa. Il tema è se e come, la dottrina giuslavoristica possa governare e orientare, intelligentemente, anche con riguardo a una riconsiderazione unitaria dei valori (*supra*), tale differenziazione. Come si è detto⁶⁹⁴, ciò può avvenire se viene tenuto vivo il dialogo cognitivo e comunicativo con altre scienze e si realizza la metabolizzazione proattiva di altri saperi, pur nell'autonomia di logica e di strumentazione del sottosistema di regolamentazione del lavoro.

Onde pure la necessità, come si è teorizzato, di chiarezza comunicativa, con riguardo al pensiero e non solo ai discorsi⁶⁹⁵, qualora si intenda contribuire a governare razionalmente le tendenze regolative, tenendo conto della approfondita porosità dei diversi contesti lavorativi (la fabbrica senza confini).

Nella consapevolezza di maneggiare una realtà sin troppo liquida e, comunque, mutevole per essere sistematizzata teoricamente in una vera e propria prospettiva di mutamento del paradigma, nelle pagine che seguono si proveranno a individuare alcune tendenze comuni derivanti dai mutamenti delle tecniche di regolazione e di tutela che caratterizzano il diritto del lavoro della nuova era tecnologica; tendenze comuni che, in un *mix* di tradizione e adattamento, sembrano, ancora una volta, dimostrare la straordinaria capacità del diritto del lavoro di adattarsi alle tempeste della storia mantenendo e rinnovando la propria identità, oggi in una prospettiva tridimensionale.

Tali tendenze possono sintetizzarsi lungo tre profili. Il primo riguarda l'ascesa di principi tendenzialmente trasversali che veicolano tutele universali dentro e oltre la fattispecie: per esempio, di rilievo certamente paradigmatico, ma non certo unico, il principio di non discriminazione, ma anche altri che si fanno strada nei tre scenari indicati e che presuppongono tecniche di tutela sostanziali e procedurali. Già dalla fine del secolo scorso, infatti, il riferimento ai principi si è andato evolvendo; e ciò non solo per il superamento di un univoco punto di riferimento di fonte statutale e la conseguente frantumazione dei principi in una pluralità di livelli regolativi, sovranazionale e nazionale, che travalicano sia i confini territoriali, sia i confini della fattispecie sulla quale è stato storicamente edificato il diritto del lavoro italiano. Nel nuovo secolo, tuttavia, sotto la spinta della digitalizzazione, la forza propulsiva di veri e propri *principi trasversali* non solo sta dimostrando un'ampia capacità di abbracciare la complessità dei cambiamenti del lavoro dentro e oltre la fattispecie, ma anche una inedita potenzialità di intervento in ambiti – quelli dove più la tecnologia

⁶⁹³ Per una rilettura della funzione "lirica" e "prosaica" del diritto del lavoro v. L. Zoppoli, *I giuristi del lavoro tra politica monodimensionale e polarizzazioni epistemologiche (ovvero il diritto del lavoro tra poesia e prosa)*, in *LD*, 2016, p. 685 ss.

⁶⁹⁴ B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 7 ss.

⁶⁹⁵ Sull'autorità cognitiva del sapere giuslavoristico v. R. Del Punta, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in p. 329 ss. cui si rinvia per una "rilettura" lavoristica della teoria dell'agire comunicativo di Habermas (J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, vol. 1); sul ruolo del giurista come "scienziato sociale" che deve avere «un elevato controllo sui processi comunicativi» v. pure M. D'Antona, *L'anomalia post positivista*, cit., p. 72.

sta rivoluzionando le scelte aziendali datacratiche⁶⁹⁶ – che necessitano di una nuova narrazione etica del lavoro⁶⁹⁷ nell'era della *digital transformation*.

Il riferimento al quadro dei principi trasversali per come di seguito indicati non va inteso come un assetto chiuso e definito, ma tendenzialmente aperto e dinamico.

l) *Principio di non discriminazione*. – I tre *workplace*, innanzitutto, si rivelano terreno fertile che conferma l'ascesa del principio di non discriminazione come «leva di Archimede»⁶⁹⁸; vale a dire come principio fondamentale “costituzionalizzato” dell'ordinamento eurounitario in grado di garantire una tutela universalistica, aggiuntiva e trasversale rispetto ai diritti soggettivi di cui le persone siano già titolari. Tale principio può agire anche in funzione di controllo delle scelte discrezionali, quale «limite ai poteri pubblici e privati (...) impedendo che fattori costitutivi dell'identità della persona si trasformino in fattori di svantaggio nel momento in cui quella discrezionalità viene esercitata»⁶⁹⁹. È noto come, già del secolo scorso, la tutela antidiscriminatoria abbia assunto un ruolo centrale quale tecnica di regolazione sostanziale e procedurale capace di governare la frammentazione del mercato del lavoro ed evitare che la moltiplicazione delle forme contrattuali flessibili legittimasse (direttamente o indirettamente) vere e proprie prassi discriminatorie o anche semplici irragionevoli differenze di trattamento. I nuovi scenari tecnologici, tuttavia, lasciano presagire altrettanti innovativi margini di porosità applicativa del principio di non discriminazione, che ancora una volta si rivela in grado di controllare e arginare comportamenti discriminatori, oggi resi più subdoli e potenzialmente occultati dal lato oscuro della tecnologia. Così, per esempio, i nuovi scenari di industria 4.0 lasciano intravedere nuove opportunità per le donne, che – sebbene ancora in minoranza nel possesso delle competenze nelle cosiddette materie STEM – sono spesso in possesso *soft skill*, sempre più ricercate nei nuovi contesti lavorativi. E, tuttavia, sono tutt'altro che remoti i rischi di nuove forme di discriminazione connesse all'utilizzo nell'ambiente di lavoro di programmi di *gamification*⁷⁰⁰, sviluppati soprattutto da uomini⁷⁰¹, che rischiano di penalizzare la crescita professionale e retributiva delle donne sulla scorta di modelli relazionali che simulano il gioco e la competizione tarati su comportamenti e attitudini prevalentemente maschili. Il primo scenario, quello dell'impresa integrale, preso a riferimento come modello magnetico non è, dunque, immune dal rischio del perpetrarsi di pratiche discriminatorie derivanti dal lato oscuro della tecnologia, come anche dai più tradizionali rischi di penalizzazione delle donne.

Il dibattito, per esempio, sul ricorso massivo al lavoro a distanza, e alla sua alchimia pandemica, non ha risolto una possibile ambivalenza dell'istituto; qualora se ne evidenzi, oltre un certo limite, la funzione conciliativa⁷⁰², per eterogenesi, le donne potrebbero risultare più svantaggiate

⁶⁹⁶ D. De Kerckhove, *Decisione datacratica*, in A. Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 97 ss.

⁶⁹⁷ R. Sennet, *Il lavoro e le sue narrazioni*, in E. Mingione (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, cit., p. 39 ss.

⁶⁹⁸ M. Barbera, *Principio di uguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. Barbera, A. Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, p. 5 ss.

⁶⁹⁹ M. Barbera, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 64.

⁷⁰⁰ T.W. Kim, *Gamification of Labor and the Charge of Exploitation*, in *J Bus Ethics*, 2018, p. 27 ss.; A. S. Thorpe, S. Roper, *The Ethics of Gamification in a Marketing Context*, in *J Bus Ethics*, 2019, p. 155 ss.

⁷⁰¹ OECD, *Empowering women in the digital age. Where do we stand?* 14 march 2018; ITU (International Telecommunication Union), *Measuring the Information Society*, 2015.

⁷⁰² A. Tinti, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 419/2020.

rispetto agli uomini in mancanza di una equilibrata suddivisione del carico di lavoro domestico e di cura⁷⁰³; per tale ragione, le strategie aziendali di gestione del lavoro agile potrebbero avere effetti differenziati sulle lavoratrici e sui lavoratori vagliabili nel prisma del principio di non discriminazione. Diverso se al lavoro agile, e alla relativa calibratura regolatoria (anche in via di contrattazione collettiva, come in molte esperienze sta in effetti avvenendo), si attribuisca una funzione «leva di Archimede» per la riorganizzazione dei ruoli aziendali nel senso della ricerca di una integrale autonomia della persona⁷⁰⁴; in tal caso, pare evidente, che il suo sviluppo debba andare di pari passo con politiche di pari opportunità e di sostegno alla genitorialità (pubbliche e aziendali) e non solo conciliative.

Sono poi noti gli innovativi profili di rilevanza del principio di non discriminazione nel secondo scenario: dagli algoritmi discriminatori utilizzati da Amazon nel reclutamento⁷⁰⁵, ai rischi di discriminazione connessi alla diffusione di meccanismi di riconoscimento facciale⁷⁰⁶ e agli effetti di dataizzazione e profilazione a essi connessi, che sono costati il posto di lavoro in Google a Timnit Gebru e a Margaret Mitchell⁷⁰⁷. Per poi arrivare, con riguardo al terzo scenario, quello della economia delle piattaforme⁷⁰⁸, alla ormai nota vicenda della discriminazione posta in essere dall'algoritmo *Frank* di Deliveroo⁷⁰⁹ o alle potenziali discriminazioni derivanti da meccanismi reputazionali da parte degli utenti che lasciano aperta la possibilità di una valutazione negativa del servizio reso sulla base di elementi che non riguardano la prestazione in sé, quanto possibili pregiudizi dell'utente per profili razziali o religiosi, ecc. Nei casi affrontati dal Tribunale di Bologna e da quello di Palermo⁷¹⁰, infatti, emerge la vocazione universalistica del principio di non discriminazione come principio fondamentale la cui forza travalica la fattispecie lavoro subordinato, quale meccanismo di protezione della dignità della persona; principio che necessita di essere ulteriormente rafforzato⁷¹¹ e affinato avendo riguardo ai possibili meccanismi algoritmici di controllo e di

⁷⁰³ P. Biasi, D. Checchi, M. De Paola, *Con lo smart working più carichi di lavoro per le donne*, su www.lavoce.info del 15.03.2021, che, infatti, proprio a fronte di tale potenziale maggior carico, evidenziano come «sorprendentemente le donne hanno una propensione positiva a continuare a lavorare in *smart working* minore rispetto agli uomini (il 32,5 per cento degli uomini continuerebbe a lavorare da remoto in forma esclusiva contro il 27,9 per cento delle donne)».

⁷⁰⁴ F. Butera, *Le condizioni organizzative e professionali dello smart working dopo l'emergenza: progettare il lavoro ubiquo fatto di ruoli aperti e di professioni a larga banda*, in *Studi organizzativi*, 2020, p. 142 ss.

⁷⁰⁵ *Amazon e l'intelligenza artificiale sessista: non assumeva donne*, su https://www.corriere.it/tecnologia/18_ottobre_10/amazon-intelligenza-artificiale-sessista-non-assumeva-donne-4de90542-cc89-11e8-a06b-75759bb4ca39.shtml; *Amazon "licenzia" il software sulle assunzioni per sessismo, preferiva gli uomini*, su <https://www.huffingtonpost.it/2018/10/10/amazon-licenzia-il-software-sulle-assunzioni-per-sessismo-preferiva-gli-uomini-a-23556875/>.

⁷⁰⁶ C. Schwemmer, C. Knight, E. D. Bello-Pardo, S. Oklobdzija, M. Schoonvelde, J. W. Lockhart, *Diagnosing Gender Bias in Image Recognition Systems*, in *Socius. Sociological Research for a Dynamic World*, 2020, p. 1 ss.; J. Buolamwini, T. Gebru, *Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification*, in *Proceedings of Machine Learning Research*, 2018, p. 1 ss.

⁷⁰⁷ *Google CEO Sundar Pichai apologizes for Timnit Gebru controversy but not her firing*, su <https://www.theverge.com/2020/12/9/22165983/google-ceo-sundar-pichai-apology-timnit-gebru-exit>. Sul successivo licenziamento della Mitchell, v. <https://www.theverge.com/2021/4/13/22370158/google-ai-ethics-timnit-gebru-margaret-mitchell-firing-reputation>.

⁷⁰⁸ C. Alessi, *Lavoro tramite piattaforma e divieti di discriminazione nell'UE*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019.

⁷⁰⁹ A. Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell'Ordinanza del Tribunale di Bologna*, in *LDE*, 2021, 1.

⁷¹⁰ Tribunale di Bologna, ordinanza del 31.12.2020 e Tribunale di Palermo, ordinanza del 12.4.2021.

⁷¹¹ Come del resto ha fatto il legislatore con l'art. 47 quinquies del d.lgs 81 del 2015, introdotto dal d.l. 101 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge 128 del 2019, il quale ha previsto che «Ai lavoratori di cui all'articolo 47-bis», ossia a «i lavoratori autonomi

gestione della prestazione lavorativa dei lavoratori subordinati e non.

Il) *Principio di giustificatezza*. – In una sorta di *déjà-vu* dell'antenato meccanismo di *drittwirkung*, l'ascesa dei principi trasversali a tutela della persona – quali principi universalistici che sempre di più sembrano imporsi nei rapporti interprivati di matrice lavoristica nei tre scenari di riferimento – sembra pure riferibile anche a una inedita prospettazione del principio di giustificatezza delle forme di recesso e/o di modifica di precedenti condizioni contrattuali o dal contratto *tout court*. Il principio di giustificatezza del licenziamento – come confermato dalla recente triade di sentenze della Corte Costituzionale – si configura quale attuazione necessaria del diritto fondamentale della persona al lavoro, pienamente partecipe di quella stessa natura. In questa accezione, esso si conferma sia come stella polare del diritto del lavoro “tradizionale”, sia di quello sottoposto alle sfide della digitalizzazione che stanno attualmente rimodellando i *workplace* presi a riferimento.

Potrebbe così affermarsi che il principio si presta a una dilatazione applicativa che travalica i confini del recesso tradizionale dal contratto di lavoro subordinato, per estendersi alla nuova fattispecie del lavoro eterorganizzato (art. 2, comma 1, d.lgs. 81 del 2015); in tal caso si potrebbe considerare la causalità del recesso istituto di tutela, che pur originando nel lavoro subordinato, non è ontologicamente incompatibile con la nuova fattispecie di cui si è detto.

Più in generale, il principio di giustificatezza del recesso, quale principio trasversale applicabile a tutti i tipi di lavoro, sembra trovare oggi un fondamento nel Pilastro Sociale europeo⁷¹², documento solenne avente valore di *soft law*, il quale stabilisce che, prima dell'eventuale licenziamento, i lavoratori, «abbiano il diritto di essere informati delle motivazioni e di ricevere un ragionevole periodo di preavviso e che abbiano il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso, compresa una compensazione adeguata»⁷¹³. Si estende così al variegato universo dei lavoratori vulnerabili *sans phrase*⁷¹⁴ un nocciolo duro di diritti fondamentali; fra di essi, appunto, il diritto ad avere contezza della giustificazione del licenziamento, ma anche – nel caso di ingiustificatezza – a forme di compensazione monetaria; si tratta, pertanto, anche in questo caso, di diritti che travalicano sempre di più i confini della fattispecie lavoro subordinato.

Allo stesso tempo, all'interno della fattispecie tipica, il principio di giustificatezza pare applicabile anche al recesso *ante tempus* dall'accordo di lavoro agile. L'art. 19 del d.lgs. 81 del 2017 – evidentemente nella consapevolezza delle potenziali conseguenze del recesso dalla pattuizione *smart* anche sul proseguimento del rapporto contrattuale *tout court* – tipizza il giustificato motivo, quale ipotesi che legittima ciascuno dei contraenti a recedere dall'accordo prima della scadenza del termine nel caso di accordo a tempo determinato, o senza preavviso nel caso di accordo

che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore di cui all'articolo 47, comma 2, lettera a), del codice della strada, di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, attraverso piattaforme anche digitali», «si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma».

⁷¹² Principio n. 5 del pilastro europeo dei diritti sociali, proclamato a Göteborg il 17 novembre 2017, il quale prevede che «Indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione». Sul punto v. L. Ratti, *Il pilastro europeo dei diritti sociali nel processo di rifondazione dell'Europa sociale*, in W. Chiaramonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 7 ss.

⁷¹³ Principio n. 7 del pilastro europeo dei diritti sociali, cit.

⁷¹⁴ B. Caruso, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediale legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *DRI*, 2019, p. 1005 ss.

a tempo indeterminato. Anche, per i *riders*, si prevede – attraverso la “velata” formulazione di cui all’art. 47-quinques del d.lgs. 81 del 2015 – l’applicazione di un principio di giustificatezza delle prassi di esclusione dalla piattaforma e di riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione. In questo caso, il principio di giustificatezza appare tanto più dirompente nella sua portata applicativa, quanto più si considera il fatto che la riduzione delle occasioni di lavoro e la stessa disconnessione dell’*account* sono spesso il frutto di complesse computazioni algoritmiche – calibrate attraverso un *mix* di finalità premiali e/o sanzionatorie – dei dati del *rating* reputazionale, della velocità di risposta alla chiamata dimostrata dal *riders*, dai casi di *no show*; vale a dire dei casi in cui il lavoratore non si presenta per il proprio turno di disponibilità, in cui ritardi e versamenti degli incassi, ecc.

III) *Principio della “umanizzazione” del controllo e del trattamento.* – Sotto la spinta della regolazione europea, destinato a produrre significative aree di intervento protettivo nei confronti del lato oscuro della tecnologia, si staglia il principio della “umanizzazione” e della trasparenza dei trattamenti automatizzati produttivi di effetti giuridici che incidono sulla persona. Si tratta, come è noto, di un principio di matrice non strettamente lavoristica⁷¹⁵, che però potrebbe trovare rilevanti spazi di applicazione e di declinazione nel diritto del lavoro dell’economia digitalizzata; i rischi del diffondersi, nei tre scenari, di tecnologie che combinano «dati, algoritmi e calcoli» è stato, infatti, ben evidenziato dal Libro bianco del febbraio del 2020 sull’intelligenza artificiale⁷¹⁶, ma anche dalla nuova proposta di Regolamento presentata pochi giorni fa dalla Commissione europea⁷¹⁷. Nel solco di tale regolamentazione, *hard* e *soft*, di matrice eurounitaria, non pare

⁷¹⁵ Essendo contenuto nell’art. 22 del Regolamento UE 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche e al trattamento dei dati personali. Tale articolo prevede un generale divieto di sottoporre un individuo a processi decisionali automatizzati compresa la profilazione. L’articolo 22 del GDPR, paragrafo 1, chiarisce tuttavia l’ambito di applicazione delle norme in materia, che è limitato alle sole ipotesi in cui il processo decisionale automatizzato produce effetti giuridici, oppure incide in modo significativo sulla persona dell’utente e la decisione sia basata interamente sul trattamento automatizzato dei dati. Ovviamente esistono delle eccezioni al divieto, per cui un interessato può essere sottoposto a un processo decisionale automatizzato, compreso la profilazione, quando il trattamento è necessario per la conclusione o l’esecuzione di un contratto tra l’interessato e il titolare, quando il trattamento sia autorizzato da una legge o regolamento, che prevede altresì misure idonee a tutelare i diritti dei soggetti interessati, oppure quando vi sia un esplicito consenso al trattamento. Nel primo e nel terzo caso, il titolare del trattamento deve attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell’interessato.

⁷¹⁶ COM (2020) 65 final, *Libro Bianco sull’intelligenza artificiale. Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia*, Bruxelles, del 19.2.2020; il Libro Bianco si inserisce nella strategia europea *L’intelligenza artificiale per l’Europa*, COM (2018) 237 final, del 25.4.2018. In tali documenti si evidenzia la necessità di puntare sugli investimenti nelle tecnologie basate sull’intelligenza artificiale in quanto funzionali a perseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile e di sostegno al processo democratico e ai diritti sociali, ma allo stesso tempo si evidenzia come l’impatto dell’intelligenza artificiale sui lavoratori e sui datori di lavoro possa essere rilevante e tale da richiedere sia il coinvolgimento delle parti sociali quale fattore cruciale per garantire un approccio antropocentrico all’IA sul lavoro, sia un intervento volto creare un «ecosistema di fiducia» e, con esso, a salvaguardare i diritti fondamentali dei lavoratori che potrebbero subire indebite compressioni dalla diffusione di tali tecnologie. Su tali profili, v. l’accurata analisi di L. Tebano, *Lavoro, potere direttivo*, cit., p. 218 ss. V. anche il lavoro prodotto dall’*Independent high-level Expert Group on Artificiale Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, dell’8.4.2019. Il principio guida dovrebbe puntare sullo sviluppo dell’«IA responsabile» incentrata sugli esseri umani, come pure previsto dal progetto di ricerca *Responsible Research and Innovation* della Commissione: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/responsible-research-innovation>

⁷¹⁷ COM(2021) 206 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council “Laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts.* Si tratta di una proposta molto dettagliata e che enfatizza il principio trasversale citato (v. part. 48, ove si afferma «High-risk AI systems should be designed and developed in such a way that natural persons can oversee their functioning. For this purpose, appropriate human oversight measures should be identified by the provider of the system before its placing on the market or putting into service. In particular, where appropriate, such measures should guarantee that the system is subject to in-built operational constraints that cannot be overridden by the system itself and is responsive to the human operator, and that the natural persons to whom human oversight has been assigned have the

difficile ipotizzare una applicazione diretta dell'art. 22 del Regolamento UE 2016/679, o mediata dalle clausole generali di buona fede e correttezza. Attraverso tali meccanismi sembra possibile attribuire ai lavoratori dei tre diversi *workplace* a contatto con, o più propriamente gestiti da, soggetti giuridici digitali, algoritmi o veri e propri attanti⁷¹⁸, una serie di diritti di quarta generazione volti a correggere le «opacità» e i rischi di «*zero knowledge proofs*»⁷¹⁹ insiti nell'utilizzo di tali strumenti: per esempio il diritto di pretendere la sorveglianza umana sull'algoritmo e sulle macchine intelligenti⁷²⁰; la trasparenza⁷²¹ (e come è ovvio non discriminatorietà) dei processi computazionali (anche al fine di temperare le asimmetrie conoscitive, aprendo spazi alla valutazione, perché no, anche etica, degli standard e di valori sui quali sono tarati); la rendicontabilità del funzionamento e il diritto alla revisione del trattamento o del dato automatizzato. Si tratta di diritti di quarta generazione che, auspicabilmente, in una logica cooperativa (che dovrebbe essere propria del primo scenario) o in una logica maggiormente conflittuale o dialettica (presumibilmente nel secondo e nel terzo scenario) dovrebbero sempre di più transitare da una negoziazione collettiva diretta alla contrattazione dell'algoritmo⁷²², se non alla umanizzazione dello stesso, quale sfida per il futuro sindacato 4.0.

IV) *Principio della trasparenza e della prevedibilità delle condizioni di lavoro.* – Ugualmente fondato sul Pilastro Sociale europeo è, poi, il principio della trasparenza e della prevedibilità delle condizioni di lavoro declinato nella direttiva 2019/1152⁷²³. Si tratta di un principio applicabile, anche in questo caso, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, a una vasta platea di lavoratori⁷²⁴ cui dovrebbe essere garantito il diritto ad ottenere una corretta informazione sulle condizioni di lavoro a loro applicabili. Preso atto della “inadeguatezza” della direttiva 91/533/CEE a governare i profondi cambiamenti dei mercati del lavoro a seguito dei processi di digitalizzazione, e nella consapevolezza che alcune nuove forme di lavoro si distanziano notevolmente dai rapporti di lavoro tradizionali in termini di prevedibilità, creando incertezza in merito alla protezione sociale e ai diritti applicabili per i lavoratori interessati, l'UE ha, infatti, avvertito l'esigenza di una nuova regolamentazione. Ciò al fine di garantire ai lavoratori, anche a quelli che operano nelle piattaforme e ai “falsi autonomi”, il diritto di essere «pienamente e

necessary competence, training and authority to carry out that role»; v., inoltre, in dettaglio, l'art. 14 sul ruolo e le procedure del *Human oversight*).

⁷¹⁸ G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, ESI, Napoli, 2019, p. 19 ss.

⁷¹⁹ V. il rapporto *Algorithms and Human Right, Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe, March 2018.

⁷²⁰ V. M. Faioli, *Mansioni e macchine intelligenti*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁷²¹ V. l'art. 13 della proposta di regolamento di cui al COM(2021) 206 final, cit., che prevede un obbligo di trasparenza e di informazione tale da consentire agli utenti di interpretare i risultati del sistema e utilizzarli in modo appropriato.

⁷²² Sulla contrattazione degli algoritmi, v. A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo*, cit., p. 181 ss.; M. Sai, *Lavori e sindacato nel processo di innovazione organizzativa e tecnologica*, in E. Mingione (a cura di), *Lavoro: la grande trasformazione*, cit., p. 195 ss.; M. Carrieri, F. Pirro, *Digitalizzazione, relazioni industriali e sindacato. Non solo problemi anche opportunità*, in A. Cipriani, A., Gramolati, G. Mari, (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., p. 121 ss.

⁷²³ Direttiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea.

⁷²⁴ V. considerando n. 8, ove si precisa che «i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri», così come il “falso lavoro autonomo”. Sul punto v. A. Perulli, *Oltre la subordina-*zione, cit., p. 62.

tempestivamente informati per iscritto» sulle condizioni di lavoro. Si è così introdotto un vero e proprio principio trasversale di trasparenza e prevedibilità delle condizioni di lavoro (programmazione e organizzazione del lavoro, fasce orarie, retribuzione, ma anche il diritto di impiego in parallelo presso altri datori, il diritto alla «prevedibilità minima del lavoro» e il diritto di rifiutare la prestazione nel caso in cui questa manchi, l'obbligo di formazione, ecc.). Si tratta di un principio trasversale di grande impatto nei tre scenari, ma sicuramente dirimpante nel terzo⁷²⁵; proprio nella consapevolezza della persistente mancanza di trasparenza e di prevedibilità delle condizioni di lavoro nelle piattaforme, la Commissione europea ha, infatti, recentemente avviato una consultazione delle parti sociali sulle possibili ulteriori azioni da intraprendere⁷²⁶.

V) *Principio della equa remunerazione.* – Il profilo della tutela del reddito, che è certamente una delle questioni più urgenti che emergono dalla disamina del terzo scenario di cui si è detto, è pure ben posto metodologicamente dal Pilastro sociale nel preambolo, punto 15, e al capo II, punto 5, lettera a. Esso richiama in qualche misura l'articolo 35 della Costituzione italiana: indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro e l'accesso alla protezione sociale e alla formazione. È evidente che in tal caso il Pilastro sociale «spinge verso una strategia di riconoscimento di un compenso minimo, proporzionato alla quantità e alla qualità di lavoro, a prescindere dalla modalità di svolgimento della prestazione. Si tratterebbe, in tal caso, di pensare alla possibilità di costruire un percorso sul salario/remunerazione da lavoro minimo europeo, che ovviamente non deve necessariamente essere pensato solo per i lavoratori delle piattaforme, ma per il variegato universo dei lavoratori vulnerabili»⁷²⁷. Se, per un verso, il legislatore italiano ha fatto un balzo in avanti nella tutela dei lavoratori delle piattaforme⁷²⁸, la centralità del principio della equa remunerazione resta centrale nel dibattito lavoristico “tradizionale” (e, per esso, soprattutto nel secondo scenario) nella prospettiva di contrasto al fenomeno dei *working poor*⁷²⁹, che tutt'ora discende da una parziale incapacità della contrattazione collettiva di assolvere alla sua funzione di garanzia della giusta retribuzione⁷³⁰ e che ha stimolato, e senza dubbio continuerà a stimolare, un ricco dibattito sul salario minimo legale⁷³¹. Dibattito, da ultimo, sfociato nella

⁷²⁵ V. in proposito le considerazioni del Tribunale di Palermo, sentenza n. 3570 del 24.11.2020, nel quale il giudice ha constatato che «Le modalità di funzionamento della piattaforma – rimaste ignote al ricorrente nel corso del rapporto e anche nella presente causa, in cui non sono stati prodotti gli algoritmi che ne regolano aspetti essenziali, quali lo sblocco degli slot e l'assegnazione degli ordini – appaiono aver privato del tutto il ricorrente di qualsiasi possibilità di scegliere se e quando lavorare».

⁷²⁶ Consultant Document, *First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work*, C(2021) 1127 final del 24.2.2021, p. 9 ss., ove si evidenzia come «people working through platforms may not receive a formal written statement, instead they have to accept the work-related terms and conditions stipulated by the digital labour platform, which may be obscure, complex and can be changed without any notice or explanation. Often, there is also no mechanism for redress or complaint handling».

⁷²⁷ B. Caruso, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo*, cit., p. 1025 ss.

⁷²⁸ Sia di quelli eterorganizzati, cui si estende la disciplina del lavoro subordinato, sia di quelli autonomi, per i quali l'art. 47-quater del d.lgs. 81 del 2015 ha previsto – in mancanza di contratti collettivi “specifici” – l'obbligo di corresponsione di un compenso minimo orario parametrato ai minimi tabellari stabiliti da contratti collettivi nazionali di settori affini o equivalenti.

⁷²⁹ M.V. Ballestrero, *Retribuzione sufficiente e salario minimo legale*, in *RGL*, 2019, p. 235 ss.; sul tema V. Papa, *Dualizzazione del mercato e lavoro autonomo povero nell'UE*, in *RDSS*, 2021, 1, p. 49 ss.

⁷³⁰ G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁷³¹ Di recente v. A. Garnero, C. Lucifora, *L'erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, in *DLRI*, 2020, p. 295 ss.; A. Lo Faro, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *LD*, 2020,

proposta di direttiva sul salario minimo adeguato nell'UE⁷³², che – seguendo l'approccio della direttiva 2019/1152 prima citata – nel solco della giurisprudenza della Corte di Giustizia, estende la nozione di lavoratore cui si applicherebbe la direttiva medesima a una vasta platea di “lavoratori atipici”, fra i quali i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i falsi lavoratori autonomi, i lavoratori tramite piattaforma digitale, ecc.

VI) *Principio del contenimento della working time porosity*. – Altro principio di nuova generazione destinato ad operare trasversalmente nei luoghi di lavoro attraversati dalla rivoluzione digitale è, poi, quello di contenimento della *working time porosity*. Da tale principio si fa discendere il diritto, di nuovo conio, alla disconnessione⁷³³, quale diritto destinato a travalicare i limiti della ristretta previsione contenuta nell'art. 19 della legge 81 del 2017, per divenire vero e proprio scudo contro prassi dirette, dentro e fuori le ipotesi di lavoro agile, a pretendere dal lavoratore di essere “mentalmente” e digitalmente (tramite i propri *devices*) *always on*.

La presa d'atto dell'utilizzo sempre maggiore degli strumenti digitali a scopi lavorativi ha comportato la nascita di un approccio mentale del “sempre connesso” o del “costantemente di guardia”; il che può andare a scapito dei diritti fondamentali dei lavoratori e di condizioni di lavoro eque, tra cui una retribuzione equa, la limitazione dell'orario di lavoro e l'equilibrio tra attività lavorativa e vita privata, la tutela della salute fisica e mentale, la sicurezza sul lavoro e il benessere, nonché della parità tra uomini e donne. Tutto ciò ha, infatti, condotto il Parlamento europeo ad approvare nel gennaio 2021 una Risoluzione sul diritto alla disconnessione⁷³⁴, quale diritto fondamentale che costituisce una parte inseparabile dei nuovi modelli di lavoro della nuova era digitale; esso, pertanto, dovrebbe essere considerato un importante strumento della politica sociale a livello dell'Unione al fine di garantire la tutela dei diritti di tutti i lavoratori, specie di quelli più vulnerabili e di quelli con responsabilità di assistenza; l'obiettivo è di garantire l'equilibrio tra la loro vita professionale e la loro vita privata, nonché la loro salute fisica e mentale e il loro benessere⁷³⁵. Si

p. 539 ss.; T. Treu, *Il salario minimo: limiti alla supplezza giurisprudenziale e prospettive*, in *GI*, 2015, p. 743 ss. Sulla proposta di salario minimo europeo, si v. gli interventi di T. Treu, G. Proia, E. Menegatti, L.Ratti, *Proposta di direttiva sui salari minimi nell'UE*, in *DRI*, 2021, p. 1 ss.

⁷³² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea, COM(2020) 682 final, del 28.10.2020.

⁷³³ M. Altamari, *Tempi di lavoro (e non lavoro) e economia digitale: tra diritto alla disconnessione e ineffettività dell'impianto normativo garantista*, in C. Alessi, M. Barbera, L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 57 ss.; A. Donini, *I confini della prestazione nel lavoro agile tra diritto alla disconnessione e obblighi di risultato*, in *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi*, a cura di Gruppo giovani giuslavoristi Sapienza (GggS), in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. Collective Volumes – 6/2017.

⁷³⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione (2019/2181(INL)).

⁷³⁵ Il Parlamento europeo ha, di conseguenza, invitato la Commissione ad adottare una direttiva europea, contenente prescrizioni *hard*, quasi *old style*, applicabile a tutti i lavoratori «indipendentemente dal loro status e dalle loro modalità di lavoro» (v. il quindicesimo *considerando*, «sia del settore privato che del settore pubblico, compresi i lavoratori a chiamata, i lavoratori a tempo parziale, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a voucher, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti, rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva»), che garantisca l'adozione da parte dei datori di lavoro dei provvedimenti necessari per fornire ai lavoratori i mezzi per esercitare il diritto alla disconnessione, inteso come «mancato esercizio di attività o comunicazioni lavorative per mezzo di strumenti digitali, direttamente o indirettamente, al di fuori dell'orario di lavoro», e per proteggere gli stessi contro trattamenti sfavorevoli posti in essere a loro danno per aver esercitato o aver tentato di esercitare il diritto medesimo. Si tratta, come previsto dalla stessa proposta del Parlamento europeo, di un principio che non prevedrebbe deroghe, se non «in circostanze

tratta di un principio che, tuttavia, non è privo di una intrinseca contro intuitività: esso, da un lato, correttamente giustifica un intervento protettivo *hard* contro eventuali trattamenti ritorsivi, proprio nella configurazione proposta, di rigida predeterminazione *ex ante* del tempo di disconnessione; dall'altro, se non adattato flessibilmente, rischia di ingabbiare eccessivamente le prospettive di soggettivazione del tempo di lavoro, con uno sguardo eccessivo rivolto al passato⁷³⁶: ciò tenuto conto di come nel modello "alto" dell'impresa integrale, intesa quale «comunità performante»⁷³⁷ è la persona che dovrebbe essere pienamente abilitata a essere soggetto «controllore e non controllato dei processi, che può governare in gran parte il tempo delle operazioni che fa, che autoregola – senza alzarsi dalla sedia e senza cambiare schermo – il tempo del lavoro e il tempo dei *loisir*»⁷³⁸. A differenza degli altri principi trasversali sopra ricordati, il principio del contenimento della *working time porosity* è forse quello che più necessita di operare tramite un bilanciamento più modulare tra tecnica regolativa *soft*, che garantisca la trasparenza della pattuizione sui tempi di lavoro e di non lavoro; ma anche margini di scelta alla libera autodeterminazione del prestatore che opera in *workplace* nei quali il lavoro si inquadra in uno scenario abilitante della persona, delle sue capacità e delle sue aspirazioni; e, al tempo stesso, tramite una tutela rimediabile *hard*, nel caso in cui la modalità *always on* sia pretesa e imposta unilateralmente dalla parte datoriale, a discapito delle scelte di vita del lavoratore coinvolto, del suo «diritto di ignorare»⁷³⁹ l'intrusione della domanda di lavoro nel suo tempo, scelto, di non lavoro⁷⁴⁰.

2.1 Seconda tendenza comune: l'estensione e/o ibridazione legale delle tutele nelle ipotesi di "smarginatura" della fattispecie.

La seconda tendenza che emerge dai tre scenari presi in considerazione è ravvisabile in un parallelo, e apparentemente contraddittorio, processo di *estensione* legislativa della fattispecie a scopo di tutela, ma anche di sua *ibridazione* regolativa con lo scopo di meglio valorizzare la persona che lavora.

Il primo processo, ampiamente esplorato di recente⁷⁴¹, emerge dall'apprezzamento di profili

eccezionali, quali la forza maggiore o altre emergenze, a condizione che il datore di lavoro fornisca per iscritto a ogni lavoratore interessato le motivazioni che dimostrino la necessità di una deroga ogniqualvolta si ricorra a essa».

⁷³⁶ In un'epoca in cui, invece, tutto sommato, il lavoratore che svolge i propri compiti in modalità agile, ma anche compiti in cui estrinseca capacità creative e propositive, può liberamente autodeterminarsi a periodi di più intensa connessione con la propria strumentazione tecnologica, scegliendo magari – in una prospettiva di opportunità abilitante e non di vincolo – di lavorare di più la notte, perché di giorno ha dedicato il proprio tempo al lavoro di cura. Sul punto v. le considerazioni di M. Militello, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 187 ss., la quale evidenzia come l'accordo di lavoro agile dovrebbe garantire al lavoratore un «diritto potestativo nella definizione dei tempi di lavoro, ivi compreso un diritto alla disconnessione chiaro e assistito da tutte le garanzie necessarie».

⁷³⁷ Nella visione dell'impresa finalizzata allo *shared value*, M. Porter, M. Kramer, *Creating Shared Value*, cit., il riferimento non è semplicemente ai personali valori condivisi, ma non riguarda neppure la tradizionale redistribuzione del valore già prodotto dall'impresa, ma fa riferimento al "*expanding the total pool of economic and social value*", p. 64.

⁷³⁸ F. Butera, *Organizzazione e società*, cit., p. 131.

⁷³⁹ Sulla sostanziale erosione del «diritto di ignorare», quale effetto della graduale eliminazione derivante dall'essere sempre connessi della «frizione informazionale», intesa come "naturale" difficoltà che l'informazione può incontrare nel fluire dall'emittente al ricevente, v. L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2017, p. 46.

⁷⁴⁰ Cui magari seguano, in caso di resistenza del lavoratore a una dilatazione del tempo di connessione/disponibilità, prassi ritorsive, quali l'attribuzione di turni o fasce di attività meno remunerative, come appunto accade nel lavoro tramite piattaforma.

⁷⁴¹ Si rinvia a A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 1 ss.; Già A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 341/2017. Si v. pure A. Alaimo, *Lo*

vecchi e nuovi di debolezza del lavoratore: l'assoggettamento all'etero organizzazione; la continuità della messa a disposizione che non esclude, ma anzi accentua, instabilità e insicurezza, la dipendenza economica; la gestione spersonalizzata, che implica un controllo comunque pervasivo dell'algoritmo, tramite piattaforma; i rischi di discriminazione occulta, ecc. Nel primo caso (l'estensione di tutele), si tratta di nuovi/vecchi bisogni di protezione che prescindono dagli indici tecnico giuridici tipici della subordinazione e che fungono da catalizzatori di una estensione (totale) di tutele tipiche del lavoro subordinato: la fattispecie, prescinde delle tensioni "smarginanti" del tipo sociale e, per volontà del legislatore, ne sussume le varianti solo a scopo di estensione degli effetti di tutela. Nell'ipotesi dell'estensione, dunque, con riguardo all'*an* della tutela, la protezione, che fornisce il diritto del lavoro, finisce per prescindere dall'astrattezza della fattispecie e dagli sforzi di qualificazione tipologica⁷⁴²; ciò in ragione del fatto che, pur nella controparte della piattaforma tecnologica (il terzo scenario), si intravedono le dinamiche classiche del dominio nel rapporto di lavoro subordinato: la dipendenza economica nel mercato⁷⁴³, lo sbilanciamento di potere nel rapporto contrattuale e la necessità di fronteggiare un suo esercizio arbitrario al di là della pretesa oggettività dell'algoritmo. Con riguardo al *modus*, l'allargamento delle tutele è avvenuto, per scelta del legislatore, con una sorta di gemmazione della fattispecie nel lavoro eteroorganizzato cui si applica, come previsto dall'art. 2 del d.lgs. 81 del 2015, la disciplina del lavoro subordinato⁷⁴⁴.

Il secondo processo, definito di *ibridazione*, appare paradigmatico nella regolazione del lavoro agile, ma non si limita a questo. Nel caso del lavoro agile, l'ibridazione si rintraccia anche nel ricorso a uno strumento inusuale come il contratto individuale, con valorizzazione dell'autonomia individuale, anche in chiave di assunzione di responsabilità e non solo di libertà di scelta. Con il risultato di un allentamento della regolazione "uniforme" derivante dalla sussunzione nella fattispecie lavoro subordinato e con apertura a pattuizioni individuali su molti istituti tradizionalmente affidati alla norma inderogabile (potenzialmente su tempo, spazio, retribuzione, potere direttivo e di controllo) il cui equilibrio contrattuale diviene valutabile sempre di più in una logica di bilanciamento sistemico e di regolamentazione complessiva del rapporto, lungo un *continuum* di subordinazione (attenuata) e autonomia (accentuata) che ne segnano, appunto, il tratto ibrido.

Ma l'ibridazione trova tracce pure in alcune costruzioni dottrinali, quale, per esempio, il modello

"Statuto dei lavoratori autonomi": dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei valori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele? in *NLCC*, 2018, 3, p. 589 ss.

⁷⁴² V. di recente A. Alaimo, *Il lavoro autonomo fra nuove "debolezze" e deficit di protezione sociale: tutele prima, durante e dopo la pandemia*, in *RDSS*, 2021, 2; O. Razzolini, *I confini tra subordinazione, collaborazioni etero-organizzate e lavoro autonomo: una rilettura*, in *DRI*, 2020, p. 345 ss.

⁷⁴³ Sulla dipendenza economica come criterio di espansione delle tutele v. A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 112 ss.

⁷⁴⁴ Ma pure nella nuova regolamentazione protettiva dei lavoratori autonomi che svolgono attività di consegna di beni per conto altrui, in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore, che – con il nuovo capo V-bis, artt. 47 bis e ss. del d.lgs. 81 del 2015 – divengono destinatari di una serie di tutele "universalistiche" che si collocano a metà tra lo statuto protettivo del lavoro subordinato e la tutela *minimal* del lavoro autonomo non imprenditoriale di cui al d.lgs. 81 del 2017. L'opzione per un meccanismo di estensione selettiva delle tutele oltre la subordinazione è alternativa a una diversa (e per molti ritenuta inaccettabile) strategia regolativa di estensione della fattispecie; la tutela, in una diversa scelta dei regolatori, potrebbe pure conseguire a una mobilitazione (elastica) del perimetro della subordinazione, con ciò che essa presuppone in termini di attribuzione dei connotati strutturali e funzionali della fattispecie legale e relativa imputazione di (tutti gli) effetti: il che configurerebbe una disponibilità di segno invertito del tipo. Sulla distinzione fra l'ipotesi di neo-polarizzazione del lavoro e quella di rimodulazione delle tutele v. A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 97 ss.

del *personal employment contract* con una forte connotazione del legame personale⁷⁴⁵, che ha trovato in alcuni ordinamenti “ascolto” del legislatore anche con ricorso alla tecnica del *tertium genus* legislativo⁷⁴⁶. Nel capitalismo delle piattaforme si diffondono, com'è ormai oggetto di ampi studi, prestazioni di lavoro che ibridano essenze tipologiche della subordinazione e dell'autonomia e che possono dar luogo a modelli regolativi diversi dalla mera estensione dell'insieme tutele del lavoro subordinato: per esempio l'esperienza del *worker* britannico, ove quel che rileva al di là dei confini della fattispecie, è la scelta del legislatore di una dispensa selettiva di tutele. Ma al di fuori delle scelte del legislatore, a tale processo può ricondursi pure l'applicazione discrezionale di tutele tipiche del lavoro subordinato compatibili, a opera direttamente delle Corti o, preferibilmente, da parte della fonte collettiva, per iniziativa autonoma o con la previsione del rinvio della legislazione promozionale, secondo il modello italiano. In ogni caso, qualunque sia la tecnica regolativa, incidente più o meno sulla fattispecie, la tendenza che sembra emergere con tratti di prevalenza, sembra essere di una estensione selettiva delle tutele (retribuzione minima, regole di predeterminazione dei tempi e dei riposi, assicurazione antinfortunistica, principio non discriminazione, principio di giustificazione del recesso, ecc.), come statuto minimo per l'affermazione di un diritto fondamentale (di taglio universalistico) e non solo sociale, alla tutela della dignità della persona, nella visione della soggettivazione dell'epoca post sociale proposta da Alain Touraine. È evidente che tutto ciò presuppone la presa d'atto, comunque, della “smarginatura” dei confini tipologici della fattispecie.

2.2 Terza tendenza comune: il “rimedialismo”.

La terza tendenza, in astratto comune ai tre scenari sopra considerati, ma registrabile soprattutto nel terzo, si concreta nello spostamento del *focus* verso i rimedi, nell'ottica di garantire l'effettività della disciplina lavoristica a prescindere da qualificazioni astratte. Il “rimedialismo” può considerarsi una ricaduta, da una parte, delle difficoltà di assicurare l'effettività e l'uniformità delle tutele all'interno della complessità che caratterizza i differenti contesti lavorativi del nuovo secolo; dall'altra, della tendenza espansiva del diritto del lavoro – come si è visto, soprattutto tramite l'ascesa dei principi trasversali – a garantire forme di tutela effettiva al contraente debole, per la via giudiziale, prima ancora che per la via legislativa. L'accentuazione dell'importanza della prospettiva rimediale si iscrive in una più generale tendenza del diritto postmoderno⁷⁴⁷, nel quale il livello di complessità delle situazioni tutelate dai diritti soggettivi è tale da non garantire, sempre e in maniera soddisfacente, l'interesse tutelato dalla disciplina attributiva del diritto; per tale ragione, l'ordinamento spesso si trova costretto ad apprestare una regolamentazione secondaria, o a sviluppare una reazione giudiziale ulteriore, atta a garantire il soddisfacimento del diritto rimasto insoddisfatto, come anche di un diritto soggettivo la cui identità si manifesta tra le pieghe di una regolamentazione che, nel magma di una evoluzione sociale che corre avanti ai processi di giuridificazione, si evolve con caratteristiche talmente mutevoli da risultare insuscettibile di cristallizzazione.

⁷⁴⁵ M. Freedland, N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁷⁴⁶ S.D. Harris, A.B. Kruger, *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”*, The Hamilton Project, Discussion paper 2015. n. 10.

⁷⁴⁷ V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045 ss. Nella prospettiva lavoristica europea, v. O. Razzolini, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno*, in *LD*, 2017, p. 447 ss.

Il primo dei sintomi dell'accentuazione del rimedialismo è, infatti, la diffusione della tutela antidiscriminatoria che, agendo con carattere autonomo, trasversale e universale, e quindi potenzialmente anche su situazioni e comportamenti non tipizzati dall'ordinamento (come nel caso della discriminazione da algoritmo di Deliveroo), mira a ristabilire condizioni di parità nell'acquisizione o nel godimento di beni o opportunità, ovvero a eliminare ostacoli che vi si frappongono⁷⁴⁸: per questo si accentua il carattere rimediale della citata tutela e il bilanciamento valoriale *ad hoc* che può essere fatto, in sede giudiziale, sulla funzione demolitoria o di rimozione, risarcitoria/compensativa o redistributiva. Il diritto del lavoro e le sue trasformazioni è certamente un terreno molto fertile per osservare quello che può essere definito l'effetto di sostanzializzazione dei rimedi⁷⁴⁹, aprendosi – come dimostra la recente disciplina sui rimedi contro il licenziamento illegittimo, come interpretata e corretta dalla Corte Costituzionale – ampi spazi di bilanciamento di interessi funzionali alla scelta della tutela più adeguata e proporzionata da apprestare⁷⁵⁰, ulteriore a quello che ha ispirato la regolamentazione del diritto tutelato, non ultimo accentuando anche la funzione sanzionatoria/dissuasiva del rimedio stesso.

La rivoluzione digitale, e le sue diverse declinazioni nei tre *workplace* analizzati aprono, come è intuibile, scenari di complessificazione del ruolo e dei meccanismi di funzionamento e di bilanciamento della tutela rimediale di portata più generale, che non possono essere approfonditi in questa sede. Qui ed ora, è possibile sottolineare come il futuro del diritto del lavoro sia destinato a proseguire nella strada del rimedialismo e delle sue valvole di bilanciamento valoriale in concreto. In tal senso esso può considerarsi sia un'autonoma tecnica regolativa, con riguardo a domande di giustizia ancora non del tutto definite e tuttavia in cerca di una proprio specifico riconoscimento; sia una tecnica che consente al giudice di concretizzare il progetto di giustizia previsto dalla legge: ciò può avvenire adattando il rimedio a contesti nuovi, alla specificità degli interessi in situazioni di debolezza differenziate, anche al fine di sanzionare vere e proprie forme di abuso del diritto.

Il caso dei lavoratori della *gig economy*, prima ancora della regolamentazione differenziata per via legale di cui si è detto, rappresenta un esempio lampante dell'ascesa del rimedialismo oltre la fattispecie⁷⁵¹. Si tratta di una strategia di tutela, che tuttavia – per la complessità delle potenziali aree di "aggressione" a diritti fondamentali dei lavoratori – pare essere soltanto all'inizio di quello che sarà un lungo percorso di puntellamento delle misure atte a preservare la dignità dei lavoratori stessi⁷⁵².

⁷⁴⁸ M. Barbera, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 64.

⁷⁴⁹ Sul quale, in generale, v. C. Zoli, *L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 2017, p. 425 ss.

⁷⁵⁰ Sulla «funzione costituzionale dei rimedi nel diritto del lavoro (non proprio) "maturo"», v. F. Martelloni, *I rimedi nel "nuovo" diritto del lavoro autonomo*, in *LD*, 2017, p. 517 ss.

⁷⁵¹ V. T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, in *LD*, 2017, p. 367 ss.; sui "limiti" della prospettiva rimediale v. però A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 71, il quale evidenzia come «la giurisprudenza non può sostituirsi al legislatore nella definizione degli ambiti di applicazione di una determinata disciplina di tutela, né tantomeno può sostituirsi al legislatore nella selezione delle tutele (si veda in tal senso, di recente, Cass. n. 1663/2020 in tema di *rider*). Questo compito di definizione degli ambiti di tutela "oltre" la fattispecie di subordinazione continua a spettare al legislatore (...). Quello che la giurisprudenza può fare, specie in un sistema continentale basato su tipi contrattuali rigidi, è cercare di adattare la nozione di subordinazione all'evoluzione del contesto socio-economico attraverso la revisione degli indici, o mediante una loro interpretazione teleologicamente orientata».

⁷⁵² Come si è detto, sotto i diversi profili derivanti dalle prassi di *rating* reputazionale, della trasparenza dei trattamenti, dalle forme opache di disconnessioni o di ricollocazione oraria, ecc.

Anche gli altri scenari, tuttavia, non sembrano meno permeabili all'ascesa dell'approccio rimediabile in funzione adattiva: si pensi, per quanto riguarda lo scenario più "tradizionale" che necessita delle garanzie tipiche della regolazione lavoristica, a tutto il complesso tema degli appalti nel settore della logistica, pure influenzati dalle nuove tecnologie, rispetto ai quali si pone fortemente l'esigenza di rafforzare la prospettiva rimediabile discendente dalle cosiddette e diversificate, per forme ed effetti, clausole sociali, atte a garantire forme di tutela ai lavoratori coinvolti nei cambi di gestione e/o nelle successioni fra un appaltante e un altro; come pure si è detto, alle problematiche che nasceranno dalla gestione dei patti individuali (o mediati dalla contrattazione collettiva) disciplinanti le modalità del lavoro agile, il controllo, l'esercizio del potere disciplinare, il recesso, ecc. Nel primo scenario, quello di industria 4.0 e dell'impresa integrale, la prospettiva rimediabile dovrebbe agglutinarsi dentro circuiti procedurali e riflessivi, anche informali e/o istituzionalizzati, di partecipazione, coinvolgimento e autocontrollo; e tuttavia anche tale modello relazionale "collaborativo" potrebbe consentire di esplorare la prospettiva rimediabile anche se al margine: si pensi, solo in via ipotetica, alla centralità della formazione, – pilastro della teorizzazione delle *capability* applicata al diritto del lavoro⁷⁵³ – che l'innovazione tecnologica reca con sé, e alla esigenza di assicurare un vero e proprio diritto alla formazione continua e abilitante; ciò soprattutto nella fase di transizione dal vecchio al nuovo ordine organizzativo, con il rischio di effetti discriminatori per le generazioni di lavoratori più anziani e meno socializzati all'impatto delle nuove tecnologie, o meno disponibili a mettere il lavoro al centro dell'esperienza esistenziale.

3. Inderogabilità adattiva, clausole generali e regolazione differenziata: per un rinnovato (e rafforzato) ruolo dell'autonomia collettiva.

Le brevi considerazioni sulle tendenze in atto riguardo le tecniche di regolazione e di tutela confermano la circolarità di parole vecchie e nuove che caratterizzano l'evoluzione della disciplina. Nei tre *workplace* maggiormente attraversati e plasmati dai cambiamenti tecnologici si riflette la «natura intrinsecamente aperta del diritto del lavoro»⁷⁵⁴, con una propensione a comprendere e regolamentare realtà difformi in mutamento, senza rinnegare la propria anima e la propria aspirazione di tutela della persona. In questa straordinaria adattabilità, il diritto del lavoro alla prova dei radicali mutamenti dei luoghi di lavoro si presta a parziali adeguamenti, se non proprio a vere differenziazioni dello statuto protettivo. Nella regolazione dinamica della complessità, parole e tecniche vecchie e nuove del diritto del lavoro (il rapporto tra norma inderogabile⁷⁵⁵ e autonomia individuale, il ricorso alle clausole generali come strumento di controllo aperto e modulare, la flessibilità contrattata e la regolazione sindacale differenziata all'ombra, ma anche a prescindere

⁷⁵³ Sulla centralità della formazione, pubblica e privata, nella teoria delle *capability* e sul suo polimorfismo di bene condiviso, patrimonio del lavoratore e risorsa dell'impresa, si rinvia a B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, p. 1 ss. V. pure R. Del Punta, *Labour Law and Capability Approach*, in *IJCLL*, 2016, p. 383 ss.

⁷⁵⁴ Come già rilevato da S. Sciarra, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *ADL*, 1999, p. 369 ss. si tratta di una «disciplina che si svolge a livello transnazionale senza distaccarsi da radici nazionali, ricca di contenuti procedurali, oltre che di diritti azionabili dai singoli, sfaccettata quanto ai suoi possibili risultati, rivisitata quanto alla sua capacità di adeguarsi a modulazioni diverse delle tutele».

⁷⁵⁵ Per una recente ricostruzione dell'evoluzione dell'inderogabilità, v. R. De Luca Tamajo, *La (in)derogabilità della normativa lavoristica ai tempi del Jobs act*, in *Labor*, 2016, p. 321 ss.; A. Zoppoli, *Verso il tramonto dell'inderogabilità?* in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 37 ss.

dalla legge) si mescolano oggi in un *mix* inedito di combinazioni e di interazioni alchemiche di tecniche che, ancora una volta, spesso disorientano i giuristi del lavoro costretti a riflettere sulla identità della materia, sulla fedeltà della stessa ai valori fondativi originari⁷⁵⁶, ma anche sulla sua straordinaria capacità di governo della complessità della società digitalizzata.

Così nel modello magnete dell'impresa integrale – ispirato a una organizzazione reingegnerizzata a misura della persona e dello sviluppo della sua intelligenza e creatività, in cui la fabbrica aspira a diventare una rete di comunità professionali e di *team*, comprensivi dei *manager*, che operano in una relazione cooperativa – è lecito ipotizzare spazi di rinnovata vitalità dell'autonomia individuale in funzione adattiva della norma inderogabile; nonché in funzione abilitativa della libertà, come non dominio, e delle capacitazioni del soggetto che opera in posizione non oppositiva al *management* aziendale, ma neppure alla più impalpabile figura del datore di lavoro pubblico.

Si è già rilevata l'importanza e la strategicità dell'operatività dei principi trasversali a salvaguardia di possibili distorsioni (anche involontarie) connesse alla disumanità di alcune attività e di alcuni contesti lavorativi; e ciò anche nel modello magnete di cui si discute. Ma non vi è dubbio che sono ormai numerose le esperienze di nuove geografie del lavoro⁷⁵⁷ nelle quali dal contatto con l'intelligenza, l'innovazione e la crescita produttiva (di processo ma anche di prodotto eco-sostenibile), germogliano realtà *win win*. In esse i sociologi osservano relazioni lavorative stabili, socialmente soddisfacenti non solo e non tanto dal punto di vista retributivo, ma soprattutto professionale e relazionale-collaborativo, e, in quanto tali, "scelte" e ambite sul versante del lavoro; con un effetto a valle di consolidamento della relazione fiduciaria (il contratto psicologico) tra azienda e lavoratori/trici, in grado di governare e affiancare proattivamente macchine intelligenti.

In tali contesti, se suona rassicurante, come la coperta di Linus, ripetersi che l'inderogabilità resta un super-principio, garante finale della diversità della materia⁷⁵⁸, è però anche vero che numerosi sono gli spazi che si aprono a pattuizioni individuali, più o meno mediate dalla contrattazione o dalla formalizzazione in sedi protette, che – di fatto – consentono un adattamento della disciplina lavoristica "tradizionale" al volto "*bright*" della tecnologia e del modo di fare impresa, in una logica collaborativa e non di mero dominio⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ V. V. Speciale, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 3.

⁷⁵⁷ Secondo l'immagine evocativa di E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano, 2013.

⁷⁵⁸ R. Del Punta, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro*, in L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, cit., p. 15 ss.

⁷⁵⁹ V. B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, cit., p. 25, ove si evidenzia come «il riconoscimento dovrebbe sostanziarsi tanto in classici diritti, anche di nuovo conio (l'ormai improcrastinabile diritto alla formazione soprattutto tecnologica, il diritto a essere coinvolto almeno a titolo informativo nell'elaborazione dei modelli organizzativi, il diritto a essere interpellato prima di atti gestionali che lo riguardano, diritti di trasparenza, diritti di critica volti a salvaguardare l'indipendenza morale delle persone a fronte di tentativi di colonizzazione delle anime, istituti di conciliazione vita-lavoro e quindi il diritto alla disconnessione nel lavoro agile ecc.), quanto in meccanismi istituzionali di governo dell'impresa (ridefinizione dei diritti delle rappresentanze del personale, anche per adeguare i diritti statutari all'era informatica; normative premiali per l'adozione di modelli organizzativi incentrati sull'assegnazione di obiettivi e sulla conseguente responsabilizzazione, di team e/o individuale, dei suoi protagonisti; modelli più fortemente partecipativi di gestione della sicurezza; meccanismi di partecipazione/proceduralizzazione a livello individuale). È altresì chiaro che di questi scenari sarebbero una componente naturale anche piani retributivi con una forte componente incentivante (e a loro volta incentivati) e politiche di sviluppo del welfare aziendale».

Emblematica di questa possibilità è la regolazione della flessibilità funzionale che, dopo la riforma del 2015, in un *mix* di fonti di regolazione profondamente rimescolato che oggi lascia spazio alla regolazione negoziale collettiva e individuale (assistita e non), apre margini di rideterminazione delle mansioni di assunzione sia in senso orizzontale, sia in senso verticale, ma al tempo stesso individuando un obbligo di formazione permanente esigibile dal lavoratore⁷⁶⁰. In una prospettiva collaborativa e de-gerarchizzata, dunque, non è escluso, anzi è auspicabile che il lavoratore possa negoziare un ampliamento dell'oggetto del contratto, da cui possa poi discendere un ampliamento della propria professionalità e dinamicità dentro (ma anche fuori) il contesto aziendale; così come è possibile che la contrattazione collettiva – in una prospettiva innovativa, come è avvenuto nel settore metalmeccanico, ma anche delle TLC – possa procedere a un riassetto complessivo del sistema di inquadramenti capace di rispecchiare i cambiamenti del lavoro e i percorsi di accrescimento professionale in una logica di sviluppo dinamica delle competenze e di definizione di ruoli e non più di mansioni. Come pure emblematica, in questo scenario, è la diffusione di accordi individuali di *smart working*, altamente flessibili e personalizzati, che implicano auto responsabilità con riguardo ai risultati, condivisione a monte degli obiettivi d'impresa e polivalenza, con meno vincoli sulle modalità prestazionali, in una logica collaborativa e, appunto, di riconoscimento reciproco.

Se, pertanto, il primo scenario tecnologico – quello magnete dell'impresa integrale – si caratterizza per una inedita interazione tra regolazione inderogabile e autonomia collettiva e individuale in funzione adattiva e abilitante, è anche vero che in tale *mix* regolativo, soprattutto laddove la flessibilità sia veicolata attraverso l'autonomia individuale, un ruolo determinante potrà e dovrà essere giocato anche da una rinnovata considerazione delle clausole generali, soprattutto della buona fede, che da anni rappresenta uno dei principali punti di emersione della “costituzionalizzazione” dell'intero diritto civile; si tratta, come è noto, della clausola che ha contribuito all'applicazione del principio solidaristico dell'art. 2 Cost. nei rapporti interprivati, in funzione di controllo ultimo della effettività e genuinità della logica collaborativa e del citato riconoscimento reciproco nella fase di concreta esecuzione del contratto e di verifica della correttezza dell'adempimento. L'accentuazione della logica collaborativa sembra presupporre, infatti, un elevato grado di fiducia della relazione instaurata⁷⁶¹, laddove la fiducia assume connotati del tutto nuovi rispetto al passato, rinviando tanto alla fiducia che il datore ripone nel proprio prestatore, quanto alla fiducia e all'affidabilità che entrambe le parti⁷⁶² (e quindi anche il contraente non più da considerarsi debole) hanno riposto nella nuova relazione sempre più collaborativa e partecipativa.

⁷⁶⁰ Si rinvia all'analisi di B. Caruso, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act*, cit., p. 81 ss.

⁷⁶¹ Sulla natura essenzialmente fiduciaria dello *smart working* v. P. Ichino, *Un'idea sbagliata dello smart working*, 6 luglio 2020, su www.pietroichino.it, il quale evidenzia come il lavoro agile «funziona sulla base di un rapporto di fiducia e collaborazione tra le parti particolarmente intenso, che sostituisce timbratura del cartellino e altri controlli sull'assiduità dell'impegno»; stante la natura essenzialmente fiduciaria della pattuizione di lavoro agile, correttamente Ichino contesta l'emergere di alcuni orientamenti giurisprudenziali che, seppure riferiti allo *smart working* “emergenziale”, hanno riconosciuto ai lavoratori richiedenti una sorta di «diritto al lavoro agile», che però non nascendo da una scelta condivisa e basata sulla fiducia tra le parti, non si ponga «come evoluzione organizzativa guidata dalle persone più motivate e professionalmente attrezzate», ma come «una sorta di esonero parziale per persone che hanno dei problemi».

⁷⁶² Sulla necessità di plasmare la relazione contrattuale su «dinamiche regolative personalizzate che, sul piano dell'esecuzione del contratto, consentano di intravedere obblighi di reciproca collaborazione e affidamento bilateralmente allargati», v. R. Del Punta, B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, in *LD*, 2016, p. 645 ss.

L'estensione dell'area del debito che segue alla (potenziale) espansione dell'oggetto del contratto⁷⁶³, così come anche l'accentuazione della logica del risultato cui può andare incontro l'obbligazione di lavoro svolta in modalità *smart*⁷⁶⁴, come pure, infine, un patologico esercizio del potere direttivo di controllo abilitato dalle nuove strumentazioni tecnologiche, sono tutte condizioni che impongono, dunque, la necessità di un più attento controllo dei poteri datoriali (potenzialmente esercitabili in una dinamica patologica rispetto alla logica collaborativa e fiduciaria di cui si è detto) nel rispetto del principio di buona fede in *executivis*, quale naturale contropartita regolativa all'apertura, nel modello magnete, all'autonomia individuale in funzione di flessibilizzazione qualitativa, quantitativa, temporale e spaziale della prestazione richiesta.

Nella medesima logica collaborativa e fiduciaria, d'altra parte, sembra naturale che la regolazione congiunta⁷⁶⁵ possa assumersi il compito di *tipizzare* meglio le ipotesi di responsabilità disciplinare connesse alla strumentazione tecnologica utilizzata (ma non solo), valorizzando la specificità della tipizzazione medesima come veicolo per l'attribuzione della tutela reintegratoria nel regime dell'art. 18 dello Statuto (nella versione Fornero); pare prevedibile, infatti, ritenere che la regolazione concertata e condivisa del licenziamento disciplinare, dove relazione fiduciaria e profili di dignità della persona si intersecano strettamente, possa condurre a fattispecie di regolazione che fungano da modello (la funzione magnete) anche per gli scenari laddove, più che la condivisione e la concertazione piena, potrebbe l'imposizione, o la persuasione, veicolata dal confronto conflittuale classico.

É altrettanto evidente tuttavia che il modello ideale di impresa integrale, e l'industria 4.0 che ne sembra il vettore più attrezzato, genera i propri fasti nella gestione partecipata dell'innovazione⁷⁶⁶, nei circuiti formativi abilitanti, nell'aggiornamento costante dei sistemi di inquadramento⁷⁶⁷, nella attivazione personalizzata del diritto di informativa, se non di un vero e proprio diritto di contrattazione, sugli algoritmi utilizzati nei programmi aziendali⁷⁶⁸, aventi rilevanza nella gestione delle risorse umane⁷⁶⁹.

⁷⁶³ Sul contratto di lavoro inteso come "formante intelligente" in grado di preservare spazi all'autodeterminazione delle parti, una logica di fiduciarità della relazione instaurata, laddove la fiducia assume connotati del tutto nuovi rispetto al passato, rinviando tanto alla fiducia che il datore ripone nel proprio prestatore, quanto alla fiducia e all'affidabilità che entrambe le parti hanno riposto nella nuova relazione sempre più collaborativa e partecipativa, v. L. Zappalà, *La colpa del lavoratore*, cit., p. 293 ss.

⁷⁶⁴ P. Ichino, *Lo smart working e il tramonto della summa divisio tra lavoro subordinato e autonomo*, in *LDE*, 2021, il quale correttamente evidenzia come «una modifica della struttura del rapporto di lavoro, per effetto della quale la persona interessata, almeno in riferimento al segmento di prestazione lavorativa svolta in forma di lavoro agile, non è più responsabile dell'estensione temporale della prestazione stessa, ma del conseguimento di determinati risultati concordati con il datore di lavoro».

⁷⁶⁵ Sulle opportunità di un rilancio delle relazioni industriali, v. M. Carrieri, F. Pirro, *Digitalizzazione, relazioni industriali e sindacato*, cit., p. 121 ss.

⁷⁶⁶ M. Gaddi, *Industria 4.0 e la regolazione del lavoro*, in *QRS*, 2018, p. 71 ss.; M. Sai, *Lavori e sindacato nel processo di innovazione organizzativa e tecnologica*, cit., p. 195 ss.

⁷⁶⁷ V. il caso BTicino dove è iniziata una sperimentazione nell'ambito della Commissione Professionalità e organizzazione del lavoro, con cui le Rsu e le organizzazioni sindacali stanno provando a sfidare l'azienda sul piano delle opportunità della digitalizzazione per la polifunzionalità e la polivalenza; ma anche i casi Hpe, Aboca, Nuovo Pignone, Auta Marocchi e Saras sui quali v. C. Mancini, *Contrattare l'algoritmo: otto casi aziendali*, in *QRS*, 2018, p. 47 ss. V. pure M. Panara, *Aboca*, in A. Cipriani, A., Gramolati, G. Mari, (a cura di), *Il lavoro 4.0*, cit., p. 585 ss.

⁷⁶⁸ V. C. Mancini, *Contrattare l'algoritmo*, cit., p. 59 ss.

⁷⁶⁹ Il governo dell'algoritmo è considerato, infatti, una vera e propria sfida per il sindacato nell'era della digitalizzazione al fine di contrastare i processi di disintermediazione in atto, v. a titolo a titolo esemplificativo l'intervista *Lavoro 4.0*, Scacchetti: "Governare

Il secondo scenario tecnologico emblematicamente rappresentato dai settori della logistica, altamente tecnologizzati e con organizzazione del lavoro neo fordista – ove la gestione delle risorse umane è pure schermata dall'opacità dell'algoritmo – è dove, invece, più si avverte l'afflato della tradizione e ove più operative ed efficaci risultano ancora le tecniche di regolazione "classiche", prima fra tutte la tecnica della inderogabilità, da estendere anzi a nuovi ambiti, ove si accentua la vulnerabilità del prestatore e la sua complessiva insicurezza. Esse sono aggravate da modalità di controllo sempre più pervasivo della prestazione che mettono a rischio la dignità della persona. Si tratta di un "luogo di lavoro" oggetto di profonde trasformazioni di carattere tecnologico e organizzativo e da una tendenza alla ristrutturazione verticale, attraverso un crescente ricorso all'*outsourcing*, ma anche da una depauperazione delle competenze dei lavoratori e da una segmentazione e frammentazione dei compiti⁷⁷⁰ che sembra ricalcare vecchie logiche tayloristiche, con l'aggravante di essere gestite da algoritmi di apprendimento che prevedono *ex ante* i comportamenti umani e che, proprio per i pericoli nuovi di sfruttamento ad esso connessi, ha veicolato il pure dilagante senso di sfiducia nei confronti del dibattito sulla "nuova" funzione del diritto del lavoro nel modello di industria 4.0 cui si è prima accennato. Nella prospettiva dell'opportunità di una regolazione lavoristica differenziata, il secondo scenario rappresenta l'ambito elettivo di manutenzione ordinaria e di applicazione delle tradizionali tecniche di regolazione protettiva del contraente debole. Esse devono, comunque, evolversi per affinare la capacità di intervento (efficacia allo scopo della effettività), sia avvalendosi della portata generale dei principi trasversali di cui si è detto⁷⁷¹, sia – ove necessario – valorizzando la prospettiva rimediale in funzione di garanzia di spazi di tutela in nuovi ambiti di rischi di abuso cui sono esposti i lavoratori a fronte delle nuove tecnologie; sia rinvigorendo – come è avvenuto con il recente sciopero del personale Amazon⁷⁷² – strumenti di lotta "classici" come il conflitto⁷⁷³ e la rivendicazione sindacale in funzione acquisitiva e protettiva.

Lo scenario certamente più difficile da "governare" tramite il *mix* delle tecniche di regolazione e di tutela proprie del diritto del lavoro è, invece, certamente il terzo, quello della cosiddetta *gig economy*, che – come si è visto – mette in crisi la stessa efficacia delle tecniche di regolazione finora utilizzate, nonché la stessa possibilità di addivenire a soluzioni regolative uniformi all'interno del medesimo simbolico *workplace* in grado di bilanciare una volta per tutte i diversi interessi in gioco. È questo, infatti, lo scenario – solo simbolicamente raggruppato in luogo "virtuale" univoco, la piattaforma – nel quale convergono modelli di regolazione del lavoro al loro interno profondamente diversificati e ancora da razionalizzare compiutamente sotto il profilo giuridico-lavoristico⁷⁷⁴.

Si tratta dello scenario nel quale più prepotentemente sembrano giocare un ruolo fondamentale

l'algoritmo è la sfida che il sindacato deve vincere", su <https://www.corrierecomunicazioni.it/lavoro-carriere/lavoro-4-0-scacchetti-governare-lalgoritmo-sfida-che-il-sindacato-deve-vincere/>.

⁷⁷⁰ L. Dorigatti, A. Mori, *Condizioni di lavoro e relazioni industriali nelle catene del valore della logistica*, in RGL, 2020, p. 388 ss.

⁷⁷¹ V. *supra* par. 8.

⁷⁷² V. il "resoconto" Amazon, *40mila in presidio in tutta Italia. Ecco le ragioni dello sciopero*, su <https://www.ilsole24ore.com/art/lafiliera-40mila-amazon-presidio-tutta-italia-societa-risponde-dipendenti-nostra-priorita-ADPbQ7RB>.

⁷⁷³ P. Campanella, *Logistica in lotta: primi sguardi*, in RGL, 2020, p. 475 ss.

⁷⁷⁴ Sulla tassonomia delle piattaforme la letteratura ormai è ampia, si rinvia per tutti a A. Aloisi, V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo*, cit., p. 83 ss. ed. digitale; B. Caruso, *I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo*, cit. p. 1010 ss.

i principi trasversali di cui si è sopra detto, operando gli stessi in maniera universalistica, ma pure con un elevato tasso di adattabilità e flessibilità alle diverse situazioni. In tale contesto, potenzialmente ampio è pure l'apporto della regolazione collettiva, sebbene con la difficoltà dell'azione collettiva in luoghi rarefatti, virtuali e disintermediati⁷⁷⁵. L'oggettiva atomizzazione della prestazione, ma anche del rapporto che ne scaturisce, rende più tortuose le dinamiche di solidarietà e di individuazione dell'interesse collettivo; onde l'esigenza di riadattare e diversificare sia i modelli di rappresentanza, sia i modelli di tutela che erano alla base del diritto del lavoro tradizionale e delle sue fonti (la legge e il contratto collettivo). Tale consapevolezza sembra essere stata fatta propria dal legislatore del 2019 che, nell'introdurre la nuova disciplina relativa alla tutela del lavoro tramite piattaforme digitali (artt. 47-bis e ss. del d.lgs. 81 del 2015), ha utilizzato (all'art. 47-quater) la tecnica "tipica" della regolamentazione tramite rinvio alla contrattazione collettiva dei sindacati comparativamente più rappresentativi, per quanto riguarda la determinazione del compenso complessivo, tenuto conto delle modalità di svolgimento della prestazione e dell'organizzazione del committente; stabilendo, tuttavia, in caso di inerzia della contrattazione specifica, l'applicazione del trattamento retributivo del contratto affine dei lavoratori subordinati, vale a dire il CCNL della logistica-trasporto merci-spedizioni.

Certamente, nel caso del lavoro dei *riders* o dei *drivers*, intermediato dalle piattaforme, si evidenzia una esigenza di tutela che va oltre i confini tradizionali del lavoro subordinato proprio perché si è di fronte a un modello ibrido che la realtà tende a riprodurre su scala più ampia, oltre la nicchia delle consegne a domicilio (i *freelance* nel settore della stampa, del lavoro artistico e tutto il mondo delle nuove professioni): un nuovo lavoro autonomo nella raffigurazione astrattamente tipologica, ma anche economicamente dipendente⁷⁷⁶. Per tali figure, infatti, la libertà di non accettare la offerta – di esercitare cioè la strategia *exit*, attraverso il rifiuto dalla singola prestazione pur nel mantenimento di una relazione continuativa con la piattaforma o con il committente – non è puro esercizio di autonomia contrattuale, proprio perché manca l'alternativa positiva della scelta negativa: la possibilità di scegliersi un altro contraente in un mercato denso di opportunità, che è invece la dimensione tipica di non dominio nel mercato. Quel che è comunque certo è che qualunque sia il modello di tutela apprestabile, il presupposto teorico da cui prendere le mosse è che il lavoro intermediato dalla piattaforma disegna, in ogni caso, una relazione (un *personal nexus*) tra un soggetto e un potere di committenza organizzato in forma imprenditoriale (e non una mera funzione di intermediazione). Riconosciuto questo non pare, tuttavia, che i *riders* e i *drivers* siano meccanicamente riconducibili ai garzoni o ai fattorini del secolo scorso, con l'unico "addendum della tecnologia che ottimizza il processo di intermediazione tra fornitore e cliente". L'estensione adattiva a livello aziendale del CCNL della logistica, trasporto, merci e spedizioni alla società del gruppo *Just Eat* va certo in questo senso, ma occorre verificare, al di là dell'ambito di potenziale copertura in termini di numero di addetti, se – alla fine – la comprensibile necessità di spingere, in ragione del tipo di organizzazione del lavoro, sul versante del lavoro subordinato iperflessibilizzato, certamente con il bilanciamento di una più precisa regolazione del regime di pause, ferie e permessi (art. 12), compensi la perdita di libertà e di autonomia che consente invece il

⁷⁷⁵ B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in *ADL*, 2017, p. 555 ss.

⁷⁷⁶ A. Perulli, *Oltre la subordinazione*, cit., p. 15 ss.

discusso contratto di Assodelivery⁷⁷⁷; quest'ultimo si presenta, non certamente come un contratto pirata, ma come una diversa risposta di tutela (certamente migliorabile) a chi non intende rinunciare a una certa dose di libertà a fronte di una maggiore sicurezza. Sebbene, in un quadro tanto complesso, le modalità di esercizio della delega alla contrattazione di cui al contratto Assodelivery siano state inusualmente "criticate" anche dall'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro che ha rivendicato la possibilità di accertamento di clausole *contra legem* contenute nel contratto stesso⁷⁷⁸, la vicenda della diversificata regolamentazione italiana del lavoro dei *riders* conferma come la strada delle tutele possa pure passare attraverso la diversificazione regolativa che tenga conto di una inusitata differenziazione di domande e di interessi, anziché attraverso una uniformità di moduli e di regole. Il modello della estensione selettiva delle tutele tipiche del lavoro subordinato a fattispecie ibride, produce infatti un effetto controintuitivo: più si estende lo statuto protettivo del lavoro subordinato, più tali figure finiscono per essere inserite, malgrado soggettive aspirazioni di autonomia e libertà, nelle dinamiche di dominio che scaturiscono dal contratto di lavoro subordinato; se si applicano le regole rigide del tempo di lavoro, ne scaturisce il loro legittimo controllo in termini di corretto adempimento e si giustifica l'esercizio del potere disciplinare in caso di inadempimento e, nei casi più gravi, anche il recesso giustificato. Tale effetto di assoggettamento e compressione della libertà, si accentuerebbe nel caso in cui si arrivasse a estendere, secondo una ipotesi fortemente sostenuta dalle confederazioni sindacali italiane, l'intero statuto protettivo del lavoro subordinato ancorché con la concessione di ampie dosi di flessibilità (per esempio l'uso massiccio del part time verticale). E, tuttavia, a fronte di comprensibili rivendicazioni di protezione, si stagliano pure genuine istanze di libertà e di autonomia del singolo che non possono del tutto essere obliterate. La mera estensione dell'ombrello protettivo del contratto di lavoro subordinato (il modello assicurativo a cui fa riferimento Pietro Ichino) finisce inevitabilmente per concedere in termini di stabilità, quel che toglie – in ragione dell'assoggettamento che tale schema per la sua rigidità implica – in termini di libertà e autonomia e, in alcuni casi, anche di possibilità di reddito potenziale. In tal caso, le regole eteronome di tutela possono rendere meno arbitrario il potere (il dominio), ma non lo eliminano anzi contribuiscono dialetticamente ad affermarlo.

4. Conclusioni. Eclissi o tridimensionalità del diritto del lavoro? Lo statuto protettivo della persona nei luoghi di lavoro multipli, reali e virtuali.

I giuristi del lavoro sono tradizionalmente adusi a ragionare partendo dai testi ma con lo sguardo rivolto ai contesti, e ispirandosi ai valori. Il tenere insieme l'astrazione concettuale, la dimensione assiologica fondata sui principi costituzionali positivi, l'interpretazione razionale della norma positiva con uno sguardo attento, ma non pre-compreso, alla realtà e alla sua evoluzione, costituisce il grande patrimonio di cultura giuridica che tocca trasferire, come i preziosi gioielli di famiglia, alle nuove generazioni di studiosi. È una prima tridimensionalità della disciplina, e del substrato

⁷⁷⁷ Su tale contratto v. i commenti di P. Ichino, *Contratto per i rider: è davvero "pirata"?* 21 settembre 2020, su www.lavoce.it; nonché le critiche di F. Carinci, *Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL, firmatari del contratto*, in *LDE*, 2021, 1; P. Tosi, *La tutela dei riders, carenze legislative ed eccedenze interpretative*, in *LDE*, 2021, 1; B. Caruso, *Contratto dei rider, un passo avanti*, 20 settembre 2020, su www.lavoce.it.

⁷⁷⁸ V. la nota all'indirizzo https://www.lavorodirittieuropa.it/images/Nota_del_Ministero.pdf, nella quale, addirittura, l'Ufficio citato ha rilevato come la disciplina sul compenso da esso prevista potrebbe essere ritenuta, anche in sede ispettiva, *contra legem*, e dunque sostituita di diritto dalla previsione di legge (art. 47-quater prima citato).

culturale profondo dei suoi chierici, che si è inteso richiamare, e che costituisce pure una *heritage* da preservare.

La seconda tridimensionalità che si è voluto mettere in rilievo riguarda la profonda diversificazione dei *workplace*, per come oggi attraversati e plasmati dal *driver* della tecnologia e al medesimo tempo la interconnessione degli scenari esemplificati. Si tratta di tre scenari tendenziali, dai confini porosi e dai viluppi relazionali complessi e anche contraddittori, non leggibili in bianco e nero e tantomeno interpretabili a partire da concezioni deterministiche dell'evoluzione tecnologica: gli studiosi di organizzazione ci dicono che un certo esito, ovvero un altro di segno opposto, con riguardo all'organizzazione e alle relazioni di lavoro, sono prodotti da chi governa e indirizza la tecnologia e non dalla variabile in sé considerata che, in quanto tale, è neutra.

Onde, se è vero che il modello di industria 4.0 si pone come vettore di concrete ri-organizzazioni che più si avvicinano al modello ideale di impresa integrale⁷⁷⁹, è pur vero che tale modello ha riguardato anche la manifattura tradizionale, per esempio l'*automotive*, innescando, inizialmente almeno, conflitti: si pensi alla vicenda dell'innesto del *World Class Manufacturing* alla FCA ai tempi di Marchionne, nel primo decennio del secolo. Ma è anche vero, a riprova della natura dialettica del cambiamento, che si vanno sperimentando modelli organizzativi avanzati, centrati sulla persona e sul coinvolgimento dal basso dei lavoratori, anche in settori come la grande distribuzione, meno attraversati da trasformazioni tecnologiche abilitanti, e tuttavia attratti dal primo scenario che funge da magnete. E tuttavia il settore del commercio non è neppure esente, in molte realtà, dall'inferno dei subappalti e delle false cooperative, con il carico di precarietà e di sfruttamento che tale organizzazione del servizio reca con sé. Si pensi, infine, a dimostrazione dell'effetto frattale dell'evoluzione tecnologica sul lavoro, agli esiti di controllo pervasivo o di neo fordismo di ritorno nel terzo e nel secondo scenario sotto l'egida dell'algoritmo.

Con riguardo al diritto del lavoro, più che in passato, si conferma la necessità di declinare lo statuto protettivo del lavoro con logiche di bilanciamento in concreto e differenziato nei diversi contesti. L'esito ottimale del bilanciamento dipende certamente da una realistica integrazione tra la regolazione giuridica-contrattuale e la capacità di osservazione empirica dei cambiamenti dei diversi luoghi di lavoro e delle persone situate.

Quel che in parte cambia è il riconoscimento della natura polifunzionale della regolazione

⁷⁷⁹ Sempre più spesso la stampa quotidiana riporta di casi di aziende di diversi settori che adottano sistemi o semplici prassi gestionali che richiamano il primo scenario. In occasione del primo maggio, accanto a una serie di articoli che si focalizzano sui drammi della disoccupazione e del precariato giovanile e femminile, indotti dalla crisi pandemica (L.L. Sabbadini, *L'impiego scomparso per chi era già fragile*, in la Repubblica del 1 maggio 2021), di sfruttamento nelle campagne e nelle piattaforme (N. Urbinati, *Anche l'Italia dei rider resta fondata sul lavoro*, in Domani del 1 maggio 2021; sempre sullo stesso quotidiano, l'interessante analisi, di R.A. Ventura, *Requiem per il primo maggio che va reinventato da zero*, *Lavoratori di tutto il mondo connettetevi*), interventi, quindi, che veicolano la narrazione "tradizionale", e certamente ancora reale, del lavoro come sofferenza e patologia, come dignità infranta e diritti da rivendicare, come travaglio e non come esperienza appagante, si sono incrociati anche *reportage* che dicono invece di una narrazione diversa, positiva e promozionale del lavoro e dei diritti come veicolo di libertà positiva: si segnala il caso dell' "Olivetti Orobico", un imprenditore che "paga i lavoratori per leggere", "perché la cultura rende migliori" sulla Stampa (nell'azienda durante l'orario di lavoro si organizzano gruppi di lettura volontari sia di saggi di attualità aziendale ma anche di romanzi). E poi l'incontro di Serena Tibaldi con gli imprenditori, creatori di moda, Dolce e Gabbana "Il successo del nostro stile nasce delle botteghe artigiane", che hanno spostato tutte le linee di produzione in Italia, ove la descrizione di un modello aziendale e produttivo di "sostenibilità umana oltre che ambientale". Certo si tratta ancora di casi minoritari se è vero, a voler seguire certi sondaggi, che ancora la maggioranza dei lavoratori avverte che "in Italia imprenditori e manager hanno ancora uno stile padronale", in Domani del 1 maggio 2021; anche se non mancano letture che evidenziano come il senso di appartenenza alla comunità di lavoro diventi sempre più fondamentale, v. D. Marini, *Più che la classe sociale vale la persona: così cambia la percezione dell'impiego*, in Il Sole24ore del 4 maggio 2021.

lavoristica: accanto alla sua tradizionale chiave protettiva della *non libertà* del lavoratore, certamente immutata, ma da adattare anche a nuovi e differenziati contesti, si afferma sempre più, in giustapposizione e non in contrapposizione alla prima, una nuova funzione premiale, promozionale, partecipativa, abilitante delle capacitazioni della persona. Si tratta di percorsi che il giurista del lavoro deve essere in grado di rintracciare e leggere adeguatamente, sia se germinino spontaneamente e unilateralmente per iniziativa di un *management* da non considerare illuminato, ma consapevole protagonista del cambiamento umanistico del *workplace* nel segno della sostenibilità; sia se siano frutto di nuove pratiche concertate e condivise tra gli *stakeholders*, tra cui un sindacato in grado di rinnovarsi e di farsi carico di nuove domande, sensibilità anche di nuovo conio e di nuove logiche, e strumenti, di aggregazione; sia qualora si intendano come itinerari da promuovere con una nuova stagione di leggi promozionali (e non solo di tutela), come avvenuto con il welfare aziendale o con il lavoro agile.

Con riguardo alla cassetta degli attrezzi del giuslavorista, in tale prospettiva non pare secondaria una rivisitazione degli strumenti tradizionali e delle classiche categorie ordinanti della materia, riutilizzate in un *mix* di combinazioni di tecniche di regolazione che, nel rispetto della identità originaria della materia, ne consenta un suo adattamento alla complessità della realtà digitalizzata. La sfida, cui si è tentato di dare un contributo nelle presenti pagine, è pertanto di ricostruire uno stato protettivo lavoristico forte, aperto cognitivamente all'apprendimento dell'ambiente esterno, e al tempo stesso modulabile per governare la complessità, senza rinunciare a rivendicare la propria identità di ordinamento policentrico che, nell'osservazione attenta delle direzioni e dei tratti dell'innovazione sociale, metta al centro la persona che lavora, i suoi bisogni protettivi, ma anche le sue aspirazioni di libertà positiva.

L'opzione concettuale e valoriale seguita, lungi dal rappresentare una sorta di canto del cigno del diritto del lavoro, o rappresentarsi come la proposizione di una meccanica, forzata e astratta tripartizione di strumenti e tecniche di regolazione, si configura come proposta di rilettura unitaria della disciplina. Vi traspare la convinzione che il substrato del diritto del lavoro è una materia "unica" e diversa rispetto ad altri campi pur importanti del diritto, perché travalica la dimensione dell'interesse utilitaristico e dell'avere, ovvero della mera razionalità organizzativa, ma si confronta con l'essere e con la sua più intensa libertà di agire e attivarsi in relazioni cooperative, dispiegando intelligenza, creatività e anche passione e coinvolgimento.

La disciplina giuridica che vi costruisce sopra, lungi dal costituire una sovrastruttura asettica, è invece piena di valori poiché assiologicamente orientata alla tutela ma anche alla promozione della libertà della persona che lavora, vale a dire forse all'unico concetto/valore/diritto/principio, in grado di esprimere sintesi: la sua dignità.

L'inedito spaccato tridimensionale che si è inteso offrire (un diritto del lavoro 3D, si potrebbe osare), consente di calibrare la dimensione e la profondità dei cambiamenti dei luoghi di lavoro, ma anche la loro distanza o vicinanza dal modello "tradizionale" che ha plasmato, nella storia, la legislazione protettiva. Ciò potrebbe consentire di avvicinarsi, senza blocchi ed esitazioni da angoscia – se non quelle che derivano dalla difficoltà della ricerca nell'ambiente complesso, che deve generare solo umiltà e consapevolezza dei propri limiti – all'impeto disgregante della diversità. Sarà un vasto programma, oltre che un auspicio, ma proprio perché tale occorre iniziare a intraprenderlo.

Anti-discrimination Law in the Italian Courts: the new frontiers of the topic in the age of algorithms*

Raffaello Santagata De Castro

1. Introduction.	194
2. Discrimination law and delays in Italian case law. The example of discriminatory dismissal.	195
3. Discrimination on the ground of trade union membership.	200
3.1 Discrimination by algorithm: can facts be classified as direct discrimination?	202
4. The burden of proof. Inconsistencies within Italian antidiscrimination law.	206
5. Legal standing and collective bodies. The role of national courts and the legitimate interest to bring an action.	211
6. Conclusion.	216

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 440/2021

1. Introduction.

In Italy, as in many other countries, discrimination in the workplace, by force of circumstances, has gained much attention during the pandemic. Social and economic restrictions introduced by the Government in order to slow the spread of Covid-19 have, paradoxically, exacerbated existing inequalities, especially those relating to gender (for example, with the rise of new forms of remote working during lockdown, mothers have been spending more time on household responsibilities for childcare and domestic work), and created new ones⁷⁸⁰.

The pandemic has also revealed the inequalities and forms of discrimination that are often hidden from view, such as those related to the increasing use of algorithms⁷⁸¹ in employment decision-making⁷⁸². Even before the pandemic, some scholars⁷⁸³ pointed out that the spread of algorithmic systems and artificial intelligence (AI) in work-related decisions, especially in recruitment and selection processes, may jeopardise the goals of Antidiscrimination law, as the algorithm is a potential source of the discrimination⁷⁸⁴. The role of human beings remains crucial for all algorithms and therefore also for those ones that are used to evaluate candidates for hire or to make employment decisions. And because of this, there is the risk that the algorithms can “reproduce existing patterns of discrimination, inherit the prejudice of prior decision makers, or simply reflect the widespread biases that persist in society”⁷⁸⁵. A good example is platform work, where the use of algorithms allows to determine platform workers’ pay, depending on offer and demand, quality ratings, workers’ availability, but several factors taken into account by these algorithms can

⁷⁸⁰ Megan Campbell, Sandra Fredman and Aaron Reeves, *Palliation or protection: How should the right to equality inform the government’s response to Covid-19?*, Int. J. Discrimination Law, 2020, Vol. 20(4) 183–202.

⁷⁸¹ An algorithm is a process or set of rules used in calculations or other problem operations. According to definition proposed by two American legal scholars it can be defined as ‘a formally specified sequence of logical operations that provides step-by-step instructions for computers to act on data and thus automate decision’. See Solon Barocas and Andrew D. Selbst, *Big Data’s Disparate Impact*, Calif. L. Rev., 2016, 671, 674. This word is of Latin origin “*Algorismus*.” It originates from the Arabic word “the man of Kwarizm” referring to a 9th century mathematician. On the the impact of A.I. and automation on “professional” jobs see Frank Pasquale, *New Laws of Robotics. Defending Human Expertise in the Age of AI*, 2020, Belknap Press, where the a. argues that the choice to entrust algorithms to assume tasks can be functional to a neoliberal goal that prioritizes efficiency and productivity above any other human value.

⁷⁸² Alexandra Reeve Givens, Hilke Schellmann, Julia Stoyanovich, *Tackle the Big Problem With Hiring Workers in 2021*, *The New York Times*, March 17, 2021: “People of color, women, those with disabilities and other marginalized groups experience unemployment or underemployment at disproportionately high rates, especially amid the economic fallout of the Covid-19 pandemic. Now the use of artificial intelligence technology for hiring may exacerbate those problems and further bake bias into the hiring process. (...) In most cases, vendors train these tools to analyze workers who are deemed successful by their employer and to measure whether job applicants have similar traits. This approach can worsen underrepresentation and social divides if, for example, Latino men or Black women are inadequately represented in the pool of employees”.

⁷⁸³ Ifeoma Ajunwa, *The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention*, Cardozo Law Review, 2020, Vol. 41, Philipp Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, CMLR, 2018, 1146-1150; Miriam Kullmann, *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, SSRN, 2019, 5. See also Id., *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, Int. Journ. Comp. Lab. Law Ind. Rel., Vol. 34 (2018), No. 1, p. 1-21. The key question addressed in this article is to what extent EU equality law is fit to provide platform workers with sufficient legal means to address any discriminatory or biased automated decision taken by an employer.

⁷⁸⁴ This has been also underlined by the European Commission in its European Commission Gender Equality Strategy 2020-2025, which recognised that ‘[w]hile AI can bring solutions to many societal challenges, it risks intensifying gender inequalities’ and that ‘[a]lgorithms and related machine-learning, if not transparent and robust enough, risk repeating, amplifying or contributing to gender biases that programmers may not be aware of or that are the result of specific data selection’. European Commission (2020), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions ‘A Union of Equality: Gender Equality Strategy 2020-2025’ COM(2020) 152 final (Brussels 2020).

⁷⁸⁵ Solon Barocas and Andrew D. Selbst, *Big Data’s Disparate Impact*, Calif. L. Rev., 2016, 671, 674. On the different types of algorithms and their functions and uses see Janneke Gerards, Raphaële Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021, p. 43.

negatively affect gender equality in pay. In the well-known case of a multinational food delivery company (Deliveroo) the algorithm had been used to elaborate the reputational ranking (in other words a “score”) on which a rider’s future job opportunities and remuneration were based. The problem is that in this way companies have ample discretion to choose selection (hiring) criteria that could disproportionately exclude a protected class (of riders) from work opportunities and hide this bias through automated hiring.

The aim of this chapter is to examine what role antidiscrimination law can play in addressing these inequalities and consider how the law should respond to the new challenges. The chapter provides an analysis and critique of current judicial approaches to discrimination Law. This leads to the question of whether or not there is a need to modify existing legal concepts of discrimination as a result of the emergence of algorithms.

It starts with an analysis of the new judicial approach taken by the Italian Corte di Cassazione (Supreme Court) on discriminatory dismissal and explores the traditional reluctance of the courts of first and second instance to give up the regulatory model laid down in the general rules of civil law, i.e. Article 1345 of the Italian Civil Code (§ 2). There follows an in-depth analysis of the case law on discrimination on the ground of trade union membership, touching on some conceptual and enforcement-related issues. These issues concern the dividing line between direct and indirect discrimination (§§ 3 and 3.1). The latter ranges from the attribution of the burden of proof and the important role that the courts play with regard to statistical evidence (§ 4), implications for legal standing, and the relationship between the different enforcement proceedings which collective interest bodies are entitled to bring in the absence of an identifiable complainant (§ 5). For each of these issues, the analysis will focus on the recent and relevant ruling of the Tribunal of Bologna in respect of discrimination by algorithm and will take into account the more sophisticated techniques adopted by the new Law no. 31/2019 on class action with regard to the question of legal standing.

2. Discrimination law and delays in Italian case law. The example of discriminatory dismissal.

Over the last few decades, Italian labour courts have played a fairly marginal role in anti-discrimination law and have failed to grasp the importance of the topic. Discrimination, and key concepts related to it, have been addressed mainly by labour law scholars. Questions relating to this topic have seldom reached the courts and employment tribunals for interpretation.

However, the most recent reforms have marked a turning point and revitalised the debate also in the courts: it is commonly known that the so-called “Fornero reform” (Act 92/2012) first, and then the “Jobs Act” (Decree 23/2015, implementing Act 183/2014, the so-called Jobs Act), have made the law on dismissal increasingly flexible and, above all, have reduced the array of remedies available in cases of unfair dismissal (Article 18 of the Worker’s Statute).

These reforms have not changed the conditions that dismissal must fulfil to be found discriminatory. But the former universalistic system, whereby courts could order the reinstatement of employees in all cases of unfair dismissal (Art. 18 of the Worker’s Statute.), has been repealed and replaced by a new and more flexible system, where reinstatement is no longer the general rule because this severe remedy can be applied in only very few cases, such as, for example, when dismissal is found to be discriminatory, or null and void for an unlawful and decisive reason (the so-called *licenziamento ritorsivo* or retaliatory measure).

The progressive dismantling of traditional employee safeguards against unfair dismissal resulting from these reforms has increased the importance of discriminatory dismissal (as well as null and void dismissal for breach of binding regulations): discriminatory dismissal – namely dismissal based on one of the prohibited grounds of discrimination (such as gender) – remains the main and residual area of possible reinstatement of an employee. Therefore, the courts have been urged to focus on antidiscrimination law, and discriminatory dismissal has been conceived as the “last bastion” of the protective employment legislation system⁷⁸⁶. For a long time, the Italian *Corte di Cassazione*⁷⁸⁷ held the view that discriminatory dismissal could be considered similar to the different case of dismissal on unlawful grounds and could fall within the scope of application of general rules of civil law, i.e., Art. 1345 of the Italian Civil Code⁷⁸⁸.

The result of this approach was the complete blurring of the distinction between discriminatory and retaliatory dismissal, i.e., dismissal with the primary aim of deterring a worker from invoking the right to judicial protection (or as a reaction to a complaint within an undertaking or to any legal proceedings aimed at enforcing compliance with the principle of equal treatment).

In other words, unlawful dismissal (so called *licenziamento per motivo illecito*) had been widely understood as including both discriminatory and retaliatory dismissal, and courts were reluctant to apply European discrimination law in both cases.

The application of Art. 1345 of the Italian Civil Code has had two important consequences.

First, the courts did not focus on the reason for the perpetrator’s action but on the perpetrator’s subjective *motive* and in so doing had made the claimant’s burden of proof more onerous.

This might be the case of unconscious discrimination stemming from stereotyping, which occurs when the employer treats the employee less favourably because of a protected characteristic without meaning to do so or realising that he or she is doing so.

Second, the courts held that the victim is required not only to establish that the treatment received is caused by a prohibited ground but also, under the aforementioned Art. 1345, that the ground is the *only* and *determinant* one, so discrimination could never arise if there is any fair reason for dismissal⁷⁸⁹.

In other cases, the courts found that the overlap between discriminatory dismissal and retaliatory dismissal is justified by the fact that the list of grounds on which discrimination is prohibited must

⁷⁸⁶ See for example Maria Vittoria Ballestrero, *Tra discriminazione e motivo illecito: il percorso accidentato della reintegrazione*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 249-250.

⁷⁸⁷ See Cass. v. 8.8.2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 2, p. 326; Cass. v. 18.3. 2011, n. 6282, in www.dirittoegustizia.it.

⁷⁸⁸ According to this article, “*Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe*”.

⁷⁸⁹ For example, in cases where the Supreme Court held that “*il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta – assimilabile a quello discriminatorio, vietato dagli art. 4 l. n. 604 del 1966, 15 l. n. 300 del 1970 e 3 l. n. 108 del 1990 costituisce l’ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l’unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni*». See Cass. v. 8.8.2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 2, p. 326; Cass. v. 18.3. 2011, n. 6282, in www.dirittoegustizia.it.

not be understood to be exhaustive⁷⁹⁰.

This approach has been questioned by Italian legal scholars. Some experts⁷⁹¹ have pointed out that this view is inconsistent with the concept of discrimination provided in EU anti-discrimination law, where the test for causation is an objective one. The courts must interpret Italian law consistently with the words “on the ground of” (a particular characteristic) used in the EU Directives. It is a settled principle that persons can directly discriminate on particular grounds whether they do so consciously or unconsciously. The intention or motive of the defendant to discriminate (“subjective state of mind”) is not required and is not a necessary condition of liability. Otherwise, as pointed out in some British judgments, “it would be a good defence for an employer to show that he discriminated against women not because he intended to do so but (for example) because of customer preference, or to save money, or even to avoid controversy”⁷⁹².

Furthermore, the implications of such an approach seem odd because the courts – through reference to the said Art. 1345 – came to reject the view that the more favourable regulation on the burden of proof is applicable precisely in the case in which discrimination reaches its peak, namely where the loss of a job is at stake: in this case, the employee should be required to prove that the discriminatory reason is the only and determinant one when the decision was made so that the existence of a typical reason for dismissal could avoid the test of whether dismissal is discriminatory even though there is a ground of discrimination.

However, this argument too is not fully convincing: in fact, antidiscrimination law requires the respondent to rebut the presumption of discrimination by showing that its decision is not justified by extraneous objective elements irrelevant to any discrimination.

All forms of employer decisions are covered by EU and Italian antidiscrimination law: hiring, training, disciplinary measures, dismissal and so on; if the discriminatory measure is a dismissal, the applicable principle should be the same.

Therefore, discriminatory dismissal may not be confused with retaliatory dismissal and cannot come under the scope of application of Art. 1345 because European and Italian anti-discrimination law do not require the protected characteristic to be the whole or main reason.

Only recently the Supreme Court has appropriately started to modify its stance and acknowledge full autonomy in the case of discriminatory dismissal with respect to null dismissal for violation of

⁷⁹⁰ Cass., v. 18.3.2011, n. 6282, in *RFI*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1240 according to which. “il divieto di licenziamento discriminatorio – sancito dall’art. 4 l. n. 604 del 1966, dall’art. 15 l. n. 300 del 1970 e dall’art. 3 l. n. 108 del 1990 – è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l’area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, che costituisce cioè l’ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa; in tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall’intento ritorsivo”; recently also Cass., v. 3 dicembre 2015, n. 24648.

⁷⁹¹ See, among recent studies, Marzia Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, Riv.giur. lav., 2003, 151; Andrea Lassandari, *Considerazioni sul licenziamento discriminatorio* (Olivia Bonardi ed., Ediesse, 2017), 193-194, and further references. See also Marco Biasi, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, Lavoro, Diritti, Europa, 2018 (17 May 2018) available at: <https://www.lavorodirittieuropa.it>.

⁷⁹² See Lord Goff in *R v Birmingham City Council*, ex parte EOC [1989] AC 1155.

mandatory norms and retaliatory dismissal⁷⁹³.

In the case in point, a female worker (employed by a professional firm) had been dismissed for objective reasons because she had announced her intention to take time off work to take part in artificial insemination programmes.

The ruling is important for at least two reasons.

First, the Court made it clear that the dismissal can be classified in terms of direct gender discrimination because there is a causal connection between the dismissal and maternity, even if in the specific case it is only potential (her intention to take time off work had only been announced, but not yet realised).

Second, the Court, adjusting its long-standing position, explicitly held that there is a clear distinction between discrimination and unlawful motive (*unico e determinante: nozione di carattere soggettivo*).

The ruling represents an important step forward because the Supreme Court helps to overcome the misunderstanding of the overlap between two different kind of dismissals: discriminatory dismissal and retaliatory dismissal on unlawful grounds.

This approach has been confirmed in a recent ruling where the *Corte di Cassazione* draws a neat distinction between discriminatory dismissal and retaliatory dismissal⁷⁹⁴: as a consequence, in the latter case the Court requires the claimant to establish that the employer was motivated only by an unlawful intent when making the decision. The employer may rebut the inference by showing that the dismissal is supported by just cause (as defined in Art. 2119, Civil Code) or by justifiable reasons.

In cases of discriminatory dismissal, on the contrary, things are quite different.

Following the established jurisprudence of the CJEU, the respondent may not rebut the presumption of discrimination by merely showing that there is a justifiable reason for the dismissal according to the Act on protection against dismissals: thus, the employer must prove that the dismissal is *exclusively* based on objective facts unrelated to any discrimination on prohibited grounds⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Cass. V. 5.4.2016, n. 6575, in ADL, 2016, 6, 1221. Maria Teresa Carinci, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, Riv. it. Dir. lav., 2016, II, 721-722; Daniela Izzì, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in Lav. giur., 2016, 748 ss. Lara Lazzeroni, *Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione*, Diritti lavori mercati 2/2016, 303-326; Stefania Scarponi, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, Riv. giur. lav., 2016, II, 459; Antonio Vallebona, *Licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: l'orientamento della Cassazione è condivisibile*, Mass. Giur. lav., 2016, 854 ss..

⁷⁹⁴ Cass. V. 7 novembre 2018, n. 28453: "L'allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso, sempre che il datore di lavoro abbia almeno apparentemente fornito la prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo".

⁷⁹⁵ C-427/16 - *CHEZ Elektro Bulgaria*, ECLI:EU:C:2017:890, see, by analogy, judgments in *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, paragraph 55, and *Asociația Accept*, C-81/12, EU:C:2013:275, paragraph 56.

As Sandra Fredman pointed out, “the process of determining whether the discrimination is on (prohibited) grounds (...) is not one of determining motive or intention. Instead, it is to establish facts from which a presumption of discrimination can be inferred. Notably too, the process of rebutting the presumption is very similar to that of justification in indirect discrimination”⁷⁹⁶.

However, differences of opinion exist within the labour courts of first and second instance: while some judgments are in accordance with the more recent approach of the *Corte di Cassazione*⁷⁹⁷, some others seem to disengage from these views: in fact, although discriminatory dismissal is not the same as retaliatory dismissal, courts sometimes still seem to use these categories interchangeably.

This approach can be seen in some recent rulings. One example is a case decided by the Court of Cagliari: the employee was dismissed for poor performance because he was frequently absent from work due to short periods of sickness. It is significant that the court⁷⁹⁸ did not consider null and void the dismissal discriminating against the employee due to disability, arguing that the intention to discriminate “should be the determining and exclusive motive of the employer; and this must be evaluated at the moment of the formation of the will rather than its externalization (which as a rule has formally lawful features”.

The claimant failed to meet the burden of proof. On the contrary, the elements of proof that the employer produced to justify the dismissal were considered sufficient to exclude that the employer’s decision was determined by the intention to eliminate an inconvenient sick employee whose illness forced him to take time off work.

It is also interesting to note that the Rome Court of Appeal⁷⁹⁹ looked at the issue again: it made a reference to Supreme Court decisions taken prior to 2016 and clarified that retaliatory dismissal “è stato ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità, data l’analogia di struttura, alla fattispecie di licenziamento discriminatorio, vietato dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300 del 1970 e 3 della legge n. 108 del 1990 - interpretate in maniera estensiva - che ad esso riconnettono le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie di cui all’art. 18 S.L.”.

In both cases, inconsistencies between some statements can result in misconceptions and

⁷⁹⁶ Sandra Fredman, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?*, 31 (Huge Collins, Tarunabh Khaitaned ed., Hart, 2018).

⁷⁹⁷ Rome Court of appeal, v. 15.5.2020, n. 1081 “In tema di licenziamento discriminatorio, in forza della attenuazione del regime probatorio ordinario, incombe sul lavoratore l’onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che si assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe, deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi, mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso”. Ancona Court of appeal, 22.11.2019, n. 369: “L’allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l’onere di dimostrare l’illiceità del motivo unico e determinante del recesso, sempre che il datore di lavoro abbia almeno apparentemente fornito la prova dell’esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso, ai sensi dell’art. 5 della l. n. 604 del 1966. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo. Alla stregua dell’enunciato principio, non ha alcuna valenza giustificatrice, rispetto alla condotta discriminatoria attribuita alla parte datoriale, l’effettività o meno del calo di lavoro eventualmente addotto da quest’ultima a motivo del licenziamento”.

⁷⁹⁸ 6.7.2020, n. 511.

⁷⁹⁹ 30.9.2020; see also Tribunale Brescia 14.8.2020 n. 302, Tribunale Venezia 23 09 2019, n. 550 where there threatened dismissal cannot be shown to be due to trade union activity.

misunderstandings. Though the first judgment seems convincing at first sight, it becomes far less so upon closer inspection: first of all, if the case is within the scope of application of prohibition on discrimination on the ground of disability⁸⁰⁰ – and according to the Court this is in no doubt⁸⁰¹ – the burden of proof should be reversed once a *prima facie* case of discrimination has been made out, and a *prima facie* case of this kind might be made out also where the prohibited ground is *not the only* ground on which the dismissal is based. Indeed, it is relevant only that there is a causal connection between dismissal and disability.

Second, it should not be sufficient for the respondent to prove that the dismissal may be justified where the absence (and the impossibility to perform) of the employee objectively affects the organisation of the company and its good functioning⁸⁰². Also in this case it is necessary for the employer to prove that the causal connection between dismissal and objective facts (unrelated to any discrimination on disability) is *exclusive*.

Third, in the field of disability law, the issue of the burden of proof is particularly relevant: in order to rebut the presumption of discrimination the employer could prove that there is no causal connection between dismissal and the claimant's protected characteristic (disability); it is not sufficient to prove that he or she has no possibility of recovering the employee(s) for production purposes, even by resorting to professional retraining, transfers, lay-offs or short-time leave. The respondent has to prove that it complies with the duty of reasonable accommodation or adjustment. The duty to provide reasonable accommodation under Directive 2000/78 arises "in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training". In such circumstances, the accommodation measures required by the employer include "adapting premises and equipment, patterns of working time, the distribution of tasks or the provision of training or integration resources"⁸⁰³.

3. Discrimination on the ground of trade union membership.

Recent developments in the case law of the courts in Italy show that national legislation prohibiting discrimination in employment has often been applied to other important work-related fields, such as discrimination on the ground of trade union membership⁸⁰⁴.

In Italy the right not to be discriminated against for trade union membership finds a basic source of protection in Title 2 of the Workers' Statute (Act no. 300 of 1970). This Act not only reaffirms for all employees the so-called "positive trade union freedom", i.e. "the right to form trade

⁸⁰⁰ On the notion of disability in Italy, see Stefano Giubboni *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, Riv. giur. lav. 2016, p. 621; Marco Peruzzi, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino, 2017, 196 (cfr also p. 81).

⁸⁰¹ According to the CJEU, disabilities caused by an illness – if they entail long-term effects – should be covered by the provisions of the framework Equality Directive. The CJEU holds that "the concept of 'disability' must be understood as referring to a limitation which results in particular from physical, mental or psychological impairments and which hinders the participation of the person concerned in professional life": 11 July 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Nava*, EU:C:2006:456.

⁸⁰² However, the established case law of the Supreme Court upheld this view. Cass., v. 4.10.2016, n. 19775; Cass. v. 6 ottobre 2015, n. 19923.

⁸⁰³ Recital 20 Directive.

⁸⁰⁴ In 2018, an interesting case was decided by the Tribunal of Bergamo after a legal action that had been brought by a trade union challenging the discriminatory nature of an extinction clause included by Ryanair in contracts signed with pilots and flight attendants. The Tribunal condemned Ryanair for breaching anti-discrimination legislation, with wide reference to EU law and CJEU case law.

unions, to join them, to remain and be active in union activity” (art. 14), but also protects employees against any kind of discrimination resulting from the use of trade-union freedom.

Accordingly, Article 15 – which can be considered the “prototype” or “the forerunner” of anti-discrimination legislation – declares null and void any act or agreement in any way discriminating against employees because of union affiliation or non-affiliation, religious, or political beliefs⁸⁰⁵.

For many years these provisions have rarely been used in practice, perhaps largely because, under closer scrutiny, the widespread presence of imperative rules made it easy to hold up unilateral decision-making by the employer.

It is worthy of note that the employer’s discretionary powers are limited by the employees’ fundamental rights derived from the Constitution, and the general clauses played an important role in specifying these rights and subjecting employer’s decisions to judicial control⁸⁰⁶. In particular, it should be pointed out that general clauses have in fact made up for the lack of anti-discrimination legislation in order to grant protection against evident and excessive abuses of the employer’s powers. For many years the ordinary action of nullity provided for by Article 15 of the Workers’ Statute therefore assumed limited importance in Italian case law⁸⁰⁷.

A good example was the case decided in 1981 by the Supreme Court, dealing with an anti-union collective discrimination which arose because the employer granted collective economic benefit (the so-called anti-strike bonuses) in addition to regular wages to workers who did not strike. This discriminatory practice violated Article 16 of the Workers’ Statute, which prohibits the employer from granting any collective economic benefit that is discriminatory due to the motives indicated in Article 15. The Court argued that “the acts with which the employer has granted economic benefit (...) to a small number of employees are not null and void as such [...] unless the employee can prove that those acts are due *to an unlawful ground*”.

At that time, this was the prevalent view not only with reference to conditions and benefit, but at every stage, including hiring, transfers, promotions⁸⁰⁸, job classifications⁸⁰⁹ and so on. Furthermore, as noted above, until some years ago it was also applied to dismissals⁸¹⁰.

This view has long hindered the expansion of antidiscrimination protection: since every discriminatory act needs to follow the regulatory model laid down in general rules of civil law, i.e. art. 1345 of the Italian Civil Code, the act should fulfil stringent conditions to be found to be discriminatory.

In particular, as mentioned above, the courts held that under art. 1345 the victim is required to

⁸⁰⁵ Particularly, the Statute refers to acts intended (a) to subordinate the employment of a worker to the condition that he belongs or does not belong to a trade union or that he ceases to belong to it; (b) to dismiss a worker, discriminate against him in the assignment of (jobs or in job classifications, in transfers, in disciplinary sanctions, or to otherwise prejudice him because of his union affiliation or activity or his participation in a strike).

⁸⁰⁶ Giorgio Fontana, *Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)*, 209 (Mario Rusciano, Lorenzo Gaeta, Lorenzo Zoppoli ed. Editoriale scientifica, 2020).

⁸⁰⁷ Most frequently, the discriminatory acts have been sanctioned and removed using the special emergency procedure as set out in Article 28 of Act No. 300, which gives the tribunal the power to issue, cease and desist orders in any case of anti-union activity on the part of the employer. See Tiziano Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori* (FrancoAngeli, 1974).

⁸⁰⁸ Cass., v. 17.10.1983 n. 6086.

⁸⁰⁹ Cass., v. 2.12.1996 n. 10378.

⁸¹⁰ *Ex plurimis* Cass., v. 13.6.1984 n. 3521.

prove that the prohibited ground is the *only* and *determinant* ground, so that the effectiveness of the prohibition laid down in Art. 15 of the Worker's Statute is rather problematic because, as explained above, there is no discrimination if the employer's act is justified by any fair reason.

Only after European directives 2000/43 and 2000/78 came into force did the non-discrimination legislation – affirmed in Decree 215 and 216/2003 implementing them – start to play a more decisive role.

In the case discussed in the previous paragraph, the Supreme Court adopted a new approach more consistent with EU anti discrimination law.

This position did not change when, in January 2020 (see ruling no. 1/2020 published on 2.1.2020), the Supreme Court had to decide on the lawfulness of an automobile company's behaviour, which, on the occasion of a collective transfer, had moved 316 workers from one place of work to another, 77 of whom belonged to the trade union which had taken legal action⁸¹¹.

The court of appeal had adopted a very questionable approach apparently based on the (implicit) assumption that the objective reasons given by the company in support of the collective transfer and, therefore, the criteria applied for selecting the employees are, in themselves, able to justify the employer's act thus excluding the existence of unlawful discrimination in all cases in which the transfer is justified⁸¹².

This approach – which seems to require proof of an unlawful intention to discriminate – was rejected by the Supreme Court because it was understood to be incompatible with the usual approach to the definition of (direct) discrimination adopted in EU law. The judicial doctrine of intent applied in the USA – where the intention to discriminate is usually understood as a criterion for distinguishing between direct and indirect discrimination⁸¹³ – has not been favoured in EU antidiscrimination law. The EU approach – like that of the UK – looks at the effects rather than intentions: the focus is on the adverse effects of a rule or a practice for both direct and indirect discrimination, with the surprising result that where, in the absence of any discriminatory intention or motive, a rule or a practice that has an adverse impact on 100 per cent of the protected group must be classified as direct discrimination.

This explains why the Supreme Court does not consider the possibility of justifying practices that tend to have a discriminatory effect. The ruling of the Court is in accordance with both EU and Italian law because, unlikely indirect discrimination, leaving aside some specific exceptions mentioned in legislation such as necessary occupational qualification for a job, justification for direct discrimination is not generally permitted by the law.

3.1 *Discrimination by algorithm*: can facts be classified as direct discrimination?

The same conclusion could be drawn with reference to another interesting case of anti-union

⁸¹¹ On this ruling there are many notes. See, for example, Venera Protopapa, *Comportamento antisindacale, discriminazione e onere della prova*, Riv. giur. lav., 2020, p. 654.

⁸¹² The Court seems to lean in this direction when it states that "*le ragioni del disposto trasferimento collettivo, lungi dal costituire il frutto di un intento antisindacale, corrispondevano ad una esigenza comprovata di razionalizzazione del processo industriale e di ottimizzazione dell'organizzazione aziendale*".

⁸¹³ Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical questions*, p. 20 (Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned ed., Hart, Oxford, 2018).

discrimination, where the Bologna Tribunal has, indeed, considered (but refused) the availability of a justification for a rule.

A legal action had been brought before the Court by a trade union (according to Art. 5 LD 216/2003) challenging the discriminatory nature of an algorithm-driven practice whereby the company Deliveroo places its riders at a disadvantage in terms of their reputational ranking (in other words their “score”) in cases of cancellation or cancellation of the booking of a work session (slot) with less than 24 hours’ notice (so-called late cancellation), regardless of what the reason for the cancellation of the booked session might be⁸¹⁴. The Court found that the system of access to bookings ruled by the defendant’s algorithm placed at a particular disadvantage any rider who joined the strike and therefore did not cancel the booked session at least 24 hours before it started. These riders had been treated less favourably than other employees with respect to conditions for access to employment since their score risk worsened, and they therefore lost their position in the priority group and the advantages associated with it.

The Court held that there had been no direct discrimination (on the basis of union activity) but there had been an indirect one: in the Court’s view the provision adopted by Deliveroo (and in particular the contractual rules on the early cancellation of booked sessions) is to all appearances neutral because it is applied to all riders (and so-called late cancellation has the same consequences for everyone) but has a disparate negative impact upon those who participate in strikes.

For the court, the employer who treats in the same way riders who do not participate in the work session booked for futile reasons and those who do not participate because they join a strike (or because they are sick, have a disability, or assist a disabled person or a sick minor, and so on) in practice discriminates the latter: in fact they have a low score priority and thus little chance of choosing and booking work sessions ⁸¹⁵.

Another question that arises is whether this provision serves a legitimate aim in a proportionate way.

It is generally understood that justification defences should be subject to a high level of scrutiny before being accepted⁸¹⁶. The employer should therefore have been required to demonstrate that the practice based on algorithms is justified by the needs of the job in question and consistent with business necessity and that there exist no other less discriminatory alternative practices with less disparate impact but able to serve the employer’s legitimate needs.

However, this did not happen in the case at hand.

⁸¹⁴ Trib. Bologna, ord. 31.12.2020. On this ruling see Maria Vittoria Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, Labor, 19 gennaio 2021; Adalberto Perulli, *La discriminazione algoritmica: brevi note introduttive a margine dell’ordinanza del Tribunale di Bologna, LDE*, 1/2021; see also Antonio Baylos, *Bollettino Adapt* 1/2021.

⁸¹⁵ “Trattare nello stesso modo chi non partecipa alla sessione prenotata per futili motivi e chi non partecipa perché sta scioperando (o perché è malato, è portatore di un handicap, o assiste un soggetto portatore di handicap o un minore malato, ecc.) in concreto discrimina quest’ultimo, eventualmente emarginandolo dal gruppo prioritario e dunque riducendo significativamente le sue future occasioni di accesso al lavoro”.

⁸¹⁶ Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 191 (University Press, 2012).

Deliveroo argued that the “tracking” system of cancellations developed by the company is to be considered legitimate, “since there is a relationship between the client and self-employed workers”. But according to the Court, this argument is not convincing and cannot justify the discrimination stemming from the fact that the algorithm does not differentiate between reasons for riders making late cancellations. In conclusion, the Court has no doubts that the provision cannot be objectively justified by a legitimate aim.

In any case, the ruling is interesting to the extent that the Court found an indirect form of discrimination⁸¹⁷. This conclusion raises the thorny question of what exactly the difference may be between direct and indirect discrimination. Clearly, this distinction is hard to draw on a conceptual level⁸¹⁸. EU law does not provide a consistent and precise division between the two legal categories, which explains why there have been different opinions on classifying the facts in this particular case: some labour scholars uphold the Court’s view⁸¹⁹, while some other argue that the facts could be classified as direct discrimination⁸²⁰.

According to the first approach a direct discrimination could occur only if the platform expressly uses membership in a protected group as reason for the differential treatment, such as the assignment of lower scores. But this is not the case.

These scholars argued that the algorithmic score itself, or the criteria that drive it, can be considered as the neutral criterion that, under European antidiscrimination directives, may put a protected group at a particular disadvantage.

Accordingly, they assume that disparate impact on a protected group can be linked to a specific neutral factor and conclude that, in that case, it is the algorithm that caused it, regardless of whether or not the decision maker knows that: as a matter of fact it has been held that such knowledge is irrelevant and does not generally change the formal neutrality of the practice⁸²¹.

In my opinion it is necessary to view the situation from a different perspective because there are strong arguments in favour of direct discrimination.

⁸¹⁷ Generally speaking, it could happen that, as some scholars pointed out, the courts, in light of the difficulties in tracking differential treatment based on protected grounds in ‘black box’ algorithms, might use the notion of indirect discrimination as “a conceptual ‘refuge’ to capture the discriminatory wrongs of algorithms”. See Janneke Gerards, Raphaële Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021, p. 11, where the a. holds that “this development might reduce legal certainty if it leads, by default, to the generalisation of the open-ended objective justification test applicable in indirect discrimination cases as opposed to the narrower pool of justifications available in direct discrimination cases”.

⁸¹⁸ Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical questions*, p. 18 (Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned ed., Hart, Oxford, 2018).

⁸¹⁹ Maria Vittoria Ballestrero, *Ancora sui rider. La cecità discriminatoria della piattaforma*, Labor, 19 gennaio 2021.

⁸²⁰ Marzia Barbera, presentation, webinar “Frank discriminava. Riflessioni intorno all’ordinanza del Tribunale di Bologna su riders, algoritmi e discriminazioni”, 2.2.2021.

⁸²¹ See Philipp Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, CMLR, 2018, 1146-1150 where the a. holds that situation “would only be different if the intent to discriminate was shown to be a guiding motive of the decision maker; the neutral practice would then only be a pretext for a decision directly related to the sensitive criterion – but that is unlikely to be proven in court”. See also Miriam Kullmann, *Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, SSRN, 2019, 5.

Even though the protected characteristic is not an explicit reason for Deliveroo's labeling decisions, it is important to consider whether these decisions are affected by implicit bias, stereotypes or prejudices: in fact, these subjective components could be not entirely irrelevant in defining the demarcation between direct and indirect discrimination.

Generally speaking, whereas indirect discrimination concerns a disproportionate disadvantage imposed on a protected group by an action (or rule or practice) and focuses on its impact, direct discrimination has to do with an individual disadvantage⁸²², and its focus is on a perpetrator's actions and the reason for treatment. There is no doubt that a link between the less favourable treatment and the reason for it is necessary and sufficient. Because of the absence of a requirement of intent the concept of direct discrimination potentially covers situations where the perpetrator was not conscious of the discrimination.

However, the boundary between direct and indirect discrimination should not be considered a rigid one.

If the treatment is not explicitly related to a protected characteristic but to a different reason that is closely connected to one of protected characteristics mentioned in the discrimination law, then it should also fall under the direct discrimination provisions. In such situations the criterion used is somehow intrinsically discriminatory. This can be seen, for example, in the case of sex discrimination in relation to pregnancy: the CJEU has established the rule that discrimination is grounded on sex where it is attributable to an attribute (pregnancy) which can be demonstrated only by women⁸²³.

In *Chez* the CJEU also went further: it found that the same facts could give rise to both direct and indirect discrimination. Although "the process of determining whether the discrimination is on the ground protected is not one of determining motive or intention"⁸²⁴, the CJEU gave the national Court some hints indicating that the facts are deemed to point towards a *prima facie* case of direct discrimination, such as indications that measures are based on stereotypes or

⁸²² Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned, *Indirect Discrimination Law: Controversies and Critical questions*, p. 18 (Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned ed., Hart, Oxford, 2018).

⁸²³ This is what some legal scholars called "proxy". See Evelyn Ellis, Philippa Watson, *EU antidiscrimination Law*, 164 (Oxford EU Law library, 2012), Janneke Gerards, Raphaële Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe*, cit., p. 64, where the a. notice that "usually there is an almost 100% overlap here between the 'actual' protected ground and its proxies, meaning that the use of the proxy covers almost exactly the same group of persons as using the actual ground would do. Similarly, when there is a close connection between individual preferences and affinities, and protected grounds, belonging to a group with a certain 'affinity' (e.g. having an interest in particular religious matters) might be nearly the same as belonging to a group characterised by a particular personal trait (e.g. adhering to a certain religion)".

It is also noteworthy that the concept of direct discrimination extends to situations where a person is treated unfavourably because he or she is associated with a protected group, without sharing the protected characteristic himself or herself. This has become known as discrimination by association and has been confirmed by CJEU in *Coleman*, where an employee was subjected to detrimental treatment by her employer because she had to care for her disabled child. This finding is important because it also means that a person should not need to share a protected characteristic to be recognised as a victim of direct discrimination based on that ground. On the problematic application of the concept of direct discrimination in cases where protected grounds are ascribed, perceived or assumed, especially in the context of algorithmic discrimination see, recently, Janneke Gerards, Raphaële Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe*, cit., pp. 70-72.

⁸²⁴ Sandra Fredman, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Still a Divide?*, 54 (Hugh Collins, Tarunabh Khaitaned ed., Hart, Oxford, 2018).

prejudices instead of actual facts.

It is interesting to note that the Italian court takes into account the intentions of the employer and underlines the degree of “heinousness” of the platform: for the court “the platform can choose to remove the blindfold that makes it ‘blind’ or ‘unconscious’ with respect to the reasons for the rider’s failure to work and, if he does not do it, it means that the decision maker has *deliberately* chosen to treat alike all the reasons different from an accident at work and the cause attributable to the employer (which obviously is the malfunction of the app, which prevents log-in), regardless of whether or not they are protected by the law”⁸²⁵. According to the court, there is clear evidence of the intention to put riders at a disadvantage on the ground of union activity: Italian law does not require proof of intention, but there is no doubt that this element reflects the strength of the causal link between the treatment and the reason for it.

Following established EU case law, measures such as the one at issue in this case could constitute direct discrimination: even though the protected characteristic (belief) is not the explicit reason of the labeling decisions, the decision not to differentiate the reasons for the rider’s failure to work may have been influenced by implicit stereotypes. Algorithm seems to be designed – intentionally or not – in such a way that the selection criterion used is somehow intrinsically discriminatory. There is no intermediate neutral practice between the negative labeling and the result. Riders who participate in strikes are forced to cancel their reservation too late and therefore they are directly discriminated against on the ground of union activity. The less favourable treatment is a direct consequence of the biased labeling and should fall under the “disparate treatment”; it can be demonstrated by finding a similarly situated person who does not participate in strikes and who has been treated more favourably than the complainants.

Moreover, direct discrimination is established if it is proved that Deliveroo’s adoption of the contractual rules on the early cancellation of booked sessions has the effect of excluding 100 per cent of the riders who strike but none of the comparative group. This means that on the contrary, those rules must be classified as indirect discrimination only where their exclusionary effect is less than 100 per cent but is disproportionate.

4. The burden of proof. Inconsistencies within Italian antidiscrimination law.

In Italy the expansion and effectiveness of antidiscrimination protection has been hindered not only by the case law of the Supreme Court, which, as noted above, long applied the regulatory model laid down in general rules of civil law, especially with regard to discriminatory dismissals (see §§ 1 and 2), but also by the flaws in the formulation of some of the procedural provisions of antidiscrimination Law.

EU and Italian law provide for a number of important procedural guarantees aiming to facilitate individual litigation and improve the effectiveness of access to justice for victims of

⁸²⁵ “Quando vuole la piattaforma può togliersi la benda che la rende “cieca” o “incosciente” rispetto ai motivi della mancata prestazione lavorativa da parte del rider e, se non lo fa, è perché ha deliberatamente scelto di porre sullo stesso piano tutte le motivazioni – a prescindere dal fatto che siano o meno tutelate dall’ordinamento – diverse dall’infortunio sul lavoro e dalla causa imputabile ad essa datrice di lavoro (quale evidentemente è il malfunzionamento della app, che impedisce il log-in)”.

discrimination: in particular, Italian law establishes special allocation of the burden of proof in discrimination cases. The burden of proof is essentially reversed in view of the fact that in respect of discrimination in employment, the existence of unlawful discrimination is often extremely difficult to prove⁸²⁶: the power relations between the employer and each employee are unequal⁸²⁷ and “obtaining evidence in discrimination cases, where the relevant information is often in the hands of the defendant⁸²⁸, can be very problematic”⁸²⁹.

In other words, this shifting of the burden *ensures that complainants are not required to prove facts which are beyond their capacity of proof*. Workers who appear to be the victims of discrimination on the grounds of, in particular, sex, age, or origin, could lack any effective means of enforcing the principle of equal treatment.

In Europe, the CJEU developed a gradual line of case law in relation to equal pay, from *Danfoss* (1989) onwards, and this case law has been confirmed on other aspects of discrimination in all non-discrimination directives.

According to EU law, contrary to the general allocation of the burden of proof, the claimant has only to make out a *prima facie* case of discrimination or, in the words of the EU legislator, has to prove “facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination”. If such facts are proved, then the burden of proof shifts to the respondent, who must prove that no discrimination has occurred (for example see Article 8, 1 RED).

Since the wording of the provision on the special allocation of the burden of proof is similar across the protected grounds, the national case law has to develop parallel lines of jurisprudence.

However, despite this, as in the EU in general, there is not yet a clear understanding of what would amount to a presumption of discrimination in Italy either. Indeed, the issue of what the exact requirements for establishing a *prima facie* case of discrimination are is still highly controversial.

Some of these uncertainties are due to the fact that the various Italian legal provisions regarding the various fields of discrimination (sex, age, religion, and so on) define in very different ways the kind and weight of evidence from which a court should infer discrimination.

Particularly, there were some differences concerning the allocation of the burden of proof between claims of race and ethnic origin discrimination (Art. 4, Legislative Decree 215/2003), and religion or belief, disability, age and sexual orientation discrimination claims (Art. 4, Legislative

⁸²⁶ In this respect Naomi Cunningham (*Discrimination Through the Looking-Glass: Judicial Guidelines on the Burden of Proof*, in *Ind. Law. Journ.*, 2006, 279) pointed out that “employers make innumerable decisions in relation to which it is simply impossible for a tribunal to say with any reasonable degree of confidence whether they were or were not influenced, consciously or unconsciously, by unlawful discrimination”. The difficulty of proving reasons for acting is such that “if the burden is on complainants, significant numbers of those who have in fact suffered unlawful discrimination will be unable to prove their claims and will fail to secure any redress (‘false negatives’)”.

⁸²⁷ Kristin Henrard, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper Series, 2009, p. 19. More recently, Kristin Henrard, *The Effective Protection against Racial Discrimination and the Burden of Proof: Making up the Balance of the Court of Justice’s Guidance*, 95 (Uladzislau Belavusau, Kristin Henrard, ed., Hart publishing, 2019).

⁸²⁸ Kevin Duffy, *Anti-discrimination Law: Shifting the Burden of Proof and Objective Justification*, paper presented at ERA Seminar: The EC Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/78, 5.

⁸²⁹ See, for example, the Explanatory Memorandum of the Race Directive, COM (1999) 566.

Decree 216/2003).

As for the latter category, the facts the claimant needs to establish have to raise more stringent presumptions: in particular they have to be “*gravi, precise e concordanti*”.

As regards the first category, the criteria to evaluate the facts are more flexible because the law requires the “precision” and the “concordance” of the presumptions, but not the “gravity”.

It should be stressed that these differences have now disappeared to some extent. In 2011, common rules on the burden of proof were codified into a single comprehensive regulation, whereby the burden of proof is essentially shifted to the respondent if the complainant proves facts, including statistics, from which it may be presumed that there has been discrimination. This was achieved through Article 28(4) of Legislative Decree 150/2011.

In any case, despite the more stringent rules laid down in Art. 4 of Legislative Decree 216/2003, the general tendency of the Italian courts is to extend the employee’s right to use statistics to show a *prima facie* case or a disparate impact.

This view was held by the Court of Appeal of Rome in an interesting case (the *Fiat, Fabbrica Italia* case) decided in 2012, when, for the first time, the ground of trade union membership was understood to be included in the wider ground of belief, so that anti-union discrimination, banned in Italy since 1970, is also prohibited by the rules on discrimination on the ground of belief implementing European law. The case had been brought before the court by Fiom, using the special procedure provided for in Legislative Decree 150/2011 and contesting anti-union discrimination – in hiring – against 145 workers belonging to the trade union Fiom. The employer – who refused to hire them because of their being union members – argued that the selection criteria adopted were objective and impartial and could not be judged as unlawful. The Court of Appeal replied that the proof was based on statistical evidence of discriminatory hiring: statistics could be helpful in establishing evidence of a *prima facie* case because they showed that the chances of hiring workers belonging to the trade union Fiom were only one in 10 million.

This approach has also been adopted by the Supreme Court. In the aforementioned ruling no. 1/2020, for instance, the Court clarified that reference to statistics should be understood in the broader and more common sense of probability, regardless of precise scientific rigour. Statistical techniques do not necessarily need to use scientific methods to be able to become autonomous sources of evidence. Their use is necessary to determine appropriate comparator groups. It should be sufficient to prove that the difference in treatment between the groups is statistically significant for the burden of proof to shift on the respondent.

The result is that the Courts play an important role in Italy because it is up to them to determine whether the data are statistically significant.

But this seems to be in accordance with the ECJ case law according to which statistics can establish a presumption of discrimination⁸³⁰, and this presumption can be established with the help of

⁸³⁰ Case C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, [1993] ECR I-5535; Case C-237/94, *John O’Flynn v. Adjudication Officer*, [1996] ECR I-2617.

comparisons⁸³¹.

In any case, it is important to note that difficulties in demonstrating disparate treatment or obtaining the means to show the statistical proof of disparate impact could increase in view of the rising use of algorithms in employment decision-making⁸³².

These systems operate with no built-in transparency or accountability to check that the criteria are fair to all job applicants. The opacity of machine learning (black box) “mak(es) it all but impossible for disadvantaged parties to prove their claim, irrespective of whether the bias is the result of intentional masking or unintentional processes”⁸³³.

Victims of algorithmic discrimination are therefore in a very difficult legal position. In cases of indirect discrimination, it is up to the plaintiff to show that the algorithmic process produced disparate impact on the protected group (and therefore there is a statistical disparity between the two groups of workers), but he will often not even be in a position to know the data and the algorithmic output.

Therefore, in the United States, some legal scholars have proposed passing laws to help plaintiffs overcome difficulties in satisfying the burden of proof in establishing a claim when they have experienced bias through an automated hiring system.

In the United States the key difference between direct and indirect discrimination regards intention: whereas disparate impact looks at the effect, disparate treatment is intentional: in other words, “proving clear intent is necessary when attempting to make a disparate treatment case under Title VII”⁸³⁴; in the absence of intent, Title VII requires a clear demonstration of disparate impact with no possibility of arguing business necessity for the disparity⁸³⁵.

In the Italian legal system things are very different, but the problem that arises is the same: the

⁸³¹ See, for instance, Case C-226/98, *Birgitte Jørgensen v. Foreningen af Speciallæger and Sygeskringens Forhandlingsudvalg*, [2000] ECR I-02447, para. 29.

⁸³² Ifeoma Ajunwa, *The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention*, *Cardozo Law Review*, 2020, Vol. 41, 1672. See also *Id.*, *The Auditing Imperative for Automated Hiring*, 34 *Harv. J.L. & Tech. (forthcoming 2021)* where the a. argues that USA needs a federal law that would mandate data retention for all applications (including applications that were not completed) on hiring platforms and that would require employers to conduct internal and external audits so that no groups of applicants are disproportionately excluded. The audits would also ensure that the criteria being used is actually related to job tasks.

⁸³³ Philipp Hacker, *Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law*, *CMLR*, 2018, 1146-1150.

⁸³⁴ Ifeoma Ajunwa, *The Paradox of Automation as Anti-Bias Intervention*, *Cardozo Law Review*, 2020, Vol. 41, 1727.

⁸³⁵ Title VII of the Civil Rights Act protects the job applicant against discrimination on the basis of sex, race, colour, national origin, and religion. See Civil Rights Act of 1964 § 7, 42 U.S.C. § 2000e2 (2018). Plaintiffs must establish that “a respondent uses a particular employment practice that causes a disparate impact on the basis of [a protected characteristic] and the respondent fails to demonstrate that the challenged practice is job related for the position in question and consistent with business necessity.” 42 U.S.C. § 2000e-2(k)(1)(A)(i).

In Usa the New York City Council is debating a proposed [new law](#) that would regulate automated tools used to evaluate job candidates and employees. The bill “would require vendors that sell automated assessment tools to audit them for bias and discrimination, checking whether, for example, a tool selects male candidates at a higher rate than female candidates. It would also require vendors to tell job applicants the characteristics the test claims to measure. This approach could be helpful: It would shed light on how job applicants are screened and force vendors to think critically about potential discriminatory effects. But for the law to have teeth, we recommend several important additional protections” Alexandra Reeve Givens, Hilde Schellmann, Julia Stoyanovich, *Tackle the Big Problem With Hiring Workers in 2021*, *The New York Times*, March 17, 2021.

power imbalance and the information asymmetry that exists between the employer and the employee in the context of automated hiring would seem to upset the balance between the freedom of employers to recruit the people of their choice and the rights of job applicants⁸³⁶.

Some years ago, a similar and thorny question came before the CJEU: how can a job applicant enforce observance of the principle of equal treatment when his application for a job has been rejected by an employer who failed to provide any information whatsoever as to the recruitment procedure and its outcome or why was the application unsuccessful.

The Court was in no doubt: EU antidiscrimination law (Directives 2000/43, 2000/78 and 2006/54) must be interpreted as not entitling a worker with a plausible claim that he meets the requirements listed in a job advertisement and whose application has been rejected to have access to information indicating whether the employer engaged another applicant at the end of the recruitment process⁸³⁷.

However, after refusing to endorse the existence of a right to information, the Court also held that “it cannot be ruled out that a *refusal of disclosure* by the [employer], in the context of establishing [facts from which it may be presumed that there has been discrimination], could risk compromising the achievement of the objective pursued” by the directives on equal treatment and thus depriving the provisions concerning the burden of proof, in particular, of their effectiveness⁸³⁸.

According to the Court it cannot be ruled out that a defendant’s refusal to grant any access to information may be one of the factors to consider when establishing facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination.

It is also worthy of note that the case of the employer’s refusal to grant any access to information is very similar to that of automated hiring. In both cases the employer continues to be the only party in possession of the evidence upon which the substance of an action brought by the unsuccessful job applicant ultimately depends and, therefore, its prospects of success.

This is why it is not at all surprising that in the United States some legal scholars have proposed a new burden-shifting theory of liability (discrimination *per se*) in order to challenge the problem of the algorithmic bias of automated hiring platforms. The idea is that it is up to the claimant to assert that a hiring practice is so egregious as to amount to discrimination *per se*, and this would shift the burden of proof from the claimant to the respondent (employer), who must then prove that the treatment is non-discriminatory. For example, employers could be required to conduct

⁸³⁶ A possible problem that may arise with proving discrimination is that an employer qualifies its algorithms as business secrets. According to Miriam Kullmann (*Discriminating job applicants through algorithmic decision-making*, SSRN, 2019, 11) it “could be argued that it is the employer who should justify why he prefers hiring a particular candidate over another, this should also apply to an employer who uses an algorithm that prefers the one over the other. The rejected job candidate should be given access to the algorithmic model and data model based on which the algorithm has decided, or the employer should at least provide insight into why that decision can be objectively justified, in order to assess whether there indeed has been discrimination. It is suggested that where an employer is unable to explain why the software did decide in a particular way, and this might be even more difficult where unsupervised machine-learning algorithms are involved”.

⁸³⁷ Case C-415/10 [2012] 2 C.M.L.R. 39 See also Opinion of Advocate General Mengozzi delivered on 12 January 2012. Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH.

⁸³⁸ Case C-104/10 Kelly [2011] ECR I-6813, paragraph 39.

internal and external audits that would ensure that the criterion used is actually related to the tasks required by the job.

In any case, the ruling decided by the Bologna Court shows that the increasing use of automated hiring platforms requires adequate safeguards to avoid the job applicant being entirely dependent on the good will of the employer when it comes to obtaining information and preventing unlawful employment discrimination.

5. Legal standing and collective bodies. The role of national courts and the legitimate interest to bring an action.

Italian law has not only introduced a large variety of specific procedural instruments and rules to complement individual judicial enforcement of discrimination law but has also entrusted collective and/or public interest bodies dedicated to the assistance of victims of discrimination, with the important task of engaging in court proceedings if they demonstrate a legitimate interest.

A major characteristic of the Italian system is that the legal regulation of judicial procedures for enforcing equality is greatly fragmented and diversified, especially with reference to collective/public complaints⁸³⁹.

The Legislative Decree nos. 215 and 216, enacted in 2003 in order to implement the so-called second-generation non-discrimination Directives in Italian Law have contributed to multiplying rules with regard to court actions and the types of entities entitled to act on behalf of victims of discrimination. This scenario also remains fragmented as a result of Legislative Decree no. 150/11. There are still different rules regarding gender and other grounds of discrimination, and this different treatment is not always reasonable or easy to understand.

Of course, the topic has been addressed in EU anti-discrimination Directives (2000/43/EC, 2002/73/EC and 2004/113/EC) according to which legal entities have to be entitled only to *engage* in court proceedings on behalf (or in support) of the victims of discrimination⁸⁴⁰. EU law does not require public/collective interest bodies to also be necessarily entitled to *bring* a discrimination claim⁸⁴¹.

However, in *Feryn*⁸⁴² the Court went on to argue that even though Member States are only obliged to grant legal standing to public interest bodies to engage “either on behalf or in support of the complainant with his or her approval” in court proceedings, *they are not precluded* from enabling public/collective interest bodies to have *locus standi* (legal standing) also to bring judicial proceedings in the absence of a complainant who claims to have been the victim of discrimination.

⁸³⁹ With regard to court actions, see Fausta Guarriello, *Azioni in giudizio*, 196 (Lorenzo Gaeta Lorenzo Zoppoli ed., Giappichelli, 1992); Laura Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, 529 (Marzia Barbera ed. Giuffrè, 2007).

⁸⁴⁰ Member States should ensure “that associations, organisations or other legal entities, which have, in accordance with the criteria laid down by their national law, a legitimate interest in ensuring that the provisions of this Directive are complied with, may engage, either on behalf or in support of the complainant, with his or her approval, in any judicial and/or administrative procedure provided for the enforcement” of European rules.

⁸⁴¹ Karl Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht: eine systematische Darstellung*, C.F. Müller 2009, 191.

⁸⁴² Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding v Firma *Feryn* NV (C-54/07) EU:C:2008:397.

This is the logical implication of a broad interpretation of the concept of discrimination: the CJEU introduced the concept of collective discrimination, holding that the existence of direct discrimination is not subordinated to the identification of a complainant who claims to have been the victim (see § 23): as a matter of fact, the effect of statements revealing discriminatory recruitment policies could hamper the emergence of a socially inclusive labour market and thus, in the Court's opinion, go counter to the aim of the Directive⁸⁴³.

In some non-binding legal instruments and documents, the EU Commission seemed to continue on this path, passing an important recommendation in 11 June 2013 on injunctive and compensatory collective redress mechanisms⁸⁴⁴. The EU Recommendation also deals with the crucial question of whether or not entities should have the standing to bring representative actions. Unlike non-discrimination Directives, the Recommendation expressly provides that all Member States should have collective redress systems at national level even though the legal standing to initiate representative collective actions is granted only to representative entities that have been designated in advance or entities that have been certified on an *ad hoc* basis⁸⁴⁵.

Even though those sources mainly take into account the fields of competition and consumer law, where the "supplementary private enforcement of rights granted under Union law in the form of collective redress is of value", it is possible to argue that the principles set out in them can extend to the field of the social rights granted under Union law and in particular to discrimination cases (i.e., beyond consumer law)⁸⁴⁶.

It is important to stress that Italian non-discrimination Law has gone beyond the minimum originally required by EU anti-discrimination Directives (2000/43/EC, 2002/73/EC and 2004/113/EC).

As explained above, the legal regulation of judicial procedures for enforcing equality is very fragmented and diversified. For example, in the field of equality between women and men at work, Italian law, on the one hand, grants legal standing to bring a complaint of discrimination to different entities obtaining worker's approval, including trade unions, associations and organisations engaged in anti-discrimination law, or Equality Advisers (*consiglieri di parità*)⁸⁴⁷ (Art. 38 of LD n. 198 of 2006). On the other hand, in order to combat gender discrimination, in 1991, the legislator allowed *public* bodies (and only them) to bring proceedings on *their own behalf* (obviously

⁸⁴³ The aim of that Directive is "to foster conditions for a socially inclusive labour market" and that "objective would be hard achieved if the scope of the Directive were to be limited to only those cases in which an unsuccessful candidate for a post, considering himself to be the victim of direct discrimination, brought legal proceeding against the employer".

⁸⁴⁴ COM (2013) 401 final, 11.6.2013. See also the resolution adopted by the European Parliament 'Towards a Coherent European Approach to Collective Redress', 2011/2089(INI).

⁸⁴⁵ In addition, or as an alternative, the Recommendation states that the Member States should empower public authorities to bring representative actions (points 4-7)

⁸⁴⁶ According to the Court's settled case-law, "national courts are bound to take (recommendations) into consideration for the purpose of deciding disputes submitted to them, in particular where the recommendations cast light on the interpretation of national measures adopted in order to implement them or where they are designed to supplement binding EU provisions": AG SHARPSTON delivered on 31 October 2019 Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford.

⁸⁴⁷ This proceeding is structured along the lines of Art. 28 of the Workers' Statute: the Court can issue an immediately enforceable judicial order, not only to put an end to the discriminatory behaviour and to remove the effects the conduct has had thus far, but also to redress the damage caused by the discriminatory act. The failure to comply with the order or judgment in the trial of opposition is a criminal offence.

without the approval of a victim) (Act no. 125). The Equality body can act “*in its own name*” to challenge labour market discrimination (Art. 37 L.D. no 198 of 2006)⁸⁴⁸ and is entitled also to carry out conciliation proceedings (Att. 15(1-a), L.D. no. 198 of 2006).

Focusing here on discrimination due to trade union membership, as mentioned above, there is no doubt that this type of discrimination is also prohibited by the national non-discrimination rules on the ground of belief implementing European law. Indeed, the notion of “*belief*” to which the legislation refers must be interpreted in a broad sense so as to also include the meaning of the relationship between the social partners and the mode of relating to the employer⁸⁴⁹.

So, with reference to discrimination on this ground (but it is the same for age, sexual orientation, religion and disability), the standing to initiate legal proceedings – originally granted only to nationally representative trade unions – has been extended to any trade union, association and organisation “representative of the infringed right or interest”: art. 5 L.D. 216/2003). However, it should be pointed out that the bodies engaged in non-discrimination law only have the power to bring actions before the courts as representatives of the victims because they have been granted the standing to act “*either on behalf or in support of the complainant*”⁸⁵⁰. Only, and exceptionally, in the event of collective discrimination, where no victims to support or represent are identifiable, does Italian law allow these entities to act on *their own behalf* (art. 5, 2, LD n. 216/2003).

However, there are some gaps in Italian regulation on this topic.

First of all, the legislator did not lay down the criteria to determine *which* organisations have “a legitimate interest in ensuring that the provisions of Directives are complied with” and “*are representative of the infringed right or interest*”. This requirement is very vague.

Only in some sectors does the law require registration in a register approved by ministerial decree (for example, discrimination on grounds of race and ethnic origin: Art. 5 of Legislative Decree no. 215 of July 9, 2003).

This means that the courts play a significant role: they have the power to undertake a double investigation to ascertain that: a) it is impossible to identify a complainant who claims to have been the victim of discrimination; b) the association is truly representative of the interest in question⁸⁵¹.

However, for reasons of legal certainty, practicability, and simplicity, the legislator should not only require a direct relationship between the main objectives of the entity and the rights granted under European Union law that have allegedly been violated, but they should also clarify the criteria that the entity has to fulfil to be considered “*representative*” and be entitled to bring enforcement proceedings. Furthermore, in accordance with the EU Recommendation mentioned above, the organisations should be non-profit-making and, secondly, have sufficient capacity in terms of financial resources, human resources, and legal expertise, to represent multiple

⁸⁴⁸ See Paola Widmann, *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, 632, (Antonio Viscomi ed. Editoriale scientifica, 2011).

⁸⁴⁹ For example, Mariapoala Aimò, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, 48-49 (Marzia Barbera ed. Giuffrè, 2007), App. Roma 9 ottobre 2012.

⁸⁵⁰ See Dagmar Schiek, *Enforcing (EU) Non-discrimination Law: Mutual Learning between British and Italian Labour Law*, Int. J. Comp. Lab. Law . Ind. Rel., 2012: “equality rights are conceptualized as individual rights” (502).

⁸⁵¹ Cass. no. 19443 of 20 July 2018.

claimants acting in their best interest.

Secondly, there is still no clear understanding of the relationship between the different enforcement proceedings before which collective interest bodies are entitled to bring a case in the absence of an identifiable complainant.

In cases of discriminatory acts against workers because of their union activity (dismissals, transfers) – whenever these measures indirectly affect the rights of the unions and prejudice their position within the firm – not only are trade unions entitled to bring an action under antidiscrimination legislation but (according to the prevailing opinion among judges and labour law scholars) also enjoy standing to initiate a different proceeding on their own behalf under Article 28 of the Worker's Statute.

In both cases, collective bodies have the right to bring enforcement proceedings without acting in the name of a specific complainant or in the absence of a complainant claiming to have been the victim of discrimination.

However, as far as Article 28 is concerned, it is important to stress that this provision does not allow a union to bring an individual case before the Court or to act (also) on behalf of workers who may be injured by the employer's behaviour: unions act (only) in their own collective interest, and can do so even without or against the complainant's consent⁸⁵².

Article 28 only protects collective interests, as interpreted by the trade union organisation itself, and the union has direct legal standing to initiate legal proceedings in order to defend its right; the interests of the individual workers affected by the employer's behaviour are not considered by the legislator in this article (the individual worker affected by discrimination being easily dissuaded from suing the employer for obvious reasons).

On the contrary, in the case of antidiscrimination legislation, the union is involved in a different way because it is entitled to act on behalf of victims of discrimination: the power is bestowed upon it in the interest of the particular employee to not be discriminated against. Indeed, a trade union does not bring an action to defend its rights as an autonomous entity; it brings claims to defend the rights of persons to whom non-discrimination duties are owed.

The situation seems to be not very different from that of the class action introduced by the new Law no. 31/2019⁸⁵³.

⁸⁵² For the Constitutional Court, it is a matter of "*interessi collettivi dei quali il sindacato è titolare e gestore autonomo, e con il quale esso non agisce in rappresentanza dei lavoratori colpiti dai suddetti comportamenti, tant'è che può esperire il ricorso anche in caso di inerzia o contraria volontà di questi*": Corte cost., No. 334/1988; 16930/2013. In the legal scholarship, see, for instance, Mario Giovanni Garofalo, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, 203 (Jovene, 1979); Marcello Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, Riv. trim. dir. proc. Civ., 1973, 844 ff. More recently, see Maurizio Falsone, *Tecnica rimediabile e art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, Lav. Dir., 2017, 565 ff.

⁸⁵³ On April 12, 2019, Parliament approved a new law expanding the scope of class actions. The new law amends the Code of Civil Procedure (C.C.P.) by incorporating class actions into that Code. (C.C.P. Article 840(a), para. 1, added by Law no. 31, Article 1(1).) Previously, class actions only appeared in Italy's Consumer Code, and applied only to consumer actions). Moreover, the Law provides that class actions are available to protect "individual homogeneous rights", a broad category that can cover many types of disputes. (C.C.P. Art. 840(a), para. 2). The legal basis for standing in a class action is set out in Article 140(a) of the Consumer Code; see Gennaro d'Andria, *Class/Collective Actions in Italy: Overview*, Thomson Reuters Practical Law (May 1, 2019).

According to this law, class actions are available to protect “individual homogeneous rights”: the subjects entitled to bring the claim are, first of all, the individual users or consumers which/who have suffered damage due to the conduct of the defendant; non-profit organisations and associations listed in a public registry of the Ministry of Justice and whose purpose it is to protect such rights are entitled to bring the claim *on behalf* of class members.

As a rule, the subjects entitled to bring the claim in discrimination cases are also the individual victims. It is significant that collective actions can be initiated by representative entities and trade unions only in the absence of a complainant claiming to have been the victim of discrimination (Art. 5.2, Legislative Decree no. 216 of July 9, 2003).

In this case, it is the Italian legislation at issue that provides the right to take action (*locus standi*) because where there is no complainant or identifiable victim the standing of associations to act is *not* governed by EU law⁸⁵⁴.

In any case, as the CJEU has pointed out⁸⁵⁵, the aim of the national provision is to enforce the substantive rights that derive from EU law (protection from discrimination): trade unions are granted standing to sue on behalf of victims and can, therefore, claim individual rights.

In the case mentioned above concerning riders, the Bologna Court clarified that it is for national courts to verify that an association can satisfy the criteria established to have a legitimate interest to bring actions to enforce the rights and obligations stemming from Directive 2000/78.

According to the Bologna Court, there is no doubt that the aims of the Trade Union Filt Cgil correspond to those of an association with a *legitimate interest* to enforce the rights and obligations deriving from Directive 2000/78.

In the case of trade unions, the legitimate interest to take a legal action is *in re ipsa*: as the right to strike is a typical expression of trade union activity, any form of direct and indirect discrimination in the exercise of this right might be considered an illegal interference with union freedom.

This means that in all discrimination cases the individual and collective spheres are closely related: in fact, unions, and generally speaking legal entities, can have their own legitimate interest, which is related to the statutory aim of the entity and substantive rights that derive from EU law, provided that the employer’s behaviour could cause direct prejudice to both interests.

From what has been explained so far it follows that the special emergency procedure of Article 28 of Act no. 300 – that can be evoked in Italy to penalise and remove discriminatory acts – has essential features similar to those of procedural remedies under anti-discrimination legislation to enforce substantive rights deriving from EU law.

Even though the parties, *petitum*, and *causa petendi* can be different in part, there is no doubt that the two procedural remedies can mutually influence each other so that the action proposed under anti-discrimination legislation may to a certain extent have some effects on the other and

⁸⁵⁴ See also AG Sharpston delivered on 31 October 2019 Case C-507/18 NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford.

⁸⁵⁵ Case C-507/18, CJEU (Grand Chamber), 23 April 2020.

vice versa⁸⁵⁶. In other words, it is not possible to mark a clear dividing line between the two procedural remedies.

This idea is in line with a new approach in the Court's case-law. Indeed, in the recent ruling mentioned above (no. 1/2020), the Italian Supreme Court also argued that the special allocation of the burden of proof applies in all discrimination cases with reference both to individual and collective claims, including the emergency procedure provided for in Article 28 of Act no. 300 (Worker's Statute), which enables trade unions to sue employers in their name in any case of anti-union activity on the part of the employer.

It may appear striking that the Court uses a special guarantee, designed to facilitate individual litigation and improve the effectiveness of the access to justice for victims of discrimination in an emergency procedure like that provided for in Article 28.

As explained above, this type of action – like others provided in other jurisdictions⁸⁵⁷ – is still highly problematic because trade unions, due to their role, can only bring a case to defend their collective interest⁸⁵⁸ but cannot do anything on behalf of individuals.

However even though a trade union is not allowed to initiate proceedings to defend interests other than its own⁸⁵⁹, the individual and collective spheres could be considered closely related, especially where the individual workers have suffered damage due to the conduct of the defendant. This standpoint will contribute to the building of a coherent body of EC non-discrimination law and boost concomitant effective protection against discrimination.

6. Conclusion.

The in-depth analysis of the Italian case law on discrimination demonstrates that Italian equality law still does not seem to be fit to challenge our increasingly algorithmic society.

In Italy the courts have held a view that has long hindered the expansion of antidiscrimination protection: until some years ago they still applied to dismissals the regulatory model laid down in the general rules of civil law, i.e. Article 1345 of the Italian Civil Code. In so doing, they had made it too much onerous the claimant's burden of proof for establishing a claim for direct

⁸⁵⁶ This approach could be useful considering that some gaps can be found also in art. 28 of workers' Statute. For example in some judgments courts held that this provision does not allow a union to act (also) on behalf of self employed or bogus self employed workers. According to these questionable rulings Article 28 may be used only by trade unions of employees who carry out their work in a subordinate position. See Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, decreto Nidil CGIL Firenze, Filt CGIL Firenze e Filcams CGIL Firenze c. Deliveroo Italy s.r.l.; According to Bruno Caruso (*Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro, nel settore pubblico, oggi*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 437/2021, p. 7) "lo statuto è norma di attuazione di tutte le norme della Costituzione che riguardano il lavoro tra cui anche l'art. 35 nel cui perimetro rientra sicuramente il lavoro autonomo, a maggior ragione, se economicamente dipendente; che, infine, rientra nel principio e nella prassi dell'autonomia sindacale, tutelata dall'art. 39 primo comma, la scelta dell'interesse collettivo da tutelare con gli strumenti che mette a disposizione l'ordinamento statutale tra cui, non ultimo, proprio l'art. 28 dello statuto".

⁸⁵⁷ For example, in Germany according to § 17.2 AGG, if an employer commits a "gross violation" of the provisions concerning protection against discrimination, trade unions and workers' councils are granted the standing to bring a discrimination case and are entitled to apply for an injunction to stop the violation of rights granted under this Act (the so-called *Unterlassungsanspruch*).

⁸⁵⁸ This does not concern individual rights related to the order forcing an employer to stop the discriminatory behavior (*Unterlassung*) because § 17.2 allows a workers' council or a trade union to apply for a judicial order requiring the employer to stop the behaviour or to adopt or to remove specific measures.

⁸⁵⁹ BAG 1 ABR 75/88 AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972; Eva Kocher, Heide Pfarr, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren*, 51 (Nomos, 1998).

discrimination: their focus was not on the reason for the perpetrator's action but on the perpetrator's subjective *motive*.

The increasing use of algorithms, especially, in labour market recruitment processes, may suggest to develop new technique of protection and remedies against discrimination and provide a consistent and clear division between existing key concepts of discrimination, and in particular direct and indirect discrimination.

Anyway, until now the jurisprudence of the Italian courts on this issue has been problematic: even though algorithm can be designed – intentionally or not – in such a way that the selection criterion used is a direct consequence of the biased labeling, there has been a reluctance to rely on direct discrimination in such cases.

This approach is in line with the consensus emerged until now in the literature on algorithmic discrimination where many legal scholars claimed that the concept of indirect discrimination would be a better conceptual fit for algorithmic discrimination than that of direct discrimination. However, it is important to emphasize the danger of an improper and extensive use of the legal concept of indirect discrimination in this regard. The statutory definition of indirect discrimination includes a wide possibility of justification defence, either by reference to a test of proportionality or business necessity or some other balancing mechanism, and this broad scope of justification (which has doubtful moral foundations) increases the risk that the victim of discriminations by algorithms is left in legal uncertainty.

Anyway, it might be thought that if the ground for the decision is 100 per cent correlated with an adverse effect on a protected group the less favourable treatment should fall under the “disparate treatment” as it is somehow “intrinsically” discriminatory.

On the other hand, the development of algorithms in employment decision-making and automated hiring platforms also raises the vexed question of the effectiveness of antidiscrimination protection.

The first rulings decided by the courts show that there is a need of adequate safeguards for victims of algorithmic discrimination: generally, it is extremely difficult, and sometimes quite impossible, to establish a *prima facie* case of discrimination without access to the data and the algorithms. Anti-discrimination law alone does not provide such access.

However, anti-discrimination law could help to fill some gaps and the weaknesses of some Italian procedural remedies: until now there is still no clear understanding of the relationship between the different enforcement proceedings before which collective interest bodies are entitled to bring a case in the absence of an identifiable complainant.

Some types of collective action like that provided for in Article 28 of worker's Statute are still highly problematic because trade unions, due to their role, can only bring a case to defend their collective interest but cannot do anything on behalf of individuals. Furthermore, according to some recent rulings the legal standing to initiate this collective action is not granted to trade unions whose purpose it is to protect the collective interests of self employed or bogus self employed workers. Therefore, there is still a general need to improve the effectiveness of the access to justice for victims of discrimination and in this regard anti-discrimination law could play a crucial role.

“Work life balance” fra diritto UE e diritto interno*

Stefania Scarponi

1. La direttiva n. 19/1158 “ <i>Work-life balance</i> ”.	219
2. Condivisione della cura “genitoriale” e modelli europei.	221
3.1 Recenti orientamenti della Corte di Giustizia nel caso W.A.	222
3.2 e nel caso Caisse primaire d’assurance maladie.	223
4. Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre.	224
5. Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro.	225
6. Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta.	226

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 156/2021

1. La direttiva n. 19/1158 “Work-life balance”.

L'avvento della pandemia e i fenomeni che ne sono derivati, in particolare la chiusura delle scuole e il ricorso obbligato allo “smart-working”, hanno posto in luce, se ve ne fosse stato bisogno, come la realizzazione del bilanciamento tra vita lavorativa e cura familiare sia questione cruciale per l'eguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, valore che costituisce storicamente uno dei pilastri della dimensione sociale del diritto comunitario. Oltre ad essere sancita dalle norme dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali e di specifiche Direttive, è oggetto di attenzione nella determinazione degli obiettivi delle politiche occupazionali e, *last but not least*, di un cospicuo filone della Corte di Giustizia. Al riguardo, in una delle prime e più note sentenze relative alla concettualizzazione del divieto di discriminazione indiretta, Massimo Roccella ha sottolineato che: «< attribuendo rilevanza giuridica agli ostacoli materiali alla parità di trattamento oltre il profilo meramente formale dell'eguaglianza, il ragionamento ruota attorno alla constatazione delle “difficoltà incontrate dalle lavoratrici per poter lavorare a tempo pieno”>>⁸⁶⁰; così come altra pronuncia sottolinea il potenziale discriminatorio del criterio per l'attribuzione di maggiorazioni retributive connesso alla disponibilità ad orari variabili data la «< consapevolezza che “a causa degli impegni casalinghi e familiari di cui le lavoratrici hanno sovente la responsabilità ... possono meno facilmente dei lavoratori di sesso maschile organizzare il loro orario di lavoro in modo flessibile”>>⁸⁶¹.

L'evoluzione successiva è avvenuta in relazione all'applicazione del principio di eguaglianza anche formale in tema di ripartizione dei congedi genitoriali, affrontata anche da recenti pronunce (*infra par.* 3) e all'ingresso, accanto al tema della “conciliazione tra tempi di vita e di lavoro”, della percezione dell'importanza della “condivisione del lavoro di cura” tra i partners e la valorizzazione del ruolo paterno, anche nell'interesse del minore ad un precoce attaccamento ad entrambi i genitori.

Tale visione si è affermata fin dalla fine del secolo scorso ed è stata confermata dalla recente direttiva europea “Work-life Balance” n. 2019/1158⁸⁶² che, tra l'altro, disciplina il congedo di paternità obbligatorio. Sulla direttiva in questione pesa, per la verità, il fallimento della ben più ambiziosa proposta che mediante il dialogo sociale europeo mirava alla riforma della Dir. n. 92/85 sulla tutela della maternità⁸⁶³, tuttavia il suo contenuto comporta alcune innovazioni positive che pongono sfide significative nei confronti del nostro ordinamento. Si tratta in particolare della titolarità e modalità di fruizione del congedo di paternità e degli strumenti per assicurarne il godimento effettivo, della maggior copertura economica dei congedi parentali per incentivarne l'uso anche da parte dei padri, nonché del riconoscimento del diritto di richiedere formule flessibili del

⁸⁶⁰ M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, p.131 riferendosi alla sentenza Corte Giust. 13 maggio 1986, c- 170/84 Bilka -Kaufshaus v. Weber von Hartz in materia di contratto di lavoro a tempo parziale che ha anticipato il divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo pieno comparabili di cui alla D. 97/81 Ce.

⁸⁶¹ M. ROCCELLA, *Ivi*, p.132 con riferimento alla sentenza Corte giust. 17 ottobre 1989, c-109/88 Handels v Danfoss.

⁸⁶² Come chiariscono il *Considerando* n.10 della direttiva n.1158 e la Comunicazione della Commissione Europea “Towards a gender equal Europe” dedicato alla “Strategia per l'eguaglianza di genere 2020 – 2025”.

⁸⁶³ E. CHIEREGATO, *Conciliazione vita-lavoro la nuova Direttiva UE sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare*, *Lav.Giur.* n.2, 2020, p.125; D. GOTTARDI, *La forza e la debolezza: la normativa e le politiche contro le discriminazioni di genere in Europa*, in S. SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Temi e questioni* Napoli, 2020, p. 7 ss.

tempo e del rapporto di lavoro. Alla finalità di migliorare le condizioni per lo svolgimento dell'attività genitoriale si affianca per la prima volta, inoltre, il riconoscimento dell'importanza dell'attività di assistenza intesa in senso più in generale nei confronti dei "care givers" mediante un approccio integrato e non più frammentato nei confronti dei diversi istituti, non a caso valutato positivamente dai commentatori⁸⁶⁴.

Uno dei principali profili da focalizzare, insieme a quello relativo all'indispensabile presenza dei servizi pubblici di sostegno alle diverse attività di "care"⁸⁶⁵ da assumere come priorità nella gestione dei fondi concessi nell'ambito del *Next Generation EU*, riguarda la necessità di sviluppare politiche di effettiva condivisione dei compiti di cura anche all'interno della coppia fin dalla nascita o dall'adozione o affidamento del minore, rafforzando in primo luogo il congedo di paternità quale diritto autonomo e non cedibile. Nell'ordinamento interno l'evoluzione nell'interpretazione dell'art.37, 1c. Cost. della formula "essenziale funzione familiare" da parte della Corte costituzionale, con la sentenza 14 gennaio 1987 n.1, ha permesso di superare il riferimento testuale esclusivo alla donna lavoratrice. Incentivare il ruolo paterno significa infatti creare una dimensione familiare equilibrata e ispirata all'eguaglianza di genere in senso sostanziale, superando il modello del *cd male bread – winner*, oramai inadeguato anche sotto il profilo economico, con maggiori probabilità per la madre di accedere o conservare il lavoro extradomestico. La "condivisione della cura familiare fra i partners" come obiettivo perseguito dall'ordinamento in chiave di eguaglianza u/d costituisce una delle finalità delle "azioni positive" disciplinate dall'art.1, comma 2 lett. e) l. n. 125/1991 (ora art. 42, comma 2, lett. f) d.lgs. 198/2006 "Codice pari opportunità") e, in seguito, è stato assunto come uno degli assi portanti del t. u. sulla maternità e paternità di cui al d.lgs. 151/2001, in parallelo al riconoscimento del diritto all'equilibrio fra vita professionale e vita familiare enunciato dall'art.33, par.2 Carta UE sulla scorta della Carta Sociale europea riveduta.

Corrispondono alla logica della condivisione della funzione genitoriale in modo paritario tra madre e padre vari istituti propri della disciplina nazionale vigente – in tema di congedi parentali, di riposi dopo il periodo di congedo obbligatorio e di diritto alle assenze per malattie del figlio fino a tre anni - tuttavia è ben noto che si tratta di diritti che vengono raramente utilizzati dai padri. Nel corso della pandemia, una drammatica smentita di distribuzione paritaria dei ruoli familiari in Italia emerge dai dati risultanti dalle analisi empiriche relative alla prevalenza nettamente femminile nell'utilizzo dei c.d. congedi Covid-19⁸⁶⁶ e da quelli dell'Ispettorato del Lavoro relativi alle dimissioni delle lavoratrici da cui emerge che la causa principale è dovuta alla impellenza dei compiti di cura genitoriale. Il persistere della divisione tradizionale dei ruoli familiari è confermato, altresì, dalle analisi sulla "contrattazione di welfare" che pongono in luce la propensione

⁸⁶⁴ E. CARACCIOLLO DI TORELLA, *An emerging right to care in UE: a "New Start to Support the work life balance for Parents and Givers*, in *ERA Forum*, 18, 187; D. IZZI, *Il Work-life balance al maschile: a proposito di congedo dei padri*, *LD* 2020, p. 335.

⁸⁶⁵ Da ultimo S. BORELLI, *Who cares?* Torino 2020.

⁸⁶⁶ Secondo il Rapporto INAPP *Il lavoro di donne e di uomini in tempi di Covid: Dalla Fase1 alla Fase2* in www.inaip.it, commentato da V. CARDINALI, *Post Lockdown. Rischi di transizione in chiave di genere*, *INAP policy Brief* 21 novembre 2020, *ivi*, i congedi Covid – pur essendo previsti in modo indifferenziato a favore di ciascuno dei due genitori che possono fruirne alternativamente in omaggio alla "parità di genere" ai sensi dell'art.25 d.l. 18/2020 - sono stati utilizzati al 90% dalle madri il cui ritorno al lavoro professionale avviene con molto più ritardo dei partners sulla base di un "accordo familiare". Le cause di tale fenomeno sono ben note: la retribuzione femminile mediamente più bassa - per cui le assenze incidono meno sul bilancio familiare - e la mancanza di condivisione del partner nel ruolo di cura rendono il lavoro delle donne "sacrificabile".

nettamente più frequente da parte delle lavoratrici a privilegiare le misure finalizzate a soddisfare le esigenze di “conciliazione”, con il rischio, tuttavia, di subire ripercussioni negative sul versante retributivo⁸⁶⁷. Poco incisiva, inoltre, si è rivelata la misura connessa al congedo di paternità: pur essendone stata attribuita la titolarità autonoma anche al padre, oltre quella in chiave solo sostitutiva alla madre⁸⁶⁸, la sua durata è rimasta a lungo limitata a soli 2 giorni e subordinata alle leggi di bilancio annuali e solo recentemente aumentata fino a 10 gg in virtù della legge di Bilancio 2021⁸⁶⁹, in conformità a quanto stabilito dalla direttiva n.1158. Tuttavia, si tratta di una riforma minimale, mentre la trasposizione della direttiva può essere l'occasione per rivedere il quadro normativo vigente onde assicurare maggiore effettività alla prospettiva di condivisione dei ruoli genitoriali, secondo l'esempio di altri ordinamenti.

2. Condivisione della cura “genitoriale” e modelli europei.

Prendendo in considerazione il congedo obbligatorio di paternità, dal panorama europeo emerge che la sua durata è in molti casi più elevata di quella vigente⁸⁷⁰ e se ne potrebbe prospettare pertanto un aumento significativo, auspicando che l'elevata copertura economica ne renda più appetibile l'effettiva fruizione. In effetti, secondo la disciplina vigente il congedo di paternità è remunerato al 100% in misura superiore a quella spettante alla madre cui è riservato solo l'80%, disparità giustificata quale “azione positiva” per indurre una maggior propensione all'effettivo utilizzo⁸⁷¹, ma certamente rivedibile in ipotesi di allungamento del periodo complessivo onde non sovraccaricare i costi. Nella prospettiva della condivisione dei compiti di cura e della valorizzazione del ruolo paterno si profilano soluzioni ispirate alla tendenziale parificazione dei congedi di maternità e paternità, come la recente riforma varata in Spagna (d.R. n.6/2019) che ha elevato progressivamente la durata del congedo di paternità per cui nel 2021 esso ha raggiunto la stessa durata di quello di maternità, pari a 16 settimane, con copertura economica al 100%, cui si aggiungono altre 10 settimane facoltative, il cui utilizzo deve essere negoziato con il datore di lavoro, durante il primo anno del figlio/a⁸⁷². La parificazione così raggiunta tra madre e padre sconta, peraltro, il fatto che il periodo di congedo individuale sia più breve di quello di altri ordinamenti (solo 4 mesi); inoltre, il periodo di congedo parentale (c.d. *excedencia*), non è retribuito, mostrando come l'intero sistema abbia bilanciato i costi maggiori derivanti dall'ampliamento della durata del congedo di paternità.

Questione diversa, anche se in parte collegata, riguarda la trasferibilità dei congedi di cui ciascuno genitore è titolare, da affrontare sapendo che se il soggetto che ne fruisce in larga o esclusiva

⁸⁶⁷ Cfr D. GOTTARDI, M. PERUZZI, *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, Torino 2017.

⁸⁶⁸ Impossibilitata a prendersi cura del neonato in quanto deceduta, gravemente malata o in caso di affidamento esclusivo al padre, ai sensi dell'art.28 d.lgs. 151/01.

⁸⁶⁹ In attuazione del d.d.l. delega 11 giugno 2020 “Misure per il sostegno e la valorizzazione della famiglia” c.d. *Family Act*, che per le parti restanti in materia di attuazione della direttiva n.1158 non è ancora stato attuato.

⁸⁷⁰ La tendenza ad aumentare la durata del congedo di paternità non caratterizza soltanto i paesi nordici ma anche i paesi mediterranei, superando le vischiosità dei fattori socioculturali, come la legge adottata dal Portogallo n. 40/2019 che ha modificato l'art. 43 del codice del lavoro elevando a 20 gg il congedo di paternità cfr C. CARVALHO, *Conciliar vie professionnelle et vie familiale pour promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes au Portugal*, in Rév.Dr. Comp.Trav. Séc. Soc. n. 3/2020, *Dossier thématique*, p.85.

⁸⁷¹ Da ultimo M.L. VALLAURI, *op.cit.*, p.150, anche per ulteriore bibliografia

⁸⁷² Cfr *International Review on parental leaves policies 2020* in www.leavesatwork.org.

parte è la madre se ne compromette la partecipazione al mercato del lavoro professionale e il riequilibrio dei ruoli familiari⁸⁷³. Ciò non implica annullare ogni spazio alle decisioni interne alla coppia ma assumere la visione improntata al perseguimento degli obiettivi ricordati che potrebbe condurre anche ad una modifica dell'assetto normativo nazionale nel senso, opposto, di permettere alla madre di scegliere se cedere al padre una parte del proprio congedo obbligatorio, che ha una durata più elevata di quella mediamente diffusa in Europa (5 mesi) e di quella stabilita dalla dir. 92/85 Cee, a condizione di salvaguardare la quota indispensabile alla tutela della sua salute dopo l'evento del parto e ad assicurare il costituirsi dell'indispensabile rapporto con il neonato, secondo i principi consolidati in materia. La distinzione tra le funzioni del congedo è stata sottolineata, come è noto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avuto occasione di esprimersi anche in due casi recenti originati dal modello opposto e tradizionale di riconoscimento solo nei confronti della madre della funzione di cura dei figli da parte dell'ordinamento. Analizzando brevemente le pronunce emergono spunti interessanti di riflessione.

3.1 Recenti orientamenti della Corte di Giustizia nel caso W.A.

La violazione del principio di eguaglianza u/d è stata sollevata nei confronti di una disposizione di legge spagnola⁸⁷⁴ che assegnava un'integrazione della pensione, con natura di pensione pubblica contributiva, a vantaggio di donne che avessero avuto almeno 2 figli biologici o adottivi, con importi articolati a seconda del numero dei figli, e fossero titolari di un'altra pensione di vecchiaia, di reversibilità o di invalidità permanente, giustificata "dal loro apporto demografico alla previdenza sociale"⁸⁷⁵. La destinazione esclusiva alle donne era difesa basandosi sul loro diverso e più intenso apporto alla politica demografica dovuto non solo alla gravidanza e al parto, ma altresì all'accudimento e alla cura dei figli, causa frequente di minori introiti retributivi e di svantaggi pensionistici, circostanza invocata come legittima deroga al principio di eguaglianza secondo quanto previsto dalla direttiva⁸⁷⁶ e altresì dall'art. 157, comma 4, Tratt. FUE, qualora i *preferential treatments* abbiano "la finalità di compensare gli svantaggi o i ritardi nella carriera professionale". La sentenza, tuttavia, constata che l'apporto dei padri alla "politica demografica" è altrettanto fondamentale di quello delle madri da un punto di vista biologico e, sulla scorta del precedente *Griesmar*⁸⁷⁷ con cui per la prima volta la Corte ha contrastato sul piano previdenziale l'infungibilità delle donne nell'espletamento dei compiti di educazione e assistenza nella vita familiare⁸⁷⁸, non accoglie neppure l'ulteriore giustificazione fondata sullo scopo "compensativo" della misura nei confronti delle donne. Indubbiamente la genericità della disposizione controversa presta il fianco alle osservazioni critiche della sentenza che ha rilevato l'assenza di alcun riferimento specifico né alla protezione della gravidanza e del parto, anzi smentita dall'estensione all'ipotesi di adozione, né al fatto che le lavoratrici abbiano effettivamente cessato di lavorare almeno per un certo

⁸⁷³ Per tale ragione il nostro ordinamento prevede la titolarità separata dei congedi parentali e la loro non trasferibilità, che in base al principio di "non regresso" deve essere mantenuta, essendo coerente con il fine dichiaratamente perseguito dalla direttiva n.1158, nonostante che la stessa, all'art. 5 par.2, ammetta la possibilità di trasferire una quota di congedi parentali di 2 mesi su un totale di 4 come soglia minima superiore a quella disposta in precedenza dall'Accordo – quadro europeo riveduto e recepito dal par.2, comma 2 dir. 10/18.

⁸⁷⁴ Art.60 Ley General de la Seguridad Social, recepita dal R.d.lgs. n. 8/2015.

⁸⁷⁵ Corte giust. 12 dicembre 2019 c-450/2018 WA v. Instituto Nacional de Seguridad Social.

⁸⁷⁶ Ai sensi dell'art.7, par.1 lett b dir.7/79 Ce, assorbita dalla dir. 06/54.

⁸⁷⁷ Corte giust. 29 novembre 2001 c-366/99 Griesmar v. Repubblica Francese.

⁸⁷⁸ T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, p.305.

periodo o abbiano diminuito il tempo di lavoro con effetti negativi sul versante retributivo e pensionistico, quale presupposto necessario per l'applicazione del regime integrativo. La decisione permette di ritenere, peraltro, che una normativa corrispondente a tali requisiti sia legittima e non contrastante con il principio di eguaglianza in conformità alle disposizioni citate. In questa logica va inquadrata l'asserzione della Corte (p.66 della sentenza) secondo la quale la misura in discussione, essendo a carattere meramente compensativo, «non ha l'obiettivo di contrastare gli effetti negativi dovuti alla cura familiare durante la vita lavorativa, a cui viceversa dovrebbero tendere gli Stati Membri, secondo il principio affermato dalla Dichiarazione n. 28 allegata al Trattato di Amsterdam e richiamata dal *Considerando* n. 22 D.06/54 Ce». Tale approccio esprime limpidamente la necessità per gli Stati membri di attuare una politica sociale efficace in modo da evitare a monte il prodursi del fenomeno che ha dato origine alla questione, in linea con il modello europeo ribadito dalla recente direttiva n.1158, anche se presta il fianco alla critica di non tener conto a sufficienza del fatto che, finché tali obiettivi non siano effettivamente realizzati, gli impegni familiari destinati al lavoro di cura molto frequentemente determinano effetti negativi nei confronti delle donne sul versante dell'attività professionale.

3.2 e nel caso *Caisse primaire d'assurance maladie*.

L'altro caso relativo alla (mancata) condivisione dei ruoli familiari⁸⁷⁹ attiene ad una disciplina di fonte contrattuale collettiva che attribuiva un congedo di maternità supplementare a quello legale, articolato nella durata e nella copertura retributiva, nei confronti della madre lavoratrice che si prendesse cura direttamente del figlio/a dopo la nascita⁸⁸⁰. Il congedo supplementare di 3 mesi per accudire il proprio figlio era stato invece negato dalla direzione aziendale ad un lavoratore padre, nonostante la sua richiesta fosse appoggiata dal sindacato stipulante, sul presupposto che si trattava di un beneficio riservato alle madri. Anche in questo caso il *focus* della sentenza si concentra sulla funzione svolta dai congedi, ponendosi la questione fino a che punto secondo la disciplina negoziale risultassero collegati alla tutela della salute biologica della madre e alle particolari relazioni fra madre e figlio nel periodo successivo alla nascita, quali valori enunciati fin dal noto caso *Hofmann (c-184/83)*, oppure alla funzione educativa che, potendo essere svolta da entrambi i genitori, rende discriminatorio un diritto riservato solo alla madre. Per dirimere la questione assumono rilievo le caratteristiche della disciplina contrattuale sotto il profilo della diminuita copertura economica in caso di congedo pari a 3 mesi, al presupposto dell'anzianità di lavoro minima di 6 mesi per la titolarità del diritto⁸⁸¹, infine alla durata variabile del congedo che poteva andare da 1 mese e mezzo fino a 2 anni e 3 mesi e non sempre con garanzia della retribuzione, come rileva la sentenza nel rinviare al giudice di merito la valutazione sulle disposizioni controverse. La disomogeneità della disciplina sembra opporsi alla possibilità di ricondurre in ogni

⁸⁷⁹ Corte giust. 18 novembre 2020 *Syndicat du personnels de la Caisse primaire d'assurance maladie la Moselle c-463/19*, commentata da R. ZUCARO, *L'indirizzo europeo sul congedo di maternità supplementare*, in *Lav.Giur.* n.4/2021, p. 369 ss.

⁸⁸⁰ Il regime prevedeva tre mesi a retribuzione dimezzata oppure un mese e mezzo a retribuzione piena, oppure un anno senza retribuzione elevabile a due a discrezione della dirigenza dell'ente. In tutti i casi descritti la lavoratrice manteneva il diritto al termine del congedo di rientrare sul proprio posto di lavoro, salvo nell'ipotesi di concessione di un anno ulteriore di congedo ove il diritto al rientro era subordinato alla disponibilità di posto pur essendo riconosciuto un diritto di prelazione.

⁸⁸¹ La legittimità di un periodo di anzianità lavorativa quale requisito per il diritto ai congedi parentali è stato riaffermato da Corte giust. 25 febbraio 2021 c- 129/2020 XI v. *Caisse primaire des enfants*, che ha escluso, al contrario, la legittimità della condizione di essere lavoratore/trice al momento della nascita del figlio.

caso il complesso dei congedi alla tutela della gravidanza e maternità e della relazione con il neonato o la neonata e, dunque, solo in linea di principio la disciplina del contratto collettivo non è ritenuta *di per sé* (corsivo mio) in contrasto con il divieto di discriminazione senza che, d'altro lato, sia stata accolta la posizione dell'Avvocato generale propensa a sottolineare maggiormente la tendenza dell'ordinamento comunitario verso la trasformazione dei tradizionali ruoli genitoriali⁸⁸², secondo l'auspicio confermato dalla direttiva n. 1158/2019.

4. Esigenza di una riforma legislativa per promuovere la fruizione effettiva dei congedi da parte del padre.

L'atteggiamento ancora cauto della Corte di Giustizia suggerisce che la via migliore per perseguire l'obiettivo enunciato dalla Direttiva sia affidato al modo della sua trasposizione che dovrà tale da armonizzare l'ordinamento interno agli obiettivi perseguiti a vantaggio di una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro mediante una trasformazione profonda dei modelli culturali e sociali.

Indubbiamente una delle questioni più rilevanti a questo riguardo attiene alla mancanza di una regolamentazione complessiva del congedo di paternità che manca di strumenti atti a garantirne la fruizione effettiva, salvo il divieto di discriminazione sancito dall'art.25, c.2-bis del Codice di Pari Opportunità. Neppure il mantenimento integrale della retribuzione, in misura addirittura superiore a quella della madre, e l'assicurazione delle coperture previdenziali, si è dimostrata sufficiente per promuoverne l'effettivo utilizzo. Assume pertanto particolare rilievo introdurre strumenti che agevolino di fatto il ricorso al congedo di paternità – come l'utilizzo flessibile secondo il modello già disposto per i congedi parentali⁸⁸³ - ma altresì un apparato sanzionatorio in grado di colmare l'attuale vuoto che, nonostante la qualificazione come "obbligatorio", rende il congedo di paternità un mero diritto potestativo. Di conseguenza, il sistema normativo andrebbe integrato per es. estendendo nei confronti del datore di lavoro che rifiuti il congedo la sanzione amministrativa prevista in caso di rifiuto a riconoscere il congedo parentale ai sensi dell'art.38 t.u. o prevedendo altre forme di penalizzazione, senza tralasciare neppure l'ipotesi in cui sia lo stesso lavoratore a non dichiarare la paternità, rendendo impossibile esercitare il diritto al congedo.

La questione della effettività riguarda, come è noto, anche l'utilizzo del congedo parentale da parte del padre, il cui rimedio dovrebbe consistere nell'innalzamento della copertura economica al livello diffuso in molti paesi dell'UE, pari al 70% o 80% della retribuzione, almeno per un certo numero di mesi, in senso conforme al dettato della direttiva europea che puntualizza, all'art.8 par.3, la necessità che il suo livello sia tale da incoraggiare entrambi i genitori al suo utilizzo. Ciò permetterebbe di superare una delle cause più frequenti della scelta di attribuire alla madre il maggior carico di cura, ovvero il detrimento al reddito familiare derivante dal differenziale retributivo mediamente più elevato dei lavoratori padri e dalla conseguente maggiore perdita in caso

⁸⁸² Per riferimenti R. ZUCARO *op.cit.* p. 378.

⁸⁸³ L'art. 32, c.1-bis e c. 1-ter, t.u. 151/2001 determina le regole in ordine al necessario preavviso nei confronti del datore di lavoro e al modo di calcolo della retribuzione. L'uso flessibile è sollecitato dal Considerando n. 19 della direttiva europea n. 1158 che affida agli stati membri il compito di stabilire "se e a quali condizioni consentire che il congedo di paternità sia fruito a tempo parziale, a periodi alternati, ad esempio per un certo numero di giorni consecutivi di congedi separati da periodi di lavoro, o in altri modi flessibili".

di assenza. L'aumento della copertura dei congedi parentali riveste, pertanto, un'importanza altrettanto rilevante allo scopo di creare le condizioni affinché il padre assuma pari dignità e pari responsabilità della madre riequilibrando i ruoli nella coppia.

Nella medesima logica è di estremo rilievo, altresì, la tutela dei diritti retributivi già riconducibile, almeno in parte, al diritto antidiscriminatorio per ciò che concerne i possibili effetti negativi sugli importi di natura integrativa alla retribuzione base che siano ridotti a causa dell'utilizzo dei congedi⁸⁸⁴, così come potrebbero essere vagliati i compensi supplementari connessi alla presenza sul luogo di lavoro. Peraltro, la materia della gestione degli orari è presa in considerazione dalla direttiva in chiave di adattamento delle condizioni di lavoro alle esigenze di cura in capo ai lavoratori/lavoratrici che, pur senza approdare a riconoscere diritti soggettivi perfetti, sono oggetto di una specifica disciplina da parte della direttiva (*infra par. 6*).

5. Estensione della titolarità dei congedi in rapporto al mutamento delle famiglie e del mondo del lavoro.

Accanto ai profili appena esaminati una delle sfide in sede di trasposizione della direttiva n.1158 riguarda la titolarità dei congedi. Le regole per il congedo di paternità stabilite dall'art. 4, c.2 e c.3 prescrivono, oltre all'irrelevanza dell'anzianità di servizio e dallo stato civile o di famiglia del lavoratore, il riconoscimento anche nei confronti del "secondo genitore equivalente" come disciplinato a livello nazionale, imponendo di adeguare la disciplina vigente con riferimento alla legge n. 76/2016 sulle "unioni civili" in modo da eliminare una differenza di regime che altrimenti darebbe luogo a una discriminazione per orientamento sessuale⁸⁸⁵. In merito, oltre al percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in tema di "omo-genitorialità"⁸⁸⁶, va segnalata positivamente la giurisprudenza di merito che ha già riconosciuto il diritto ai congedi parentali nei confronti del genitore intenzionale di una coppia unita civilmente, in determinate circostanze. Valorizzando il legame genitoriale esistente nei confronti del bambino⁸⁸⁷ - in conformità al parere emesso dall'INPS in applicazione dell'art.32, comma 1 lett *b* d.lgs. n.151/2001 - ha superato il dato letterale che fa riferimento al padre come destinatario del congedo, ritendendola l'unica interpretazione in grado di assicurare al figlio la stessa dimensione affettiva e di cura garantita dalle coppie eterosessuali e dunque nell'ottica del *best interest for the child* enunciato dalla Conv. ONU sui diritti del fanciullo, ratificata in Italia con L. 27 maggio 1919 n. 176. La soluzione è suscettibile di applicazione analogica nei confronti del congedo di paternità, una volta che si verifichino gli stessi presupposti costituiti principalmente dal riconoscimento dello stato civile di genitore, pur essendo necessaria una legislazione che affronti in modo compiuto l'intera tematica. Il termine "secondo genitore equivalente" si presta anche ad altre innovazioni legislative, tenuto conto

⁸⁸⁴ Al riguardo Trib.Torino 26 ottobre 2016 in Riv.it.dir.lav. 2017, II, p.286 con nota di M.PERUZZI, ha ritenuto indirettamente discriminatorio un criterio basato sulla presenza nel posto di lavoro. In tema gli AA cit. nota 9.

⁸⁸⁵ M.G. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, Torino 2020, 138.

⁸⁸⁶ La sollecitazione nei confronti del legislatore è affermata in più occasioni dalla Corte costituzionale, C. Cost. 4 novembre 2020 n. 230; C. Cost. 9 marzo 2021 n. 32 e 33 ECLI:IT:COST:2021:33; per la giurisprudenza di legittimità da ultimo Cass. Sez. Un. 12 gennaio 2021 n. 9006.

⁸⁸⁷ Trib. Milano 12.11.2020 ha fondato la propria decisione sul riconoscimento avvenuto davanti all'Ufficiale di Stato Civile del figlio nato fuori dal matrimonio da parte di entrambi i genitori con tecniche di PMA, riconoscimento ripetuto dall'atto di nascita e di per sé idoneo a indentificare la riconducibilità del bambino a un determinato nucleo familiare, "senza che si ponga il problema del riconoscimento di atti formati all'estero o di pronunce di giudici stranieri" e non essendovi contrasto con i principi enunciati dalla Corte costituzionale (pronuncia 230/2020).

della varietà di situazioni possibili. Un esempio concerne il caso di famiglia monoparentale, qualora sia il padre a mancare, oppure ad essere gravemente infermo o nel caso in cui il figlio sia affidato esclusivamente alla madre. In mancanza di norme a favore della madre come invece avviene nei confronti del padre nell'ipotesi simmetrica, sarebbe opportuno prevedere che il congedo obbligatorio di paternità possa essere in questi casi trasferito ad altra persona di fiducia secondo le indicazioni della madre, per ovviare alla sua "solitudine" nell'accudimento del figlio/a.

Un profilo di tutt'altra natura, ma altrettanto cruciale, concerne l'estensione nei confronti della platea di lavoratori "atipici" nonché i dipendenti delle PPAA, già presi in considerazione dall'art. 4, c.3, *Family Act*. La rilevanza di diritto fondamentale dei congedi, in particolare di maternità e paternità, impone altresì che se ne estenda il campo applicativo nei confronti dei lavoratori non subordinati, tra cui i collaboratori etero-organizzati assimilati ai lavoratori dipendenti sotto il profilo delle tutele, ai sensi dell'art.47-bis l.n. 81/ 2015 (come modificato dalla legge c.d. "riders", d.l. n. 128/2019)⁸⁸⁸. La stessa portata espansiva dovrebbe riguardare i lavoratori autonomi, i lavoratori iscritti alla gestione separata INPS, o altre casse previdenziali, nonché i liberi professionisti, che, per ciò che riguarda il congedo di paternità, ne sono ammessi a fruire solo in via sostitutiva (in caso di morte della madre, grave infermità o affidamento in via esclusiva del figlio al padre) e solo a condizione che la madre sia una lavoratrice che rientra nelle categorie specificamente previste ed abbia soddisfatto gli specifici requisiti contributivi (le parasubordinate e le libere professioniste almeno 3 mesi di contributi nei 12 mesi precedenti l'inizio del congedo). Nella logica di una riforma di ampio respiro sarebbe opportuno, altresì, superare i limiti soggettivi del campo di applicazione nei confronti dei lavoratori autonomi iscritti a casse previdenziali anche diverse dall'INPS e approntare soluzione che permettano l'effettivo godimento del congedo sull'esempio di quanto previsto nei confronti delle madri libere professioniste e delle lavoratrici autonome, ampliando la prospettiva già intrapresa in questo senso in occasione dell'emanazione della normativa in materia di "congedi Covid – 19"⁸⁸⁹.

6. Flessibilità degli orari e portata del diritto individuale a farne richiesta.

È ben noto che al fine dell'equilibrio tra lavoro e vita familiare e della partecipazione delle donne al mercato del lavoro un nodo di estremo rilievo riguarda la gestione dell'orario di lavoro che, se adeguata, consente di conciliare le esigenze di cura con quelle lavorative senza dover rinunciare al posto di lavoro o alla retribuzione oppure, al contrario, può essere causa di aggravamento delle condizioni di lavoro⁸⁹⁰. In merito, la direttiva n. 1158, all'art.9 comma 1, riconosce il diritto in capo ai dipendenti con responsabilità genitoriali oppure di assistenza di chiedere orari di lavoro flessibili (da intendersi ai sensi dell'art.3 *lett.f* riferiti anche a riduzioni di orario o calendari flessibili o

⁸⁸⁸ Per il riconoscimento delle tutele previste per i lavoratori subordinati anche in campo previdenziale cfr Cass 24,1, 2020 n. 1663 nonché la Circ. 30 ottobre 2020 n. 7 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

⁸⁸⁹ In merito al mancato riconoscimento del diritto ad un effettivo congedo e non soltanto all'indennità sostitutiva nei confronti dei padri liberi professionisti, cfr L. CALAFA', *Conciliare nell'emergenza*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma Ediesse, 2020, 164 ss; in merito alla normativa che riconosce il diritto al congedo con indennità e in alternativa il "bonus baby-sitter" facendo presumere il godimento effettivo, cfr F. SCARPELLI, *Il lavoro autonomo nell'emergenza tra bisogno (poche) tutele, regole del contratto*, ivi, p.237.

⁸⁹⁰ Come sottolinea il *Considerando* n. 10 alla luce della constatazione "della crescente prevalenza di orari di lavoro prolungati e di orari di lavoro che cambiano".

possibilità di lavoro a distanza), reversibili in caso di mutamento della situazione che vi ha dato origine, con una portata differente e più estesa rispetto alle forme di flessibilità dei congedi parentali, costituendo in tal senso una novità rispetto al quadro nazionale vigente nel settore privato⁸⁹¹. Un nodo da sciogliere in proposito riguarda il giusto coordinamento tra gestione degli orari di lavoro e ricorso a modalità di lavoro flessibile se si tiene conto che, per es., il lavoro a tempo parziale svolto con modalità elastiche in funzione delle esigenze organizzative può creare incompatibilità con la funzione familiare, oppure che lo *smart-working*, se considerato di per se uno strumento di conciliazione può essere tale di impedire l'esercizio del diritto al congedo parentale⁸⁹².

La formulazione della disposizione, frutto di un difficoltoso processo di negoziazione, esclude che si tratti di un diritto soggettivo perfetto, potendosi configurare esclusivamente a stregua di interesse qualificato, peraltro sostenuto da oneri procedurali a carico del datore di lavoro consistenti nella presa in considerazione della domanda e nell'onere di rispondere entro un periodo di tempo ragionevole motivando l'eventuale rifiuto della richiesta, ai sensi dell'art.9, comma 2, non in modo generico ma tale da permettere lo scrutinio giudiziale⁸⁹³. La dimensione procedimentale non deve essere sottovalutata dal momento che introduce un onere di trasparenza nell'agire organizzativo del datore di lavoro e un obbligo di interlocuzione atti ad impedire eventuali condotte discriminatorie nel trattamento riservato ai dipendenti che avanzino la richiesta, e configurabili in caso di mancata o inadeguata motivazione.

Fermo restando il ruolo della contrattazione collettiva sia nazionale che decentrata, vincoli più stringenti applicabili al settore privato sono suscettibili di essere introdotti in sede di trasposizione della direttiva sulla scorta della disposizione che, nel settore del lavoro con le p.a., detta i criteri di gestione del personale stabilendo l'obbligo del dirigente di <<tener conto di particolari esigenze legate alla genitorialità e alla cura in capo ai dipendenti>> ai fini di concedere condizioni di impiego flessibile, ai sensi dell'art. 7, comma 3, d.lgs. 165/2001, cui si riallaccia la disciplina della contrattazione collettiva di comparto e decentrata, anch'esso presidiato dal divieto di discriminazione⁸⁹⁴.

Il diritto di chiedere orari flessibili previsto dalla direttiva, peraltro, potrebbe essere direttamente invocabile anche indipendentemente dalla trasposizione della direttiva o anticipatamente al suo recepimento fissato entro il 2 agosto 2022. Rileva in proposito il collegamento con il principio di

⁸⁹¹ Per un'ampia disamina delle disposizioni in materia di lavoro notturno, forme di impiego flessibile in materia di congedo parentale, nonché della specifica azione positiva disciplinata dall'art.9 l.n.53/2000 circa la flessibilità degli orari di lavoro in funzione di conciliazione tra lavoro e vita privata; e infine del ricorso allo *smart-working* disposto dalla L. n. 81/2015, cfr M.L. VALLAURI, op.cit. 42 ss; M.G. MILITELLO, op.cit. 162 ss.

⁸⁹² Cfr A.R. TINTI, *Il lavoro agile e i rischi della conciliazione virtuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona".IT 419/2020; sui rischi del c.d. *work-life blending*, M.G. MILITELLO, op.cit, p.60 ss.

⁸⁹³ In tal senso D. IZZI, op.cit., p.347; M. BELL, *Working life balance and the Right to request flexible hours, Regulating for Globalisation* 21 giugno 2019, <http://regulatingforglobalisation.com>.

⁸⁹⁴ Mi permetto di rinviare a S. SCARPONI, *La parità di genere sul lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in S. SCARPONI (a cura di) *Temi e questioni*, cit., p. 55 per l'analisi di Trib. Firenze, 22 ottobre 2019, in *Giustizia civile.com*, che ha configurato come violazione dell'art.25, comma 2-bis D.Lgs. 198/2006 Codice di pari opportunità, una decisione da parte di un dirigente della p.a. di modificare l'orario di servizio con conseguente irrigidimento degli orari di entrata al lavoro, in precedenza più flessibili, senza che fossero addotte giustificazioni specifiche se non un generico richiamo al principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

eguaglianza u/d nel lavoro e con il divieto di discriminazione che implicano uno stretto legame con la Carta UE sotto il profilo non soltanto del diritto alla conciliazione tra vita familiare e professionale sancito dall'art.33, ma altresì del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione sanciti dall'art.21 e 23, che hanno portata primaria. Pur con la cautela imposta dal tema del primato del diritto comunitario nel sistema delle fonti⁸⁹⁵, non si possono trascurare le indicazioni provenienti dall'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di effetto diretto orizzontale dovuta alla combinazione tra Carta UE e direttive antidiscriminatorie⁸⁹⁶. La conclusione qui sostenuta si basa sul fatto che il diritto in questione nel testo della direttiva 1158, ai sensi dell'art. 9 commi 1 e 2, è formulato in modo chiaro, preciso e incondizionato nello stabilire i soggetti titolari (genitori con figli fino a 8 anni e prestatori di assistenza) e nello specificare gli obblighi in capo ai datori di lavoro secondo le modalità sopra esaminate. Un'interpretazione di questo tipo sarebbe del tutto conforme anche al principio contenuto nell'art.37, comma 1, della Costituzione, che nel menzionare l'obbligo a che <<le condizioni di lavoro garantiscano lo svolgimento dell'essenziale funzione familiare>>, ne riconosce il profondo valore non solo personale ma anche sociale.

⁸⁹⁵ M ROCCELLA, *Le fonti e l'interpretazione del diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in Dir. Lav. Mer. 2006, p.109 ss.

⁸⁹⁶ Cfr Corte giust. 17 aprile 2018 c- 414/16 Egenberger: Corte giust. 6 novembre 2018 c-684/16 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften EV c. T.Shimizu.