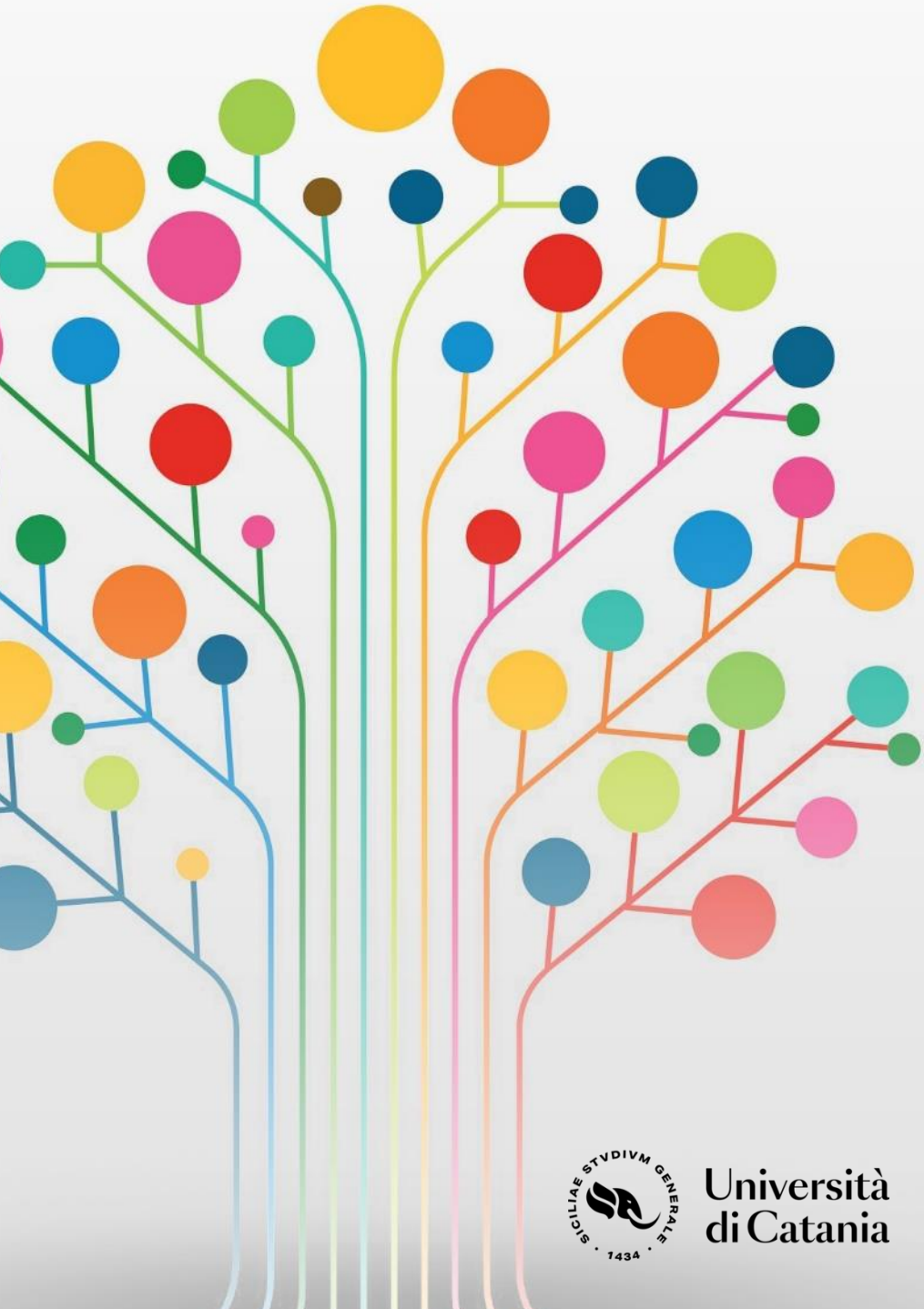
1/2022

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

ROBERTO VOZA, Università di Bari

ANTONIO LO FARO, Università di Catania

VALERIO SPEZIALE, Università di Chieti-Pescara

VINCENZO FERRANTE, Università Cattolica di Milano

MARZIA BARBERA, Università di Brescia

SILVIA BORELLI, Università di Ferrara

LUIGI DE ANGELIS, già presidente della sezione lavoro della Corte d'appello di Genova

GABRIELLA NICOSIA, Università di Catania

ALESSANDRO BELLAVISTA, Università di Palermo

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

2022 - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA
Piazza Università, 2 - 95131 Catania – www.unict.it
© 2022 CENTRO STUDI DI DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO "MASSIMO D'ANTONA" - salvi i diritti riservati - www.csdle.lex.unict.it
ISBN 9791280569387

n. 1/2022

SOMMARIO

Il traghettatore sapiente e l'esploratore coraggioso. L'autonomia collettiva da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni
Roberto Voza 1

La proposta europea per "salari minimi adeguati": work in progress
Antonio Lo Faro 16

Il divieto di licenziamento per ragioni economiche nel biennio 2020 – 2021
Valerio Speziale 28

La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"
Vincenzo Ferrante 62

Litisconsorzio necessario, danno ed imposizione contributiva: suggerimenti per intendere correttamente una recente sentenza di legittimità
Vincenzo Ferrante 78

Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione
Marzia Barbera - Silvia Borelli 86

Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze
Luigi de Angelis 144

La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?
Gabriella Nicosia 153

Appalti e tutela dei lavoratori
Alessandro Bellavista 174

Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e PNRR (maggio 2022)
Tiziano Treu 188

Salario minimo: Estensione selettiva dei minimi contrattuali
Tiziano Treu 210

Il traghettatore sapiente e l'esploratore coraggioso. L'autonomia collettiva da Francesco Santoro-Passarelli a Gino Giugni*

Roberto Voza

1. L'arginamento. 2
2. La rifondazione. 4
3. L'emancipazione. 8
Riferimenti bibliografici. 12

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 448/2022

1. L'arginamento.

Inizialmente sorto «nell'economia e nella pratica» (come titolava l'introduzione dell'opera di Alberto Galizia[1]) e poi emerso nella sua dimensione giuridica, il fenomeno del *contrahere* per gruppi incrociò inevitabilmente «i grandi tempi della "crisi" dello Stato liberale ottocentesco»[2] e, in particolare, il nesso tra Libertà e Autorità.

Nel nostro Paese quella crisi culminò nell'avvento del fascismo, allorquando il «riformismo capovolto»[3] realizzato dal regime, sciogliendo d'un botto i dilemmi e le debolezze di un liberalismo ormai dubbioso dei suoi valori, assorbì il fenomeno sindacale all'interno dell'apparato burocratico dello Stato, realizzando così quel *do ut des* della tregua in fabbrica e nelle piazze, ossia lo scambio tra libertà e sicurezza, su cui il fascismo aveva vinto la sua scommessa.

Infatti, la legge sindacale celebrata come 'fascistissima' (l. 3 aprile 1926, n. 563) – vietando la serrata e lo sciopero (art. 18), in una parola il conflitto – trasformò il sindacato in un braccio disarmato del sistema, proprio mentre gli conferiva personalità giuridica e rappresentanza legale di tutti i componenti della categoria (art. 5), con conseguente efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi (art. 10). A questi ultimi il regolamento di esecuzione della legge (r.d. 1° luglio 1926, n. 1130) assegnò pure l'agognato attributo della inderogabilità *in peius* dai parte dei contratti individuali (rimasto irrealizzato dal sistema giuridico liberale), mediante il congegno dell'art. 54 (antesignano dell'art. 2077 c.c.): una norma che Cesare Vivante non esitò a definire «legge sovversiva di un principio fondamentale di diritto privato per cui i contratti fanno legge per i contraenti e se sono contrari a norma di diritto pubblico non sono sostituibili, ma cadono nel nulla, appunto perché il solo libero incontro dei consensi fa legge»[4].

Per inquadrare la natura giuridica del contratto collettivo (tappa obbligata di tutti gli studi di diritto corporativo), ai giuristi mancarono le coordinate di riferimento, un po' come accadde agli zoologi di fronte alla scoperta dell'ornitorinco, il mammifero oviparo con le zampe palmate ed altre stranezze, rivelatosi un enigma per la scienza.

Furono pronunciate sin troppe parole, come spesso avviene quando non si riesce a trovare quella giusta: atto regolamentare, legge in senso materiale, legge professionale di categoria, contratto di diritto pubblico, furono alcuni esempi di quella «frenesia definitoria», che colpì la dottrina del ventennio, abituata «dalla tradizione esegetica a un esame definitorio-statico degli istituti giuridici»[5].

Proprio in quegli anni (esattamente, nell'inverno del 1934) fece il suo esordio come giuslavorista il poco più che trentenne Francesco Santoro-Passarelli, impartendo in dieci lezioni un *corso di coltura per funzionari sindacali* nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Ateneo di Padova. Grazie alla lettura fornita da uno storico di grande pregio, come Severino Caprioli, abbiamo apprezzato il

---

[1] GALIZIA, 1907, 1.
[2] VANO, 1986, 132.
[3] GIUGNI, 1985, 211.
[4] VIVANTE, 1931, 438.
[5] VARDARO, 127, nt. 45.

fondamentale valore di quelle pagine (solo apparentemente) 'minori' e la loro assoluta coerenza con la successiva opera di ricostruzione della materia nella fase susseguente alla caduta del regime[6].

Non era facile, a quel tempo, difendere l'autonomia del diritto del lavoro, separandolo dalla invadenza del diritto corporativo, quest'ultimo inteso come l'insieme delle procedure funzionali alla regolazione collettiva del rapporto di lavoro. E non era affatto scontato che l'esito di tali procedure fosse concepito come autocomando, anziché eterocomando, come fonte di rapporti giuridici e non come fonte di diritto, «nell'età di una dittatura che cercava di permeare tutto il sistema giuridico»[7].

Aveva reso una simile testimonianza già l'anno precedente nella prolusione al corso di diritto civile del 12 gennaio 1933, sempre nell'Ateneo di Padova: occupandosi della «nuova, seducente, figura del contratto collettivo», egli prendeva le distanze dalla «dilagante e in tanta parte mortificante letteratura» in materia, perché preferiva considerarlo non tra i prodotti del nuovo diritto corporativo, bensì come «l'ultimo stadio di un'evoluzione, affermatasi, ad opera della giurisprudenza probivirale, pure in Italia, grazie all'elasticità dell'art. 1124 del nostro codice civile»[8].

Come ha notato Edoardo Ghera, nella rivendicazione di una continuità con il diritto del lavoro nato nel regime liberale, vi era una «implicita ma consapevole demistificazione della ideologia fascista e della stessa dottrina corporativa"; vi era, insomma l'indispensabile presupposto di un'azione di contenimento, con cui «mantenere viva la sostanza e l'anima del diritto del lavoro»[9].

La stessa prolusione patavina vide impegnato Santoro-Passarelli a mettere al riparo un altro nucleo normativo a lui rimasto caro nel tempo, il diritto di famiglia, che – nonostante «la speciale insistenza del pubblico interesse e l'importanza del momento pubblicistico», egli considerava «diritto privato per l'efficacia che in esso conserva la volontà privata»[10].

Dopo qualche anno, giunsero le leggi della vergogna, vale a dire la legislazione speciale antiebraica del biennio 1938-39. Nel pieno dell'ignobile campagna antisemita promossa dal regime, veniva ad approvazione il primo libro del nuovo codice civile (r.d. 12 dicembre 1938, n. 1852), ove si sottoponeva la capacità giuridica, presupposto vitale per l'esercizio della libertà individuale in ogni campo del diritto, alle limitazioni «derivanti dall'appartenenza a determinate razze».

Nella difesa della razza i compiaciuti commentatori salutavano il segno del nuovo diritto delle persone e della famiglia, finalmente 'antindividualistico': «come il codice di Napoleone può essere chiamato il codice dell'individuo, così quello di Mussolini può essere riconosciuto come il codice della famiglia», ora tutelata non più «per il benessere degli individui», bensì in quanto cellula primaria, «la cui vitalità, sanità e forza di espansione dà vita e potenza alla più grande famiglia

---

[6] CAPRIOLI, 2009, 3 ss.; il riferimento è a SANTORO-PASSARELLI F., 1936.

[7] RESCIGNO, 1961, 31, secondo il quale Santoro-Passarelli «offriva un esempio lodevole di dirittura morale e di onestà scientifica». Sul nesso tra fascismo e cultura giuridica, segnalo il recente volume curato da I. BIROCCHI, G. CHIODI, M. GRONDONA, 2020.

[8] SANTORO-PASSARELLI F., 1933, rispettivamente, 79 e 82.

[9] GHERA, 2009, 145.

[10] SANTORO-PASSARELLI F., 1933, 63-64.

italiana, che è lo Stato fascista». E, dunque, «la razza interessa ben poco l'individuo, mentre è importantissima per la famiglia e per lo Stato che vuole difendersi dagli ibridismi»[11].

Ma dov'era Francesco Santoro-Passarelli in quel frangente delicatissimo in cui la 'fascistizzazione' del diritto aveva ormai raggiunto il suo punto più acuto, colonizzando persino il codice civile?

Un attento studio ha mostrato quanto fosse lontana la sua visione rispetto alle «letture apologetiche o imbarazzatamente reticenti» della norma di apertura del nuovo codice: «nessun altro civilista in quegli anni indica altrettanto decisamente il punto di rottura costituzionale della novità legislativa»[12], ovvero la lacerazione inferta «al principio finora dominante in materia di capacità nel nostro ordinamento, quello della *uguaglianza di tutti i cittadini nella capacità*, così di diritto pubblico che di diritto privato»[13].

L'osservazione non intendeva risultare agnostica e indifferente a quanto stava accadendo, bensì mirava a far sì che la deroga al principio di eguaglianza basata sull'appartenenza razziale assumesse il significato di eccezione contingente al principio generale in materia di capacità giuridica. Lo scopo era quello di «*delineare il sistema in previsione della sua auspicabile correzione futura*», nella convinzione che il codice civile – nel suo impianto generale – potesse restare «immune dall'ideologia del regime» e, perciò, successivamente emendabile: insomma, si trattava di una «strategia interpretativa» volta a «contrastare l'applicazione della legge ingiusta»[14].

Ben si comprende come mai, alla caduta dell'ordinamento corporativo, il giurista Francesco Santoro-Passarelli non abbia avuto bisogno di abiurare nulla, né di convertirsi ad un credo (la fede nella libertà e nella dignità della persona) che non aveva mai perso.

2. La rifondazione.

Al 'civilista del lavoro' apparve subito chiaro il peso della missione da compiere.

L'anno precedente era stato approvato il codice civile, salutato nei primissimi commenti nel segno del superamento della «pregiudiziale antipubblicistica e anticorporativa del codice passato, rispondente alle superate ideologie liberali»[15]. In realtà – come ha ben ricordato Lorenzo Gaeta – per quanto presentata come schiettamente mussoliniana, la nuova codificazione, pur eleggendo il contratto collettivo a fonte del diritto, lo lasciava in posizione subordinata alla legge, sembrando addirittura tradire il progetto corporativistico[16].

Certo è che, una volta proclamato l'Armistizio, la retorica di regime tacque e il diritto del lavoro precipitò nel vuoto della transizione tra fascismo e Repubblica.

Il tonfo della caduta si udì anche nelle aule universitarie: dopo essere stato introdotto tra gli

---

[11] AZARA, 1939, rispettivamente, 9 e 13.

[12] TREGGIARI, 2010, 50-51.

[13] SANTORO-PASSARELLI F., 1940, 16. Negli stessi anni Lodovico Barassi esaltava «l'azione rigeneratrice del Fascismo» nella tutela della razza italiana, «pura e ariana» (BARASSI, 1940, 39).

[14] TREGGIARI, 2010, rispettivamente, 53 e 62-63.

[15] PERGOLESI, 1942, 8.

[16] GAETA, 2016, 584.

insegnamenti fondamentali delle Facoltà giuridiche (R.d. 28 novembre 1935, n. 2044), dall'anno accademico 1943-44 il diritto corporativo fu soppresso e sostituito dal diritto del lavoro (R.d.l. 27 gennaio 1944, n. 58).

Il mutamento terminologico non bastava, certo, a decontaminare il terreno dalle scorie di un passato ancora ingombrante. Quel decreto del governo Badoglio poteva espungere i segni linguistici, ma non l'eredità culturale del corporativismo giuridico, nonostante gli sforzi della «biblioclastia anti-corporativa che percorre il pensiero giuridico del dopo-costituzione»[17], evidentemente intrisa della concezione crociana del fascismo come morbo intellettuale e morale o «parentesi storica», insomma come interruzione nella (altrimenti lineare) storia della libertà[18].

Sul piano accademico, la nostra materia si ritrovò ad essere la Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza[19], marginalizzata dalla reazione di rigetto verso il corporativismo, una reazione animata da sentimenti di paura e speranza, più che dalla volontà di interrogare fino in fondo il recente passato.

I corsi effettivamente attivati furono quasi ovunque tenuti per incarico da professori di altre materie: emblematico è il caso dell'Università di Roma, dove il corso di diritto del lavoro fu imparito prima da Guido Zanobini (ordinario di diritto amministrativo) e poi da Widar Cesarini Sforza (ordinario di filosofia del diritto). Entrambi avevano insegnato diritto corporativo.

E, invece, a Napoli, sempre quell'anno, la materia fu affidata per incarico a Francesco Santoro Passarelli, il quale – molti anni dopo – commenterà così:

"quando, dopo la cessazione dell'ordinamento corporativo, mi fu affidato l'insegnamento di diritto del lavoro, mi trovai nella condizione di dover ripensare l'impostazione da dare alla disciplina […] L'apparato normativo del codice in materia di lavoro non era stato neppure abrogato formalmente e pertanto si rendeva necessario dare anche alle norme del codice un'interpretazione fuori di quella che era stata la mente del legislatore. La Costituzione formale che doveva poi enunciare quei principi era ancora di là da venire"[20].

In realtà, non si trattava di costruire solo un corso di lezioni, bensì "i fondamenti logici di una intera disciplina, reinventandola da capo, a cominciare dal dato epistemologico"[21]. Occorreva, insomma, immaginare un diritto del lavoro postcorporativo prima ancora della sua collocazione nella cornice costituzionale, allestendo «le grucce» sulle quali esso potesse «risollevarsi e acquistare, nel nuovo assetto istituzionale, una piena dignità scientifica»[22].

Fu nel periodo napoletano che Santoro Passarelli avviò l'opera di ricostruzione della materia,

---

[17] ROMAGNOLI, 2009, 69-70.

[18] CROCE, 1963, 56-57.

[19] ARDAU, 1947. Delle cattedre di diritto sindacale e corporativo o di legislazione sociale e del lavoro che erano state create durante il ventennio, «solo quattro resistono alle epurazioni susseguenti alla Liberazione» (Balzarini, Mazzoni, Navarra e Riva Sanseverino), a cui poi si aggiunse quella restituita a Renzo Ravà (ICHINO, 2008, 4).

[20] SANTORO-PASSARELLI F., 1988a, 263.

[21] RUSCIANO, 2009, 90.

[22] SCOGNAMIGLIO, 1996, 6.

pubblicando la prima edizione delle celebri *Nozioni di diritto del lavoro* (1945)[23].

Nella transitorietà del momento l'attenzione si concentrò sul rapporto individuale di lavoro (e sulla riaffermazione del principio di contrattualità, come espressione del lavoro liberamente accettato), mentre rimase esclusa dalla trattazione la dimensione collettiva (soggetti, contratto, conflitto), ancora intrappolata tra le macerie del corporativismo.

Ma le cose cambiarono rapidamente.

Nell'anno accademico 1947/1948 Santoro Passarelli approdò alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, dove un illustre consesso di maestri del diritto, che avevano «insegnato e professato Diritto corporativo con grande autorità» (i già citati Zanobini e Cesarini Sforza, nonché Francesco Carnelutti) lo preferì ad altri aspiranti studiosi, tutti corporativisti: evidentemente, «la saggezza, maturata nella sofferta esperienza trascorsa, aveva persuaso quei vecchi maestri che il Diritto del lavoro prefigurato dalla Costituzione dovesse essere cosa nuova e diversa»[24].

Era iniziata la gestazione della nuova Carta costituzionale, ma nessuno si azzardava «a tentare una ricostruzione in qualche misura sistematica» del «nuovo assetto *effettivo* dei rapporti collettivi»[25].

L'irruzione dei principi costituzionali facilitò l'opera di traghettamento condotta da Santoro-Passarelli, il quale si fece trovare pronto a collocare l'universo del diritto del lavoro, ormai comprensivo del fenomeno sindacale, entro la «scatola costituzionale», come disse, polemizzando aspramente con Francesco Carnelutti[26], anche sul terreno della difesa del diritto di sciopero, che – con «retorica apocalittica»[27] – quest'ultimo aveva provato ad accostare al diritto di guerra:

«un ordinamento giuridico, il quale, come l'ordinamento italiano, riconosce il diritto di sciopero, confessa la sua impotenza a regolare i conflitti di lavoro, posto che regolare un conflitto significa anzitutto evitare e pertanto proibire la guerra tra gli uomini […] La proclamazione del diritto di sciopero implica la tolleranza della guerra entro le frontiere dello Stato e pertanto l'incompiutezza del suo apparato giuridico»[28].

Di contro, per Santoro-Passarelli la difesa del valore della libertà implicava il pieno riconoscimento del pluralismo e del conflitto, da lui definito il «prezzo della libertà»: un prezzo che «vale la pena» pagare, perché ben più caro è «il prezzo della perdita della libertà»[29].

Quattro anni dopo la prima edizione del manuale apparve nella *Rivista italiana per le scienze*

---

[23] Lo stesso Autore riconoscerà che «l'opera è napoletana non solo perché è stata scritta a Napoli, ma anche perché probabilmente fu agevolata da quel singolare, curioso e indimenticabile ambiente che si era creato a Napoli dopo il settembre 1943»: così SANTORO-PASSARELLI F., 1988b, 3. Nel 1995 l'opera giunse alla trentacinquesima edizione.

[24] SUPPIEJ, 1990, 3.

[25] ICHINO, 2008, 10-11.

[26] La discussione avviene nell'ambito del *Convegno Nazionale di Studi Sindacali* (28-30 ottobre 1949), *Atti Ufficiali*, Roma, 1949 e ne dà conto, con la solita acutissima precisione, CAZZETTA, 1999, 611-612. Sul punto, v., pure, SANTORO-PASSARELLI G., 2016, 31-35 e PINO, 2018.

[27] ROMAGNOLI, 1996, 443.

[28] CARNELUTTI, 12.

[29] SANTORO-PASSARELLI F., 1988b, 9.

giuridiche il celebre saggio intitolato *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero* (1949), vero «manifesto scientifico di tutta una linea di azione intellettuale che avrà funzione orientatrice per tutti gli anni Cinquanta»: cardine fondamentale del nuovo diritto del lavoro è l'idea che «privato non è sinonimo di individuale», ma «ricomprende anche entro i suoi naturali confini le manifestazioni collettive»[30].

A quel punto, occorreva tirare le fila e riversare nella manualistica lo sforzo di sistemazione dell'intera materia, posto che – come aveva notato Paolo Greco recensendo la quarta edizione delle *Nozioni di diritto del lavoro* (1948) – «il titolo dell'opera è più ampio del suo effettivo contenuto», da cui erano, infatti, esclusi «i rapporti sindacali»[31]. Questi ultimi trovarono posto a partire dall'edizione del 1951 (e, ancora di più dall'edizione successiva – la sesta – datata 1952), in un tempo in cui sia i manuali sia i corsi universitari di diritto del lavoro (salvo qualche eccezione) continuavano ad occuparsi esclusivamente del contratto individuale. Addirittura, a più di un decennio della Costituzione, qualcuno ancora si attardava a parlare di "diritto sindacale transitorio"»[32].

Alla costruzione del nuovo diritto sindacale contribuì in modo decisivo il consolidamento della nozione di interesse collettivo, come *tertium genus* tra l'interesse individuale e quello generale, insomma, come interesse nuovo, unico e indivisibile, atto a soddisfare il bisogno della collettività.

L'autonomia collettiva, ora completamente incastonata nell'alveo privatistico, ossia nella potestà di regolare liberamente i propri interessi, risultava riconosciuta non solo ai singoli, ma anche a quei gruppi sociali intermedi, portatori di interessi *superiori* agli interessi individuali di coloro che ne fanno parte, ma *distinti* dagli interessi generali, in una visione 'tridimensionale' della società, in cui l'individuo è colto nella sua appartenza alle formazioni sociali in cui si sviluppa la dimensione di persona. Significativamente, nella nota voce enciclopedica dedicata all'autonomia collettiva (ormai sul finire degli anni Cinquanta), al gruppo professionale egli accosterà il gruppo familiare, tornando a respingerne – come nella menzionata prolusione patavina (v. *supra*, § 1) – ogni configurazione in senso pubblicistico[33].

Ben presto, la rifondazione in senso civilistico del diritto del lavoro (e del diritto sindacale, in particolare), divenne un capitolo non solo di «storia del pensiero giuridico», ma anche di «storia politica»[34] (tale da liberare Santoro-Passarelli dall'immagine ossificata del formalista dogmatico), perché consentì l'ambientamento dell'istanza di libertà dell'individuo (fattosi *persona*) e dei gruppi organizzati nel percorso di elevazione sociale del lavoro tracciato dalla Costituzione. Nel suo magistero trovarono ampia valorizzazione «concetti ed espressioni – come *società intermedie*

---

[30] GROSSI, 2000, 315-316.

[31] GRECO, 1949, 33.

[32] V., ad esempio, CARULLO, 1960 e B. MAZZARELLI, 1959. Come è stato osservato, «la propensione della dottrina lavoristica italiana del dopoguerra per il contratto individuale di lavoro, a scapito del diritto sindacale, si spiega oltre che con l'attesa di una legge sindacale (anche i giuristi preferiscono giungere di sera, come le nottole, a cose fatte) anche come reazione alla tendenza del periodo fascista, in cui pressoché tutta la dottrina […] si era occupata prevalentemente di organizzazione corporativa trascurando il contratto individuale: reazione che in alcuni casi fu tanto più decisa quanto più doveva manifestare la vocazione "privatistica" delle stesse persone che avevano, in altri tempi, manifestato una prepotente vocazione "pubblicistica"» (TARELLO, 1967, 21, nt. 4)

[33] SANTORO-PASSARELLI F., 1959.

[34] BENEDETTI, 1997, 294.

o *gruppi sociali intermedi* – sconosciuti, ovviamente, al periodo liberale e invece divenuti di grande rilievo politico e sociale dopo la Costituzione»[35], perché depurati dalle incrostazioni corporative che ne avevano congelato la possibilità di incidere in senso democratico sulla distribuzione del potere nei rapporti di produzione.

L'azione del traghettatore fu sugellata nel 1954, nel giro di due mesi. A marzo vi fu il suo intervento all'Accademia dei Lincei in un incontro dedicato al tema dei rapporti tra Stato e sindacati, momento di svolta nella elaborazione del concetto di autonomia collettiva, ora non più influenzata dal sistema costituzionale 'da attuare'[36]. Il mese successivo (precisamente dal 22 al 25 aprile) si tenne a Taormina il primo congresso nazionale di diritto del lavoro del dopoguerra, organizzato dall'Università di Messina, dove si consumò la sonora sconfitta della concezione gius-pubblicistica della funzione sindacale, incarnata dalla relazione di Costantino Mortati (poi divenuta il celebre saggio intitolato *Il lavoro nella Costituzione*).

La posizione di Santoro-Passarelli (espressa in una relazione dal titolo *Il diritto del lavoro nel sistema del diritto*, rimasta purtroppo inedita) non poteva non risultare vincente, non foss'altro perché «meno vincolata dall'attesa della legge che aveva sin lì dominato tutto il dibattito»[37]. Insomma, l'incapacità di spiegare la presenza dell'art. 39, seconda parte, Cost., fu superata, espandendo i confini del diritto privato, in nome di una piena unitarietà del contratto collettivo, ivi compreso quello tratteggiato dalla Costituzione, ormai spogliato di ogni assonanza con la configurazione propria dell'ordinamento corporativo.

La scissione dell'art. 39 in due tronconi, resi reciprocamente indipendenti, era cosa fatta. Mutava in mero onere il temuto obbligo di registrazione dei sindacati, i quali – quand'anche fosse stato attuato il meccanismo costituzionale – sarebbero comunque rimasti, secondo la lettura fornita da Santoro-Passarelli, titolari di un ufficio di diritto privato e non di una pubblica funzione, estranei – dunque – all'organizzazione dello Stato. Parallelamente, poteva affermarsi il primato del contratto collettivo di diritto comune, figlio del sindacato come associazione non riconosciuta; entrambe categorie radicate nel diritto privato ma funzionali ai bisogni sociali emergenti.

«Qualcosa di nuovo stava avvenendo»: se ne accorse anche chi a quel congresso partecipò tra la schiera degli «anonimi assistenti»[38], ossia il giovanissimo Gino Giugni, all'epoca ventiseienne.

3. L'emancipazione.

Nello stesso anno del congresso di Taormina (1954) apparve nella rivista *il Mulino* il breve ma fondamentale saggio, *Per una cultura sindacale in Italia*, a firma dei due 'anonimi assistenti' di

---

[35] RUSCIANO, 2010, 103.

[36] CAZZETTA, 1999, 617. Il riferimento è a SANTORO-PASSARELLI F., 1956.

[37] CAZZETTA, 1999, 627. Lo stesso Santoro-Passarelli fu tra i primi firmatari di uno «schema per la disciplina dei sindacati e dei contratti collettivi» (in *DL*, 1949, I, p. 3 ss.).

[38] GIUGNI, 1997, 18, il quale riconosce che «la definizione di autonomia collettiva, insieme con un piccolo apparato normativo […], gettarono le radici sistematiche della nostra materia» (*ivi*, p. 17). Ho avuto il piacere di custodire una traccia materiale del legame tra i due grandi giuristi del lavoro: è la dedica a Santoro-Passarelli vergata da Giugni sulla copia di *Lavoro legge contratti* (fornitami dal figlio Giuseppe e ora affissa nella Sala Francesco Santoro-Passarelli, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Ateneo barese, recentemente inaugurata). Dice così: "*A Francesco Santoro Passarelli, maestro di tutta la mia generazione, la cui lezione di metodo e di dottrina ha stimolato e consentito l'elaborazione dei saggi qui raccolti. Devoto omaggio dell'autore. Gino Giugni*".

Taormina, Gino Giugni e Federico Mancini, entrambi reduci da un periodo di formazione negli USA (a cavallo tra il 1951 e il 1952), che terrà a battesimo il loro lungo sodalizio intelletturale.

Animato dall'intento di popolare il deserto delle riflessioni scientifiche sul fenomeno sindacale nel decennio successivo alla soppressione dell'ordinamento corporativo, quello scritto – all'epoca del tutto eccentrico – diventerà «negli anni un punto di riferimento, quasi un manifesto delle priorità da seguire nel cammino di un diritto del lavoro in trasformazione»[39].

Una esemplare (e coeva) testimonianza di quella inquietudine intellettuale protesa verso una costruzione metodologica innovativa, che implicava l'apertura di percorsi tematici fino ad allora inesplorati, traspare in una lettera che Giugni inviò ad Adriano Olivetti nello stesso periodo (precisamente, il 23 novembre 1954[40]), intendendo perorare la pubblicazione di uno studio (per i tipi delle Edizioni di Comunità) sul «diritto dei contratti collettivi in Italia». Lì Giugni annotava che il diritto del lavoro era

«praticamente arenato in una formalistica considerazione delle norme codificate dal Codice Civile, che per larga parte sono superate e integrate dalla contrattazione collettiva (basti pensare alla disciplina dei licenziamenti nell'industria). I più giovani studiosi della materia – che per verità sono pochi – sono generalmente convinti che occorre ripensare l'intero sistema in termini nuovi, e far leva sugli istituti che provengono dall'autonomia delle parti. Fatto è, però, che nessun tentativo è stato fatto in questo senso, e l'attività scientifica in questo settore si fossilizza sempre più nel formalismo dottrinale e nel contorto concettualismo che affligge la nostra dottrina giuridica».

Agli occhi del grande imprenditore (in un confronto fra due innovatori per antonomasia) egli teneva a ribadire che «il diritto del lavoro è forse l'unica disciplina attraverso la quale può penetrare nelle Facoltà di giurisprudenza un più diretto contatto con la società»: insomma, il laboratorio culturale per eccellenza in cui poter sperimentare il rinnovamento metodologico dell'intera scienza giuridica.

Qualche anno dopo, l'*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* (1960) giunse quando ormai l'approccio dogmatico a cui era abituata la cultura giuridica dominante non riusciva più a governare concettualmente un sistema (quello sprigionato dalle relazioni collettive nel campo dei rapporti di lavoro), che si stava da tempo sviluppando al di fuori della dimensione statuale del diritto. Si può ben dire, allora, che

«la teoria dell'ordinamento intersindacale era esattamente ciò che ci voleva per non veder appassire la speranza d'un diritto originato dall'autonomia negoziale dei gruppi professionali; la medesima speranza che Santoro Passarelli aveva alimentato in un'epoca in cui essa era generalmente considerata una sfida o una minaccia»[41].

È il passo decisivo per la valorizzazione del diritto effettivo prodotto dai corpi sociali intermedi all'interno del sistema di relazioni sindacali, insomma, un diritto che può fare a meno delle norme

---

[39] SCIARRA, 2012, 696. Come ha osservato PINO, 2014, 18-19, già nel «primo vero e proprio scritto di diritto sindacale di Giugni», dedicato al diritto di sciopero (e datato 1950), è evidente «l'impostazione di fondo (in ciò comune alla dottrina civilistica) di mantenere l'azione sindacale al di fuori del diritto pubblico».

[40] In *Archivio Storico Fondazione Pietro Nenni*, Fondo Giugni, Serie Attività Giovanile 1947-1962, busta 3, fascicolo 20.

[41] ROMAGNOLI, 1997, 13.

prodotte dallo Stato (al quale non chiede legittimazione, essendo in grado ai auto-legittimarsi) e che, certamente, non ha bisogno di consumarsi nell'attesa della legge sindacale.

Ma un simile passo non sarebbe stato possibile, se non leggendo l'autonomia collettiva come espressione del diritto dei privati, appunto generato da quella potestà di regolare liberamente i propri interessi, che promana dalle formazioni sociali, al di fuori – dunque – di ogni interferenza pubblicistica.

Giugni utilizzò un'altra metodologia (quella delle relazioni industriali, misurata attraverso la costruzione pluriordinamentale di Santi Romano e coniugata con la lezione del 'realismo' ascarelliano) e si avvalse di altre matrici culturali (l'istituzionalismo nord-americano della 'scuola del Wisonsin' e il giuslavorismo weimariano di Sinzheimer), ma non rinnegò mai il postulato di fondo dell'impostazione di Santoro-Passarelli, ossia la riconduzione dell'autonomia collettiva nell'alveo dell'autonomia privata, bonificata dall'armatura pubblicistica del regime corporativo: come dire che il traghettore sapiente ha preparato la strada all'esploratore coraggioso, consegnandogli – come bussola per procedere nella navigazione – l'opera di *depublicizzazione* del diritto sindacale.

Come ha scritto Franco Liso, «Santoro-Passarelli ha eretto i contrafforti sul versante dei rapporti con lo Stato: libertà e autonomia collettiva. Giugni, dando per assodata la tenuta di questi contrafforti, ne ha poi sviluppato le potenzialità in una prospettiva più ampia, ponendo in risalto il ruolo istituzionale delle Organizzazioni sindacali nella *governance* della società, mettendo a fuoco le relazioni industriali come sistema di governo»[42].

Nella prospettiva di Giugni la valorizzazione della contrattualità nella dimensione dei rapporti collettivi si fondava sul riconoscimento reciproco delle parti, sul piano dell'effettività politico-sindacale, più che sul piano dell'efficacia giuridico-formale. In «una sorta di separazione/autosufficienza dell'ordinamento intersindacale», lo spazio di libertà dallo Stato si trasformava in «spazio di auto-governo»[43], come riconoscimento di un potere sociale organizzato.

In questo senso, rispetto alla scelta privatistica su cui Santoro-Passarelli aveva basato la ricostruzione della materia, il contributo di Giugni fu emancipatorio, anzi "radicalmente affrancatorio, con una rivendicazione di originalità e originarietà, fuori non soltanto dalle impraticabili secche del diritto corporativo, ma altresì dalla veste troppo stretta delle tradizionali tecniche civilistiche"[44]. Infatti, mentre nel diritto civile "il confronto tra la cultura antiformalista e le scuole neopandettistiche si è svolto per linee interne, sostituendo progressivamente il metodo realista a quello dogmatico e positivista", il diritto del lavoro post-costituzionale imponeva una rifondazione teorica che Giugni condusse "nell'intento dichiarato di allestire un modello sistematico capace di riempire lo spazio lasciato vuoto dalla mancata attuazione delle norme costituzionali e di

---

[42] LISO, 2009, 128. Si può che dire che «tra le due teorie, quella privatistica e quella elaborata da Gino Giugni, non vi è incompatibilità: la prima considera l'autonomia privata collettiva dal punto di vista dell'ordinamento giuridico-statuale, rimarcandone l'alterità rispetto ai fenomeni regolamentari di stampo pubblicistico; la teoria dell'ordinamento intersindacale fornisce, invece, una rappresentazione delle dinamiche sindacali dal suo interno, quanto ai profili endogeni, interpretandone e vivificandone le relative prassi e la tensione disciplinare» (R. DE LUCA TAMAJO, 2009, 188-189).

[43] CARINCI, 2009, 76.

[44] GROSSI, 2007, 251.

sostituire, in definitiva, il modello giusprivatistico"[45].

In sostanza, l'impiego della teoria della pluralità degli ordinamenti si legò saldamente ad un preciso progetto di politica del diritto: come lo stesso Giugni molti anni dopo riconobbe, tale ricostruzione

«consentì la conquista di uno spazio culturale che il legalismo allora dominante, pur di fronte alla carenza di norme positive dovuta alla mancata attuazione costituzionale, manteneva precluso, stringendo il diritto sindacale, che pur si stava formando a dispetto dell'inerzia del legislatore, nella duplice morse del sopravvisuto sistema di concetti cresciuto sull'ordine corporativo, e di ipotesi legislative non attuali, e che mai tali sarebbero diventate»[46].

In tal modo, la giuridicità delle relazioni sindacali e dei loro prodotti cessava di essere osservata esclusivamente dal punto di vista del diritto positivo dello Stato e acquisiva una intrinseca originarietà: nell'ordinamento intersindacale le regole sono liberamente creabili, amministrabili e sottoponibili ad autonoma giurisdizione, attraverso «la recezione di materiali extralegislativi nel corpo del diritto sindacale e del lavoro»[47].

Complessivamente, l'obiettivo della costruzione giugniana fu duplice. Da un lato, sul piano della teoria generale, il modello dell'ordinamento intersindacale consentiva di 'conoscere' «il mondo delle relazioni industriali che da un'ottica strettamente civilistica non era possibile cogliere nella dimensione sua propria e nelle sue dinamiche». Dall'altro lato, sul piano della politica del diritto, esso mirava a indurre lo stesso sistema di relazioni industriali a indirizzarsi «verso modelli più evoluti, come quelli che trasparivano dagli studi di Kahn Freund sul modello britannico (una contrattazione collettiva di tipo dinamico, con parti sociali capaci di amministrare i contenuti dei contratti collettivi attraverso una pluralità di istituti, come ad esempio commissioni miste, collegi di conciliazione ed arbitrato)» [48]. Al contempo – sempre in termini di politica del diritto – Giugni puntava strategicamente a fornire al sistema quella consapevolezza necessaria a rendere definitivamente possibile la pacifica convivenza con la mancata attuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., su cui – in quegli anni – si abbatterà la poderosa spallata di Federico Mancini (nella nota prolusione bolognese del 1963), che mise in luce «le poderose scorie della cultura corporativa» presenti in quella norma[49].

Una volta riconosciuto a Santoro-Passarelli il fondamentale merito di aver saputo coniugare libertà e autonomia privata, estendendo i confini di quest'ultima all'autonomia collettiva, Giugni non mancherà di sottolineare le zone d'ombra della costruzione privatistica. Proprio in un contributo dedicato agli studi in onore dello stesso Santoro-Passarelli, egli noterà – in primo luogo – che «la "privatizzazione" del diritto del lavoro può essere orientata, oltreché all'idea guida dell'autonomia-libertà, da quella dell'autonomia-funzione» e – in secondo luogo – che «la tecnica

---

[45] GHERA, 2007, 267.

[46] GIUGNI, 1989, 19-20.

[47] TARELLO, 1967, 87.

[48] LISO, 2021, 100-102.

[49] ICHINO, 2008, 43. Il riferimento è a MANCINI, 1963.

civilistica porta inclusi in sé valori di conservazione ed effetti di vischiosità istituzionale per cui, applicata a fatti sociali nuovi, può in realtà risultare inadeguata»[50].

Dal canto suo, Santoro-Passarelli non rimase insensibile al 'nuovo corso' impresso dalla svolta giugniana, tant'è che lo ritroviamo, negli anni Ottanta dello scorso secolo, disposto a riconoscere il valore della dimensione fattuale ed effettiva del diritto, nella consapevolezza che «sono sopravvenute correnti di pensiero certamente utili allo sviluppo della disciplina»[51].

Nel 1982 egli scriveva che la massima *ubi societas ibi ius* non significa soltanto che «la società non può fare a meno del diritto; significa anche che la società civile produce diritto». Egli stesso ammetteva che è

«svanito, alla luce della più recente esperienza, il sogno del diritto positivo quale diritto scritto. […] La realtà sociale, non quella che vale per me o per l'uno o l'altro, ma quella che vale per sé, in quanto è sorretta dal comune consenso come regola vincolante della condotta umana, diventa diritto, in concorrenza con il diritto scritto»[52].

Ci piace considerarlo un tributo al superamento del dogma della statualità del diritto perseguito dalla costruzione giugniana e un'apertura ormai piena alla fenomenologia delle relazioni sindacali, massima espressione del diritto vivente nell'ambito della nostra materia.

Riferimenti bibliografici.

Ardau G. (1947), *La Cenerentola delle cattedre di giurisprudenza*, in *DL*, I, 243 ss.

Azara A. (1939), *Direttive fasciste nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano.

Barassi L. (1940), *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano.

Benedetti G. (1997), *Francesco Santoro-Passarelli civilista*, in *RTDPC*.

Birocchi I., Chiodi G., Grondona M. (2020), a cura di, *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, RomaTre Press, Roma.

Caprioli S. (2009), *Interpretazione di Francesco Santoro Passarelli*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di) *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli, 3 ss.

Carabelli U. (1986), *Libertà e immunità del sindacato*, Jovene, Napoli.

Carinci F. (2009), *Il lascito di Francesco Santoro-Passarelli nel diritto sindacale italiano*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di) *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli.

Carnelutti F. (1949), *Sciopero e giudizio*, in *RDProc.*, 1949, 13 ss.

---

[50] GIUGNI, 1989, 203-204. Sul punto, v. le puntuali considerazioni di CARABELLI, 1986, il quale osserva come gli obiettivi della costruzione giugniana fossero quelli di depurare definitivamente l'autonomia collettiva «dagli aspetti funzionalistici ancora presenti nella concezione di Santoro Passarelli (si pensi al riguardo al collegamento interesse collettivo-categoria)» e di «sollecitare la dottrina giussindacalista ad abbandonare il processo logico interpretativo impiegato sino ad allora, consistente nella sovrapposizione alla realtà sindacale delle astratte categorie del diritto civile, deformate artificialmente, per giungere, invertendo la prospettiva, ad un rinnovamento del diritto civile».

[51] SANTORO-PASSARELLI F., 1988b, 8.

[52] SANTORO-PASSARELLI F., 1988c, 26.

Carullo V. (1960), *Diritto sindacale transitorio*, Giuffrè, Milano.

Cazzetta G. (1999), *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e Repubblica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, tomo I, Giuffrè, Milano, 511 ss.

De Luca Tamajo R. (2009), *Intervento*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli, 187 ss.

Croce B. (1963), *La libertà italiana nella libertà del mondo, Discorso al primo Congresso dei partiti tenuto in Bari il 28 gennaio 1944*, ora in *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, I, Laterza, Bari.

Gaeta L. (2016), *«La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano*, in *DLRI*, p. 573.

Galizia A. (1907), *Il contratto collettivo di lavoro*, Pierro, Napoli, 1907.

Ghera E. (2007), *Gino Giugni e il metodo giuridico*, in *DLRI*, 265 ss.

Ghera E. (2009), *Intervento,* in Santoro-Passarelli G. (a cura di) *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli.

Giugni G. (1950), *Aspetti e problemi del diritto di sciopero*, in *DL*, I, 83 ss.

Giugni G. (1960), *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano.

Giugni G. (1985), *Conclusioni*, in Bellardi L. (a cura di), *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparative*, F. Angeli, Milano.

Giugni G. (1989), *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna.

Giugni G. (1997), in Aa.Vv., *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *ADL*, 1 ss.

Greco P. (1949), *Per una sistemazione dei principi del diritto del lavoro (A proposito di un recente libro)*, in *DL*, I, 33 ss.

Grossi P. (2000), *Scienza giuridica ufficiale. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano.

Grossi P. (2007), *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *DLRI*, 247 ss.

Ichino P. (2008), *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in Ichino P. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 3 ss.

Liso F. (2009), *Intervento*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli, 127 ss.

Liso F. (2021), *Un profilo di Gino Giugni - parte prima*, in *Rivista storica del socialismo*, 79 ss.

Mancini F. (1963), *Libertà sindacale e contratto collettivo* erga omnes, in *RTDPC*, 570 ss.

Mazzarelli B. (1959), *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Jandi Sapi, Roma.

Montanari B. (2010), a cura di, *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli*, Giappichelli, Torino.

Mortati C. (1954), *Il lavoro nella Costituzione*, *DL*, I, 149 ss.

Pergolesi F. (1942), *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Zanichelli, Bologna.

Pino G. (2014), *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, Torino.

Pino G. (2018), *Le stagioni di Francesco Carnelutti e la ricostruzione pubblicistica del diritto sindacale*, in *Labor*, 17 ss.

Rescigno P. (1961), *Introduzione*, in Santoro-Passarelli F. (1961), *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli.

Romagnoli U. (1996), *Francesco Carnelutti e il diritto del lavoro*, in *RTDPC*, 419 ss.

Romagnoli U. (1997), in Aa.Vv., in *Francesco Santoro Passarelli e il diritto del lavoro*, in *ADL*, 1 ss.

Romagnoli U. (2009), *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli, Roma.

Rusciano M. (2009), *Intervento*, in Santoro-Passarelli G. (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli, 85 ss.

Rusciano M. (2010), *Intervento*, in Montanari B. (a cura di), *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli*, Giappichelli, Torino.

Santoro-Passarelli F. (1933), *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Riv. it. scienze giur.*, 54 ss.

Santoro-Passarelli F. (1936), *Legislazione del lavoro. Lezioni raccolte dal Dott. G. Benettin*, Cedam, Padova.

Santoro-Passarelli F. (1940), *Lineamenti di diritto civile. Persone fisiche*, Cedam, Padova.

Santoro-Passarelli F. (1945), *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli F. (1949), *Autonomia collettiva, giurisdizione e diritto di sciopero*, in *Riv. it. scienze giur.*, 138 ss.

Santoro-Passarelli F. (1956), *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*, in *RDL*, 1956, 1 ss.

Santoro-Passarelli F. (1959), *Autonomia collettiva*, in *ED*, 369 ss.

Santoro-Passarelli F. (1988a), *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli F. (1988b), *Compleanno di un libro. I quarant'anni delle «dottrine» di F. Santoro-Passarelli*, in Santoro-Passarelli F., *Ordinamento e diritto civile (Ultimi saggi)*, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli F. (1988c), *Quid ius*?, ora in *Ordinamento e diritto civile (Ultimi saggi)*, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli G. (2009), a cura di, *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, Jovene, Napoli.

Santoro-Passarelli G. (2016), *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona", It.* – 307.

Sciarra S. (2012), *Gino Giugni*, in *Enciclopedia italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, 695 ss.

Scognamiglio R. (1996), *Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in *RIDL*, I, 3 ss.

Suppiej G. (1990), *Tradizione civilistica e Costituzione nel magistero giuslavoristico di Francesco Santoro-Passarelli*, in *DL*, 3 ss.

Tarello G. (1967), *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1967.

Treggiari F. (2010), *Questione di Stato. Codice civile e discriminazione razziale in una pagina di Francesco Santoro Passarelli*, in Montanari B. (a cura di), *Il pensiero giuridico di Francesco Santoro Passarelli*, Giappichelli, Torino, 17 ss.

Vano C. (1986), *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in Mazzacane A. (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, 125 ss.

Vardaro G. (1985), *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, F. Angeli, Milano.

Vivante C. (1931), *La penetrazione dell'ordinamento corporativo nel diritto privato*, in *DL*, 1931, I.

La proposta europea per "salari minimi adeguati": work in progress*

Antonio Lo Faro

Premessa. 17

1. La proposta originaria della Commissione. 18

2. Gli emendamenti apportati nel corso del processo decisionale e la loro futura valutazione da parte dei "triloghi" che verranno avviati nel corso del 2022. 20

2.1 Una precisazione sull'Italia e le disposizioni per essa rilevanti. 20

2.2 Promozione della contrattazione collettiva e tassi di copertura. 21

2.3 I parametri di individuazione del salario minimo adeguato. 23

2.4 Ambiti e strumenti di applicazione dei salari minimi. 25

3. Conclusioni: work in progress… 26

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 157/2022

Premessa.

Il 2021 non è stato l'anno della Direttiva europea sui salari minimi adeguati. Sebbene il "Triangolo istituzionale" dell'Unione composto dai Presidenti di Parlamento, Commissione e Consiglio avesse incluso la Direttiva in questione nella lista delle "priorità legislative" da portare a compimento nel corso dell'anno che sta per concludersi[53], la proposta della Commissione, presentata nell'ottobre 2020, si è parzialmente arenata – come forse prevedibile – nelle secche di una lunga procedura decisionale non certo accelerata dalla timida Presidenza slovena dell'Unione nel secondo semestre del 2021.

Quel che pare ad oggi certo è che il testo finale della Direttiva divergerà parzialmente da quello originariamente prospettato dalla Commissione, dal momento che – come prevede la c.d. procedura legislativa ordinaria di cui all'art. 294 TFUE – sia il Parlamento europeo sia il Consiglio, ciascuno operando "in parallelo" e senza alcuna forma di coordinamento, hanno sin qui suggerito una pluralità di emendamenti che dovranno essere ora ricondotti ad un quadro regolamentare coerente.

In alcuni casi, primariamente in seno al Consiglio, si è trattato di modifiche mirate ad attutire le molte voci caute se non proprie contrarie sollevatesi da parecchi Stati membri nel corso del 2021, e dunque orientate a "diluire" i già piuttosto laschi obblighi ricavabili dal testo originario della proposta. In altri casi, e qui il riferimento è ai lavori parlamentari, si è invece trattato di emendamenti volti a consolidare taluni dei profili di regolazione, con particolare riferimento a quelli che risultano maggiormente rilevanti per gli Stati membri, come l'Italia, nei quali non vige – e non vigerà necessariamente nemmeno dopo la Direttiva – un sistema di salario minimo "legale" inteso nel senso di meccanismo di determinazione eteronoma dei livelli retributivi minimi.

Al momento in cui si scrive, è peraltro difficile fare previsioni sull'approdo finale: se con ogni probabilità non verrà modificato l'impianto piuttosto prudente tracciato dalla Commissione dopo aver verificato la scarsa "popolarità" della propria iniziativa tra gli stati membri e gli stessi partners sociali, è plausibile prospettare che alcuni dei dettagli regolativi suggeriti dal Parlamento europeo potranno avere, ove accolti, un impatto non indifferente su alcuni ordinamenti nazionali, contribuendo, forse, per quel che maggiormente interessa, a sciogliere alcuni dei dubbi che tutt'ora circondano le proposte legislative da tempo in discussione nel parlamento italiano.

La difficile convergenza tra l'impostazione "espansiva" del Parlamento europeo e quella "riduttiva" del Consiglio sarà comunque affidata ad una fase di confronto destinata ad occupare i prossimi mesi: il 25 novembre del 2021 il Parlamento europeo ha infatti deciso di aprire un negoziato interistituzionale con il Consiglio[54] al fine di verificare la possibilità di pervenire ad un testo per quanto possibile unitario da sottoporre all'analisi del Consiglio dei Ministri Occupazione e Politiche Sociali (EPSCO) programmato per il 6 dicembre 2021. A partire da quel momento verranno

---

[53] V. la *Joint Declaration on EU Legislative Priorities for 2021*, 2021/0001(NTT), reperibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20201217RES94218/20201217RES94218.pdf

[54] Secondo quanto previsto dall'art. 71 del Regolamento del Parlamento europeo, nell'ambito della procedura legislativa ordinaria l'assemblea parlamentare può decidere di "dialogare" con il Consiglio al fine di scongiurare l'inevitabile stallo decisionale che si verrebbe a creare ove le posizioni del Parlamento e quelle del Consiglio siano divergenti. Rischio che allo stato è tutt'altro che remoto e che determinerebbe, in assenza di accordo, un esiziale fallimento della iniziativa in tema di salario minimo adeguato

quindi attivati una serie di cosiddetti "triloghi" (ovvero negoziazioni informali tra Commissione, Consiglio e Commissione)[55] che dovrebbero auspicabilmente concludersi nel primo semestre del 2022, se la Presidenza francese sarà in grado di dare effettivamente corso a quella che ha già dichiarato essere una sua "priorità". Ma procediamo con ordine.

1. La proposta originaria della Commissione.

La proposta della Commissione in materia di "salari minimi adeguati"[56] si inquadra, costituendone probabilmente una sorta di bandiera, nel contesto di un rinnovato attivismo dell'Unione in materia sociale del quale sono testimonianza anche una serie di altre recenti iniziative: dalle proposte in materia di lavoro su piattaforma a quelle in materia di contrattazione collettiva per i lavoratori autonomi, di reddito minimo, di trasparenza dei sistemi retributivi nell'ottica della parità di genere, di diritto alla disconnessione, di diritti di informazione, di salute e sicurezza e di rilancio del dialogo sociale, ad altre elaborate o preannunciate dalla Commissione alla luce di quanto previsto dal Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali reso noto nei primi mesi dell'anno[57].

È noto come lo slancio inziale della Commissione, pubblicamente sostenuto dalla nuova Presidenza sin dagli esordi del suo insediamento, abbia presto dovuto fare i conti con una serie di "ostacoli" di diversa natura: dalle vigorose obiezioni provenienti da una inedita coalizione trasversale di stati membri che spazia dai populisti di Visegrad, ai "frugali" del centro Europa, alle socialdemocrazie scandinave; al rifiuto di entrambe le parti sociali di intraprendere un percorso di negoziazione in materia; alla stessa controversa sussistenza di una competenza dell'Unione sul tema dei salri, superata solo da una successiva Opinione del Servizio Giuridico della Commissione che ha riconosciuto la piena legittimità della base giuridica utilizzata[58].

Ne è derivato un testo forse meno ambizioso rispetto alle intenzioni originarie, che ha abbandonato ogni velleità di forzare gli Stati membri che ne sono privi (Italia, Austria, Cipro, Danimarca, Svezia, Finlandia) ad introdurre meccanismi di determinazione legislativa dei salari minimi, per privilegiare invece una sorta di "doppio canale" regolativo che ha come rispettivi destinatari da una parte gli ordinamenti ove il salario minimo legale già esiste (tutti gli Stati membri, eccetto i sei prima indicati), e dall'altra quegli ordinamenti nazionali che, non conoscendo allo stato alcun meccanismo del genere, potranno continuare anche in futuro a farne a meno, a condizione comunque che livelli salariali "adeguati" siano garantiti attraverso altri meccanismi di natura non solo o non necessariamente legislativa.

È ovviamente all'interno di questa seconda platea di destinatari che si colloca l'Italia, sistema sul quale si concentreranno, visto il volume che lo ospita, le osservazioni – necessariamente interlocutorie - contenute in questo contributo. Ed è appena il caso di anticipare, in questa prospettiva, che i maggiori effetti dell'iniziativa comunitaria nel nostro ordinamento potranno ragionevolmente collocarsi più sul piano di un auspicabile "tagliando di controllo" sulla salute del sistema di

---

[55] Sul ruolo un po' misterioso dei triloghi, a volte tacciati di scarsa trasparenza istituzionale, cfr. G. Rugge, *Il ruolo dei triloghi nel processo legislativo dell'UE,* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2015, p. 809.

[56] COM(2020) 682 del 28 ottobre 2020.

[57] COM(2021) 102 del 4 marzo 2021.

[58] *Opinion of the Legal Service on the Commission proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union - Legal basis* (6817/21 del 9 Marzo 2021), reperibile all'indirizzo https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6817-2021-INIT/en/pdf

contrattazione collettiva, che non su quello più strettamente attinente alla adeguatezza dei livelli salariali.

Nella impostazione della proposta - sostanzialmente, seppur con non indifferenti modifiche, rimasta intatta anche dopo lo scrutinio di Parlamento e Consiglio – i requisiti che consentono ad un ordinamento nazionale di affidare la determinazione dei salari alla sola autonomia collettiva si misurano in effetti con un unico "metro", costituito dal tasso di copertura della contrattazione collettiva. Non a caso, come sottolineato dalla Commissione in una serie di documenti preparatori, i tassi di copertura negoziale dei cinque paesi privi di salario minimo legale sono allo stato – con l'eccezione di Cipro - tra i più alti, così come del resto confermato da alcune recenti analisi.[59]

Rinviando al seguito per più specifiche indicazioni quanto alla misura del tasso di copertura richiesto dalla futura Direttiva, non v'è dubbio che il rilievo attribuito dalla proposta al ruolo del tasso di copertura negoziale nell'assicurare salari minimi adeguati, costituisca un profilo di non agevole lettura con riguardo all'ordinamento sindacale italiano, cui pure le ricerche innanzi citate attribuiscono una copertura negoziale pari all'80%. Non occorre certo spendere troppe parole per rammentare come i tassi di effettiva applicazione dei contratti collettivi possano essere considerabilmente diversi in ragione di diversità territoriali o in relazione alla dimensione dell'impresa, e soprattutto come in quell'80% di copertura cui l'ordinamento italiano viene accreditato rientrino presumibilmente anche una serie di contratti collettivi le cui tabelle salariali non rispondono certo al canone della adeguatezza. Da questo punto di vista, il sistema italiano costituisce probabilmente una sfida rispetto al "non detto" della proposta: ovvero che all'interno di un ordinamento nazionale i livelli retributivi possano presumersi adeguati o quando i salari sono determinati dalla fonte eteronoma, ovvero quando essendo determinati in via negoziale le fonti collettive siano sufficientemente applicate in via di fatto. Nell'ordinamento italiano, per contro, l'equazione "salario contrattuale=salario adeguato a condizione che sia sufficientemente applicato" non sempre funziona, e lasciare dunque la garanzia di salari adeguati affidata al solo tasso di copertura di contratti collettivi non meglio specificati – come essenzialmente la proposta si limita a fare – potrebbe non essere una opzione risolutiva.

Quanto appena riferito rende peraltro ancor più problematica – quantomeno per l'ordinamento interno – l'assenza, nel testo della proposta della Commissione, del riferimento ad un preciso parametro quantitativo idoneo a superare la "modellistica" dei sistemi di determinazione dei salari per specificarne invece in maniera più immediata e tangibile il livello minimo al di sotto del quale essi non dovrebbero mai scendere. I due parametri di norma utilizzati, pur tra molte controversie, nel dibattito scientifico internazionale – ovvero il 60% del salario mediano e/o il 50% del salario medio – sono pudicamente relegati dalla proposta della Commissione nei Considerandi iniziali (Considerandum n. 21) ma non facevano parte, almeno fino all'intervento del Parlamento europeo di cui si dirà, dell'articolato normativo.

Per il resto - escluse ovviamente le previsioni indirizzate agli Stati membri con sistemi di determinazione legislativa dei salari, qui non prese in considerazione vista la natura e il fine del presente scritto - la proposta della Commissione fa affidamento su ciò che definisce uno strumento di estensione "indiretta" dei salari collettivamente determinati, essendo espressamente escluso che

---

[59] Dati tratti da T. Muller, S. Rainone, K. Vandaele, *Fair minimum wages and collective bargaining: a key to recovery*, in *Benchmarking Working Europe*, Brussels, ETUI, 2020

dalla Direttiva possa derivare un obbligo di introdurre meccanismi di estensione erga omnes dei contratti collettivi (art. 1.3 della proposta). Il riferimento è ad uno strumento "antico", ben conosciuto da diverse legislazioni nazionali, ovvero la clausola sociale negli appalti pubblici, che tuttavia avrebbe meritato ben altra considerazione ove solo se ne consideri la ben nota problematica compatibilità rispetto a quanto affermato dalla stessa Corte di giustizia in relazione alla necessità di conciliare le clausole sociali negli appalti pubblici con i principi euro-unitari della concorrenza da una parte e della libera circolazione dei servizi dall'altra. È infatti opportuno ricordare, a quest'ultimo riguardo, come nel caso della prestazione di un servizio *cross-border* attraverso il distacco di lavoratori, la Corte di giustizia abbia considerato legittima l'applicazione della clausola sociale retributiva in capo ai lavoratori distaccati dipendenti dall'impresa straniera appaltatrice, solo a condizione che i minimi salariali in oggetto siano oggetto di una determinazione di natura legislativa[60].

Sin qui dunque le piuttosto scarne previsioni contenute nella proposta della Commissione: nessun obbligo di introdurre meccanismi di determinazione legislativa dei salari ove siffatti modelli non siano già in opera negli Stati membri; nessun obbligo di estendere l'efficacia soggettiva dei contratti collettivi negli altri casi; nessun parametro quantitativo di identificazione della *"decency threshold"* al di sotto della quale non è ammissibile scendere, a prescindere dal meccanismo legislativo o contrattuale individuato dagli Stati membri; rinvio "debole" allo strumento della clausola sociale.

2. Gli emendamenti apportati nel corso del processo decisionale e la loro futura valutazione da parte dei "triloghi" che verranno avviati nel corso del 2022.

Si tratta ora di verificare se e come il successivo *iter* decisionale sin qui attraversato dalla originaria proposta nell'ambito della procedura legislativa ordinaria, abbia inciso in maniera significativa sui suoi contenuti, con particolare riguardo a quelli che si ritengono di maggior rilievo per l'ordinamento italiano.

Sul punto, come prevedibile, si sono confrontati due approcci radicalmente diversi – quello parlamentare, volto a irrobustire alcune disposizioni della proposta considerate eccessivamente prudenti[61], e quello opposto del Consiglio, nel quale si riflettono tutte le obiezioni provenienti dagli Stati membri[62] - che non sarà facile ricondurre ad unità allorquando nei prossimi mesi le negoziazioni interistituzionali inizieranno a svolgersi all'interno dei già richiamati triloghi.

2.1 Una precisazione sull'Italia e le disposizioni per essa rilevanti.

Tralasciando in questa sede, per i motivi suesposti, le disposizioni deputate a disciplinare i modelli

---

[60] V. caso C-115/14 del 17.11.2015, *RegioPost GmbH & Co. KG* c. *Stadt Landau in der Pfalz.*

[61] Il testo della proposta con gli emendamenti parlamentari può leggersi nel *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the adequate minimum wages in the European Union* (A9-0325/2021) approvato in Commissione il 18.11.2021 e in seduta plenaria il 25.11.2021 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0325_EN.html).

[62] Il testo della proposta emendata in sede di Consiglio così come disponibile alla data del 04.06.2021 si può leggere nella *Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori* (9142/21) predisposta dal Segretariato Generale e inviata ai membri del Comitato permanente dei rappresentanti degli Stati membri (COREPER), reperibile all'indirizzo https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9142-2021-INIT/it/pdf.

di determinazione legislativa delle retribuzioni, mette conto in primo luogo evidenziare come significativi emendamenti siano stati apportati dal Parlamento europeo sul versante dei sistemi di determinazione dei salari affidati all'autonomia collettiva (Titoli I e III della proposta di Direttiva).

A tal riguardo - e con specifico riferimento ad alcune proposte legislative attualmente sottoposte all'esame parlamentare nell'ordinamento italiano - va innanzitutto evidenziato che eventuali modelli nazionali che dovessero garantire l'estensione generalizzata dei salari contrattuali attraverso l'intervento della legge[63], non trasformerebbero l'Italia in uno "statutory minimum wage country", con tutto ciò che ne conseguirebbe in tema di individuazione delle disposizioni della futura Direttiva considerabili rilevanti per l'ordinamento interno. Almeno stando agli emendamenti discussi ed approvati in sede parlamentare, infatti, il Titolo II della futura Direttiva – riservato per l'appunto alla disciplina dei "salari minimi legali" – è destinato a trovare applicazione solo agli Stati membri con sistemi di determinazione legislativa dei salari minimi "*that do not arise from collective bargaining"* (art. 5.1 e 3.1.2). Secondo la futura normativa, dunque, l'estensione in via legislativa dei salari contrattuali - che peraltro viene espressamente esclusa dal novero degli obblighi derivanti dalla Direttiva[64] - rimane estranea alla nozione di salario minimo legale, non implicando di conseguenza l'assoggettamento di uno Stato membro che scegliesse di perseguire questa strada agli obblighi previsti dal Titolo II della Direttiva.

Ciò premesso, si esporranno nel seguito i termini della disciplina applicabile ai soli sistemi di determinazione "non-legislativa" dei salari, tra i quali con ogni probabilità continuerà ad annoverarsi l'Italia, così come disponibili al momento in cui si scrive.

2.2 Promozione della contrattazione collettiva e tassi di copertura.

Quanto al criterio primario prescelto dalla proposta per valutare lo stato di salute e la complessiva adeguatezza dei modelli nazionali che affidano alla autonomia collettiva la funzione di determinazione dei salari minimi, occorre segnalare come su questo versante si registrino alcune delle più significative diversità di vedute tra Parlamento e Consiglio cui prima si faceva riferimento.

Il dissidio riguarda la formulazione dell'art. 4, rubricato "Promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari", ed in particolare: *a)* la misura del tasso di copertura negoziale richiesto, e *b)* le modalità per calcolarlo.

a) In relazione al primo profilo, l'emendamento parlamentare innalza il tasso di copertura minimo richiesto dal 70 all'80%, rinsaldando anche gli obblighi degli Stati membri nella eventualità che quel tasso minimo non sia raggiunto: il "Piano d'azione" già genericamente evocato nella proposta della Commissione, dovrà adesso definire e programmare, collocandole lungo una "chiara sequenza temporale", "misure concrete in grado assicurare il progressivo raggiungimento della soglia minima richiesta", con obbligo per gli Stati membri di aggiornamento almeno biennale e per la Commissione di monitorarne gli effettivi progressi[65].

---

[63] Come ad esempio si propone di fare il Disegno di legge n. S-2187 presentato al Senato della Repubblica a prima firma Catalfo.

[64] *"Nothing in this Directive shall be construed as imposing an obligation on the Member States where minimum wage protection is exclusively ensured via collective agreements […] to make collective agreements universally applicable"* (art. 1.3)

[65] L'opportunità di specificare tempi e contenuti del Piano d'azione nazionale era stata sollecitata anche dalla Camera dei deputati nel documento inviato il 21.04.2021 al Consiglio UE nell'ambito della procedura di consultazione dei Parlamenti nazionali ex art. 12.a del

L'emendamento in oggetto conferma dunque la centralità del tasso di copertura negoziale nella complessiva architettura della iniziativa in esame, inducendo di conseguenza a formulare qualche ulteriore osservazione al riguardo. Nella proposta iniziale e nei successivi interventi di Parlamento e Consiglio, l'enfasi sul rilievo del tasso di copertura negoziale come chiave per il raggiungimento dell'obiettivo sostanziale di salari minimi adeguati, poggia sulla correlazione statistica giusta la quale gli Stati membri con alti tassi di copertura contrattuale sono quelli ove si registrano i salari minimi più alti e le percentuali minori di lavoratori a basso salario (Considerandum n. 19). Che però il problema salariale si risolva con l'estensione del tasso di copertura della contrattazione collettiva, è assunto certamente fondato che probabilmente non giunge tuttavia a risolvere per intero, al di là dei trattamenti minimi, l'intera questione salariale. Ne fa prova proprio il caso italiano, ove la indubbia presenza di un problema salariale – progressivamente in estensione dai salari medi a quelli minimi - convive con un tasso di copertura negoziale che, secondo quanto si legge nella relazione introduttiva del citato Disegno di legge S-2187, si attesterebbe addirittura al 98 per cento della forza lavoro impiegata nel settore privato.

b) Proprio l'osservazione da ultimo formulata può spingere quantomeno ad interrogarsi circa la assoluta corrispondenza biunivoca tra garanzia diffusa di salari minimi adeguati e tasso di copertura di contratti collettivi non meglio specificati.

È forse in questa ottica che si comprende la ragione che ha spinto il Parlamento europeo ad introdurre diversi emendamenti volti a precisare come i soli contratti collettivi da tenere in considerazione ai fini della misurazione del tasso di copertura negoziale richiesto dalla Direttiva dovranno essere quelli *"regulating remuneration"*[66]*,* ovvero quei contratti collettivi che contengono clausole retributive. La ripetuta sottolineatura[67] della richiamata puntualizzazione – cui si affianca la posizione assunta dal Parlamento nel precisare che i contratti collettivi di cui si parla devono essere sottoscritti da "sindacati" e non dalle più generiche *"workers' organizations"* previste dalla originaria proposta[68] - risalta in maniera ancor più evidente ove confrontata con quanto parallelamente definito in sede di Consiglio, nel cui testo di sintesi formulato a seguito della consultazione degli Stati membri[69] risulta un emendamento secondo cui ai fini del calcolo del tasso di copertura, che il Consiglio mantiene peraltro al 70%, si dovrà tenere conto "di tutti i contratti collettivi, compresi quelli che non incidono sui salari". Come si vede, le posizioni delle due istituzioni non potrebbero essere più divergenti e sul punto si preannuncia quindi una accesa dialettica in sede di futuro confronto tra le stesse e la Commissione.

Trattato UE e del relativo Protocollo. Tutti i documenti della procedura, ivi inclusi le opinioni di tutti i parlamenti nazionali e delle altre istituzioni europee (Comitato Economico e Sociale, Comitato delle Regioni) sono reperibili nel fascicolo della procedura 2020/0310(COD) all'indirizzo https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2020/0310(COD)&l=en.

[66] In questi termini l'emendamento apportato all'art. 3.5, relativo alla definizione di "tasso di copertura". Per il testo della proposta così come emendato in sede parlamentare, v. rif. nota n. 9.

[67] Precisazioni del medesimo tenore sono infatti ripetute anche negli emendamenti formulati in relazione agli articoli 3.4, 4.2, 10.1 e 10.2, oltre che nel Considerandum n. 19.

[68] V. gli emendamenti all'art. 3.3 e 11.2

[69] V. *supra,* nota n. 10.

Né la proposta originaria della Commissione, né i successivi emendamenti di Parlamento e Consiglio prendono invece posizione su un tema, ancora relativo alla "qualità" dei contratti collettivi, che in tutta evidenza assume valore dirimente all'interno dell'ordinamento interno. Già sia la Camera dei deputati sia il Senato della Repubblica hanno avuto modo di segnalare nelle rispettive interlocuzioni con il Consiglio "l'opportunità di calibrare meglio la proposta, precisando che la contrattazione collettiva cui si fa riferimento nel testo debba essere quella determinata dalla partecipazione di organizzazioni datoriali e dei lavoratori maggiormente rappresentative […] per salvaguardare il salario minimo da fenomeni distorsivi". Entrambe le assemblee hanno dunque invitato le istituzioni europee ad una "definizione delle organizzazioni qualificate, in ossequio al criterio della rappresentatività, alla contrattazione collettiva, così da inverare il principio di adeguatezza che la direttiva promuove […] anche al fine di contrastare il diffondersi dei 'contratti pirata' stipulati da organizzazioni sindacali con rappresentatività scarsa o nulla, che rischiano di determinare fenomeni di dumping contrattuale con effetti peggiorativi sulle retribuzioni dei lavoratori"[70].

Potrebbe forse obiettarsi che si tratta di questioni meramente "interne" rispetto alle quali sarebbe stato vano attendersi un intervento europeo che infatti sinora non c'è stato, nemmeno da parte di un Parlamento europeo che pure ha dimostrato di avere contezza del problema legato alla qualità dei contratti collettivi cui viene affidata la garanzia di salari adeguati nei sistemi non-statutory. Resta il fatto che si tratta di un profilo di innegabile rilievo rispetto al quale la recezione della futura Direttiva sui salari minimi adeguati potrà auspicabilmente offrire al legislatore interno una favorevole occasione per un intervento di razionalizzazione del sistema contrattuale da più parti ritenuto ormai necessario.

2.3 I parametri di individuazione del salario minimo adeguato.

Sin dai primi commenti della proposta[71] si è rilevato come il testo prospettato dalla Commissione si limitasse sostanzialmente a delineare due modelli di determinazione dei salari minimi adeguati, senza tuttavia giungere a fornirne anche parametri quantitativi idonei ad individuare soglie retributive dalle quali, a prescindere dai modelli prescelti, non sia in nessun caso dato derogare.

Da questo punto di vista, scontato l'assoluto silenzio mantenuto dal testo licenziato dal Consiglio, qualche elemento di maggiore attenzione si riscontra negli emendamenti del Parlamento, che seppur in maniera non del tutto coerente ha dimostrato di avere contezza del problema suggerendo quanto segue.

a) In primo luogo, i parametri internazionali del 60% del salario mediano e del 50% del salario medio vengono "prelevati" dai Consideranda iniziali dove erano prudentemente relegati per essere inseriti anche nel testo dell'articolato normativo (art. 5.3), pur se non si tratta, per la verità, di un'operazione immune da limiti e ambiguità.

Innanzitutto perché si continua ad evocare indistintamente i due parametri senza considerare che essi non sono per niente equivalenti. Secondo una recente ricerca riferita al caso italiano, ad

---

[70] I documenti delle commissioni XI e XIV della Camera e quelli delle commissioni 11ª e 14ª del Senato sono rinvenibili nel fascicolo citato *supra,* alla nota n. 13.

[71] Sia consentito rinviare a A. Lo Faro, *L'iniziativa della Commissione per il salario minimo europeo tra coraggio e temerarietà*, in *Lavoro e diritto*, 2020, p. 539.

esempio, il 60% del salario mediano riferito alle retribuzioni dei lavoratori full time operanti nel settore privato (con esclusione dell'agricoltura) equivarrebbe a 7,65 Euro lordi orari; mentre il 50% del salario medio calcolati sui medesimi dati ammonterebbe alla significativamente diversa cifra di 10, 59 Euro lordi orari[72]. Non a caso, in alcune ricerche patrocinate dal sindacato europeo[73], nonché negli stessi documenti di fonte ETUC[74], si parla di un "doppio" parametro di individuazione della soglia minima, identificato per l'appunto nella cifra maggiore risultante, a seconda della struttura salariale di ciascuno ordinamento, dalla applicazione del primo o del secondo parametro[75].

Al di là delle surriferite ambiguità circa l'individuazione del parametro quantitativo, rimane il fatto che, seppur inseriti all'interno dell'articolato normativo, entrambi i parametri non abbiano comunque allo stato un valore vincolante, essendo al momento disposto, anche dopo l'emendamento parlamentare, che nell'assolvere all'obbligo di valutare periodicamente l'adeguatezza dei salari minimi, gli Stati membri "possano" utilizzare come una sorta di linea-guida alcuni indicatori "come quelli comunemente utilizzati a livello internazionale", ovvero i due parametri del 60% e del 50% di cui prima si è detto[76].

Infine, non è trascurabile rilevare come, a rigore, il riferimento ai due parametri in oggetto non sembri riferibile a quegli ordinamenti che, come presumibilmente l'Italia, dovessero scegliere di rimanere fedeli ad un modello di determinazione non legislativa dei salari. La disposizione della proposta che vi fa rinvio è infatti contenuta nell'art. 5, destinato a disciplinare – così come l'intero Titolo II in cui è inserita – i sistemi nazionali *"statutory"*, in cui cioè vengano adottati meccanismi legislativi di determinazione dei minimi salariali. Per i sistemi "contrattuali", per contro, il riferimento a una siffatta *"decency threshold"* non viene ribadita, probabilmente in ragione di quella presunzione di adeguatezza sostanziale che deriverebbe ai salari per il solo fatto di essere stati negozialmente pattuiti su cui in precedenza ci si è soffermati (v. *supra*, §. 1) per suggerire come non sempre o non ovunque essa trovi riscontro nei fatti.

b) In secondo luogo, gli emendamenti parlamentari appaiono palesemente sottesi da un visibile sebbene non compiutamente definito orientamento "sostanzialista" che ambisce a superare i parametri quantitativi di cui prima si è detto, nella consapevolezza che non sempre – come del resto riconosciuto dallo stesso Commissario UE per l'Occupazione e gli Affari sociali Nicolas Schmitt[77],

---

[72] Così, sulla base di dati riferiti al 2019, B. Cai, P. Naticchioni, *Introduzione di un salario minimo in Italia. Direttiva Europea e possibili scenari*, in *Welforum - Osservatorio nazionale sulle politiche sociali*, 15.04.2021 (https://welforum.it/direttiva-europea-e-possibili-scenari-di-introduzione-di-un-salario-minimo-in-italia/).

[73] Cfr. Muller, Rainone, Vandaele cit. alla nota n. 7.

[74] V. *Debunking the myths on the Directive on Adequate minimum wages in the EU*, disponibile insieme ad altri all'indirizzo https://www.etuc.org/en/fair-minimum-wages-and-collective-bargaining

[75] Salario medio e salario mediano tenderanno a coincidere in sistemi retributivi non polarizzati. Il primo tenderà invece ad essere più alto del secondo in sistemi retributivi con forti divaricazioni tra i salari più bassi e quelli più alti.

[76] Considerato il rilievo del punto, si ritiene opportuno, nell'assenza di una versione italiana del testo emendato dal Parlamento, riportare integralmente il testo della versione inglese, l'unica ad oggi disponibile: *"Member States shall assess and report on the adequacy of statutory minimum wages and may use indicative reference values to guide their assessment of adequacy of statutory minimum wages in relation to the general level of gross wages, such as those commonly used at international level of 60% of the gross median wage and 50% of the gross average wage"* (art. 5.3).

[77] Il quale ha dichiarato in un'intervista rilasciata il 9 febbraio 2020 al *The Brussels Times* che un salario sostanzialmente "decente" non dovrebbe escidere al di sotto della soglia del 70 o 80% del salario mediano.

la garanzia del 60 o 50 per cento del salario mediano o medio consente ai lavoratori di fuoriuscire dall'area del lavoro povero.

In questa prospettiva vanno letti i diversi emendamenti "disseminati" lungo tutto il testo della Direttiva, attraverso cui il Parlamento ha inteso in buona sostanza sollecitare una serie di interventi regolativi con i quali garantire più il secondo che non il primo degli attributi inseriti nella intestazione della Direttiva: ovvero salari *adeguati,* piuttosto, o oltre, che salari *minimi.* Così si spiegano i riferimenti: alla necessità di misurare l'adeguatezza dei salari con riferimento ad un paniere di beni e servizi che consentano la piena partecipazione alla vita sociale dei lavoratori (Considerandum n. 21 e art. 5.2.a); alla ammissibilità solo eccezionale di trattamenti retributivi sub-minimali per alcune categorie di lavoratori che pure la proposta della Commissione prevedeva e il testo del Consiglio continua a prevedere (Consideranda n. 12 e 22 e art. 6); al divieto di detrarre dal salario minimo somme corrisposte al lavoratore per rimborsi spese o il controvalore di benefit vari, ad esempio l'alloggio, che non costituiscono compenso delle prestazioni effettuate dal lavoratore (Considerandum n. 22); all'inserimento tra gli obiettivi della Direttiva della correzione delle diseguaglianze e del gender gap nonché della convergenza verso l'alto e di standard di vita "decenti" per i lavoratori e le loro famiglie (art. 1 e 5.1); al consolidamento della clausola di non regresso (art. 16.1)

2.4 Ambiti e strumenti di applicazione dei salari minimi.

Infine, lo sforzo del Parlamento di irrobustire ed estendere il concreto impatto della

proposta della Commissione sui livelli retributivi dei lavoratori europei, si è tradotto in una serie di emendamenti volti a consolidarne, almeno nelle intenzioni, quelle che potrebbero definirsi le condizioni di effettività.

Un accento particolare viene posto al riguardo sugli strumenti di *compliance*, in particolare le ispezioni del lavoro, rispetto alle quali il Parlamento tiene a specificare – sebbene nel contesto di una disposizione, l'art. 8, riferita ai soli salari minimi determinati per legge – che i relativi organismi debbano essere forniti di adeguate risorse, operare con "visite a sorpresa" e disporre di sanzioni dissuasive.

In una prospettiva per certi versi simile, il Parlamento tenta poi di estendere il perimetro soggettivo della futura Direttiva aggiungendo tra i relativi destinatari i lavoratori dell'economia digitale (nuovo Considerandum n. 9.b) nonché i lavoratori domestici, on demand, intermittenti e a voucher, i finti autonomi, gli apprendisti e altre forme di lavori non standard (Considerandum n. 17). Ancor più in radice, l'assemblea parlamentare giunge a suggerire di modificare l'art. 2.1 della proposta, relativo all'ambito soggettivo di applicazione, prevedendo che la futura Direttiva dovrà trovare applicazione a "tutti" i lavoratori dell'Unione. Si tratta peraltro di una sorta di "emendamento manifesto" dal ridotto valore pratico, ove si consideri che la sfera di applicazione soggettiva della Direttiva dovrà invece determinarsi secondo l'ormai standardizzata formula compromissoria[78] utilizzata anche in altre recenti occasioni[79], da considerarsi per certi versi indecifrabile in quanto internamente contraddittoria.

---

[78] Che fa riferimento a "un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea" (art. 2.1)
[79] Ad esempio nella Direttiva 1152/2019 sulle condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili.

Infine il Parlamento, dimostrando di avere piena consapevolezza del ruolo cruciale che in materia di effettiva applicazione dei minimi salariali viene svolto dalla disciplina in tema di concessioni e appalti pubblici, si contrappone apertamente alla interpretazione di diversi Stati membri i quali avevano sostenuto in seno al Consiglio che l'art. 9 della proposta costituirebbe "una mera ripetizione degli obblighi esistenti a norma delle direttive 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE"[80]. Un siffatto apprezzabile intento viene perseguito dal Parlamento specificando che le "misure appropriate" che gli Stati membri potranno adottare includono la possibilità di prevedere clausole sociali retributive piuttosto vincolanti[81]. Resta da verificare in che misura tali previsioni di diritto secondario potranno incidere, ove confermate, sulla interpretazione del diritto primario dell'Unione in tema di concorrenza e di libera prestazione di servizi *cross border*, come noto non sempre interpretato dalla Corte di giustizia, e anche dalle Corti nazionali, nel senso di ammettere la possibilità di clausole sociali facenti riferimento a standard di tutela posti in sede negoziale (con la "aggravante", in Italia, dell'ostacolo posto dall'art. 39 Cost.).

3. Conclusioni: work in progress…

Tutto quanto sin qui esposto autorizza, anzi impone, una "sospensione del giudizio" sugli esiti di una iniziativa europea sul salario minimo adeguato ancora *in fieri*, nonché, a maggior ragione, sull'impatto che essa potrà avere sul parallelo percorso decisionale in corso nell'ordinamento interno.

Quel che si può con sufficiente certezza allo stato affermare è che la futura adozione della Direttiva nel testo attualmente in discussione non renderebbe un intervento del legislatore interno necessario: né nella forma della introduzione di un salario minimo legislativamente determinato, né nella forma di una estensione in via eteronoma dei salari contrattuali.

Ciò premesso, resta da chiedersi se e come l'adozione di una Direttiva europea possa incidere o condizionare un eventuale esito legislativo delle molteplici proposte attualmente in discussione nell'ordinamento interno. Non è per nulla certo che ciò avvenga, ma ove il Parlamento italiano dovesse decidere – prima e/o a prescindere dalla Direttiva, i cui tempi di attuazione si misurerebbero presumibilmente in anni - di intervenire sul tema del salario minimo, è presumibile che si prospetterebbe allora l'esigenza di definire anche la "misura" di un salario minimo considerato adeguato. Sul punto, potrebbe essere opportuno verificare, quantomeno in termini di riferimento di massima, quale parametro quantitativo verrà adottato dalla Direttiva: se il parametro del 60% del salario mediano, che parrebbe potersi collocare, a seconda di diverse ricerche riferite al mercato del lavoro italiano, tra i 7,65 e gli 11,25 Euro lordi orari; o piuttosto quello del 50% del salario medio, quantificabile tra i 10,59 e i 14,04 Euro lordi orari.[82] Rispetto ai richiamati parametri, comunque allo stato non vincolanti per le ragioni prima esposte (*supra*, §. 2.3), potrà essere valutata la plausibilità delle diverse soglie quantitative su cui attualmente si sta appuntando il dibattito interno, fermo restando – ma è tema che fuoriesce dai confini di questo scritto – che al riguardo

---

[80] V. il documento di sintesi dei lavori del Consiglio citato alla nota n. 10.

[81] Nel testo inglese, *"the possibility to introduce mandatory awarding and contract performance conditions"*

[82] I due estremi delle due "forchette" corrispondono alle cifre rispettivamente indicate dalla ricerca di Cai e Naticchioni citata alla nota n. 20, e dalla *Nota per l'audizione presso la Commissione 14ª del Senato della Repubblica del 11.01.2021*, predisposta dall'Istituto Nazionale per l'Analisi delle Politiche Pubbliche (INAPP), reperibile all'indirizzo https://oa.inapp.org/xmlui/bitstream/handle/12-3456789/815/INAPP_Proposta_Salario_Minimo_UE_Nota_Audizione_Senato_11_gennaio_2021.pdf?sequence=4&isAllowed=y

ineludibile e urgente appare fare chiarezza in merito al reale significato di una qualunque soglia numerica in un ordinamento come quello italiano nel quale la struttura retributiva si articola in una serie di voci (tra tutte, la quota di mensilità supplementari e di TFR) che impongono una previa e condivisa definizione della stessa nozione di salario orario minimo.

Il divieto di licenziamento per ragioni economiche nel biennio 2020 – 2021*

Valerio Speziale

1. La pandemia da Covid 19 e il fondamento giuridico dei provvedimenti adottati per affrontare l'emergenza sanitaria. 29

2. Il blocco dei licenziamenti economici e le finalità perseguite dal legislatore. 31

3. Le tecniche utilizzate. 34

4. La compatibilità del divieto di licenziamento con la Costituzione. 37

5. Il blocco dei recessi e la sua coerenza con le fonti europee. 43

6. I licenziamenti vietati: profili soggettivi (i datori di lavoro) e oggettivi (le tipologie di licenziamento). 47

7. Gli effetti derivanti dalla violazione del divieto. 51

8. Le deroghe al divieto di licenziamento. 55

Riferimenti bibliografici 58

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 449/2022

1. La pandemia da Covid 19 e il fondamento giuridico dei provvedimenti adottati per affrontare l'emergenza sanitaria.

La pandemia da Covid 19, nel momento in cui si scrive (Gennaio 2022) e nonostante l'ampia diffusione dei vaccini, sta vivendo una ulteriore fase virulenta legata alla persistenza della variante Delta e a quella nuova Omicron. Si è in presenza di un evento epocale, la cui diffusione generalizzata a livello mondiale ha determinato condizioni di emergenza sanitaria mai viste in precedenza, soprattutto per la estensione a livello internazionale, i potenziali effetti sulla salute dell'essere umano e i suoi riflessi sui sistemi economici, politici e sociali[83]. La nuova patologia richiama epoche storiche contrassegnate da pandemie devastanti (quali quelli della peste e del colera) e, in tempi più recenti, dalla «influenza spagnola», che, tra il 1918 – 1919, ha colpito circa 200 milioni di persone nel mondo, causando oltre 10 milioni di morti (si è parlato addirittura di 50 milioni)[84]. Rispetto a questi eventi devastanti, per fortuna, i progressi della scienza medica hanno consentito di trovare soluzioni che hanno fortemente ridotto l'impatto della patologia, soprattutto nei suoi effetti più pericolosi e letali.

La nuova malattia ha rimesso in discussione postulati fondamentali del nostro modello di sviluppo economico e sociale, perché i *lockdown* generalizzati hanno drasticamente ridotto il PIL, con i connessi riflessi su occupazione e redditi, mettendo anche in luce le debolezze di un sistema basato su una crescita costante della realizzazione di beni e servizi, che non ammette interruzioni anche se di breve periodo[85]. Il Covid 19, inoltre, ha avuto anche riflessi di carattere antropologico legati alla necessità di ridurre o eliminare la vicinanza e il contatto con gli esseri umani, quali possibili veicoli di trasmissione della malattia, modificando il nostro comune modo di vivere.

In questo contesto, gli ordinamenti giuridici statuali e sovranazionali (come l'Unione Europea) si sono trovati nella necessità di regolare l'impatto della pandemia sia sotto il profilo sanitario (con provvedimenti restrittivi della libertà di circolazione e di contatto tra le persone e altri diretti a potenziare le strutture di cura), sia dal punto di vista economico e sociale, per sostenere i sistemi produttivi e i livelli di reddito dei cittadini.

Per quanto riguarda il nostro paese, il fondamento giuridico dei provvedimenti emergenziali emessi va rinvenuto in fonti primarie che legittimano atti eccezionali legati all'emergenza sanitaria (art. 32 della l. 833/1978 e il d.lgs. 1/2018, «Codice della protezione civile»). Esse consentono l'adozione di procedure particolari e di atti normativi che derogano al regime ordinario delle fonti e alla stessa normale dinamica tra Parlamento e Governo. La dichiarazione dello stato di

---

[83] Vi sono state, in tempi recenti, emergenze sanitarie importanti, come quelle legate all'AIDS degli anni '90 (e tuttora esistente, seppure in forma meno drammatica per la diffusione di strumenti di cura efficaci) e della Sars 2002 – 2004 (dovuta ad un Coronavirus). Tuttavia, la pandemia Covid 19, rispetto agli eventi descritti, presenta caratteri peculiari (quali la sua dimensione globale che riguarda milioni di persone e il numero di infetti e deceduti), che la rende un *unicum*.

[84] Cfr. la voce *Influenza Spagnola*, *Enciclopedia Treccani on line*, in *https://www.treccani.it*

[85] In Italia il lockdown generale – che non ha peraltro riguardato circa il 30% delle attività di produzione di beni e servizi - c'è stato dall'8 marzo ai primi di maggio del 2020, con riaperture graduali delle attività, che hanno ripreso normalmente a giugno del 2020. Successivamente, le ulteriori restrizioni non si sono tradotte nel blocco assai ampio delle attività produttive, ma in limitazioni connesse ai differenti livelli di diffusione epidemiologica (con le «zone gialle, arancioni e rosse»). Tuttavia, questa situazione ha determinato una diminuzione del Pil nazionale di circa il 9% (v. *infra* § 4), nonostante il breve periodo di interruzione quasi totale della produzione, che non tollera impedimenti che riducano il suo movimento incessante.

emergenza (artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del d.lgs. 1/2018) è all'origine delle varie deroghe, tra cui l'utilizzazione dei Decreti legge e dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), che hanno caratterizzato la produzione normativa degli ultimi due anni[86]. E l'utilizzazione delle fonti primarie, ovviamente, trova il proprio fondamento nella Costituzione, come messo in evidenza da uno dei più importanti costituzionalisti italiani[87].

Lo stato di emergenza, peraltro, ha sollecitato anche un ampio dibattito tra i pubblicisti in relazione sia al fondamento normativo della produzione giuridica, sia in rapporto alla eventuale alterazione dei tratti fondamentali del nostro ordinamento, con esiti interpretativi molto diversi. Un dibattito che ha visto posizioni diverse, tese ora a sottolineare la legittimità degli atti adottati ora la loro contrarietà alla Costituzione e alla legge[88]. Non intendo, ovviamente, esaminare in modo approfondito questi profili di diritto pubblico, che oltretutto esulano dall'oggetto della mia analisi sul blocco dei licenziamenti. Mi sembra peraltro che le osservazioni di Massimo Luciani («sul piano dei rapporti *formali* tra le fonti, le gravi preoccupazioni avanzate nel dibattito pubblico non [sono] fondate»)[89] siano convincenti, alla luce dell'approfondita analisi da lui compiuta. Con alcune precisazioni, peraltro. La prima è che il saggio di Luciani è del 10 aprile 2020 e alcune delle considerazioni svolte da questo autore, basate sulla temporaneità delle deroghe al sistema delle fonti, potrebbero essere radicalmente messe in discussione dopo che stato di emergenza e fonti derogatorie si protraggono da due anni[90]. La seconda è che, al di là di un dibattito teorico estremamente interessante, un rilievo determinante deve essere assegnato alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, per la sua autorevolezza ed incisività, può fornire utili elementi di valutazione della coerenza con la Costituzione dei provvedimenti normativi di carattere emergenziale.

Nel corso del 2021 i giudici della legge si sono espressi con due importanti decisioni. La prima (C. cost. 22 giugno 2021, n. 128) in materia di sospensione delle procedure esecutive immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore esecutato. La seconda (C. cost. 11 novembre 2021, n. 213) relativa alla improrogabilità del blocco degli sfratti per morosità previsto per l'emergenza Covid. Le due sentenze, ovviamente, sono modulate su discipline normative specifiche, caratterizzate, per ragioni di emergenza sanitaria, da una deroga alle previsioni ordinarie e da una «paralisi» temporanea delle stesse. Una situazione, come si vede, assimilabile al blocco dei licenziamenti in relazione a molti aspetti (temporaneità delle norme, via via estese nella durata per ragioni di perdurante permanenza della situazione di emergenza; divieto del compimento di determinate attività ecc.).

La Corte ha enucleato una serie di principi così sintetizzabili: a) la pandemia Covid 19 è una situazione eccezionale che ha determinato un' emergenza sanitaria dai tratti del tutto peculiari; b) questa situazione, che ha imposto l'arresto di numerose attività economiche, ha giustificato

---

[86] Per una ricostruzione approfondita delle fonti indicate nel testo e di quelle ulteriori in materia cfr. C. cost. 22.10.2021, n. 198, punti 3 e ss., del Considerato in diritto.

[87] Luciani 2020, 113 ss.

[88] Oltre a Luciani 2020 (cit. nella nt. precedente), cfr. Azzariti 2020, I ss. V. anche Cosio 2021, 6 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche sui pubblicisti che hanno analizzato il tema).

[89] Luciani 2020, 112. In senso analogo Azzariti 2020, III.

[90] Luciani, infatti, (2020, 119 ss.) sostiene che la reiterazione della decretazione d'urgenza, inizialmente giustificata, non sarebbe legittima se l'emergenza si fosse protratta per vari mesi (come in effetti è accaduto).

l'emanazione di «un'ampia e reiterata normativa dell'emergenza con l'impiego di consistenti risorse economiche nella logica della solidarietà collettiva», in un contesto che «ha chiamato in causa, altresì, la solidarietà economica e sociale a cui ciascuno è tenuto nell'esercizio dei propri diritti»[91]; c) «in questa eccezionale situazione di emergenza sanitaria, la discrezionalità del legislatore nel disegnare le misure di contrasto della pandemia, bilanciando la tutela di interessi e diritti in gioco, è più ampia che in condizioni ordinarie»[92]; d) tale discrezionalità, per realizzare «il dovere di solidarietà sociale», può essere esercitata in modo tale da determinare il «temporaneo sacrificio di alcuni […] a beneficio di altri maggiormente esposti»;[93] e) «l'emergenza può giustificare solo in presenza di circostanze eccezionali e per periodi di tempo limitati la prevalenza» delle esigenze di alcuni rispetto ad altri[94]; f) inoltre deve sussistere «un ragionevole bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto, da valutarsi considerando la proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da realizzare e alle finalità da perseguire»[95]; g) infine «la significativa estensione temporale dell'emergenza (rende) necessario il progressivo adattamento delle misure apprestate per fronteggiarla, in modo da tenere nel debito conto la concreta evoluzione della situazione epidemiologica e assicurare sempre la proporzionalità delle misure medesime rispetto alla situazione»[96].

Al di lì dei provvedimenti adottati dalla Corte nelle specifiche situazioni sottoposte al suo giudizio, i principi descritti sono tali da consentire una valutazione della costituzionalità delle varie disposizioni emergenziali emesse nel corso degli ultimi due anni nelle materie più diverse[97]. Essi sono utili anche per esprimere un giudizio di coerenza o meno con la Costituzione della disciplina del blocco dei licenziamenti (v. § 4), che, come si è detto, è ispirata alla medesima logica dell'emergenza a fondamento delle normative scrutinate dalla Corte.

2. Il blocco dei licenziamenti economici e le finalità perseguite dal legislatore.

Il divieto dei licenziamenti collettivi e individuali ha trovato la sua prima espressione normativa nell'art. 46 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, nella l. n. 27/2020). Per un termine iniziale di 60 giorni, poi esteso a cinque mesi[98], il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non poteva procedere al licenziamento ai sensi dell'art. 3 della l. 604/1966. Venivano sospese anche le procedure di licenziamento collettivo con decorrenza dal 23 febbraio 2020 e, con modifica successiva[99], i tentativi obbligatori di conciliazione ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604/1966.

---

91 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.2 del Considerato in diritto.

92 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.3 del Considerato in diritto.

93 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.3 del Considerato in diritto. In questo caso i soggetti sacrificati sono «i creditori procedenti *in executivis*».

94 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.4 del Considerato in diritto.

95 C. cost. 128/2021, cit., punto 8 del Considerato in diritto.

96 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.4 del Considerato in diritto.

97 In tal senso, ad es., Cosio, in Cosio, Vidiri 2021, 3 – 4 per il richiamo a queste sentenze e al dovere di solidarietà sociale.

98 Art. 80, c. 1, lett. a, del D. L. 19 maggio 2020, n. 34,

99 Sempre con l'art. 80 del D.L. n. 34/2020.

Da quel momento sono stati emanati molti successivi atti normativi, sempre sotto forma di Decreti legge (poi convertiti con modificazioni), che, oltre a prorogare la durata dei divieti, hanno introdotto anche ulteriori innovazioni, sia con la previsione di deroghe, sia legando il blocco in modo più stretto alla cassa integrazione guadagni, con formulazioni diverse che hanno sollecitato un intenso dibattito in materia[100]. Le ultime normative emesse[101], dopo aver ribadito il divieto generalizzato per tutte le imprese sino al 30 giugno 2021, hanno introdotte regole differenziate in relazione al trattamento cig confermando il blocco sino al 31 ottobre 2021 e poi estendendolo, con ulteriori criteri selettivi (connessi anche alle tipologie di produzione, al numero dei dipendenti), sino al 31 dicembre 2021[102]. Gli atti normativi emanati alla fine del 2021 hanno prorogato lo stato di emergenza sino al 31 marzo 2022[103], ma non hanno confermato il divieto dei licenziamenti economici collettivi ed individuali. Per la prima volta, dunque, la dichiarazione della situazione emergenziale, che era il presupposto della normativa analizzata, è stato distinta dalle regole in tema di licenziamenti economici, che avevano proceduto sempre in stretta coordinazione con la prima.

Nel momento in cui si scrive, dunque, la disciplina in materia di blocco dei recessi non è più vigente e l'analisi, quindi, assume più un valore storico che di interpretazione delle regole vigenti. Tuttavia, l'esame del divieto mantiene una sua attualità. Da un lato, infatti, si tratta di un complesso normativo che, per la sua eccezionalità e per i delicati problemi giuridici che ha posto (anche in rapporto alla sua coerenza con la Costituzione e con le fonti europee), merita certamente di essere approfondito. D'altro canto, la situazione di emergenza epidemiologica sembra essere tutt'altro che risolta e, anzi, in questo momento il numero dei contagi sta di gran lunga superando anche i «picchi» pandemici registrati in precedenza. Con la conseguenza che, purtroppo, una evoluzione così drammatica della situazione potrebbe non escludere ulteriori interventi legislativi quali quelli già adottati in passato.

Vi è stata ampia condivisione, tra tutti coloro che hanno commentato la normativa emergenziale in tema di licenziamenti, come si sia tratto di disposizioni eccezionali, che hanno trovato riscontro soltanto nel divieto di licenziamento per i lavoratori dipendenti per alcune tipologie di imprese dell'Alta Italia[104]. Tale blocco, originariamente previsto per breve tempo, venne gradualmente prorogato (con la previsione di alcune modifiche ed eccezioni) sino all'agosto del 1947, con una durata quasi analoga a quello legato alla pandemia[105]. E l'eccezionalità dell'intervento è confermata anche dal fatto che un divieto di licenziamento non è mai stato previsto anche in presenza

---

[100] V. *infra* § 3. Per una ricostruzione della evoluzione della disciplina in materia cfr., tra gli altri, Maresca 2021, 2 – 4; Cosio, in Cosio, Vidiri, 2021, 5 – 7; 17 – 18; Ballestrero 2020, 5 – 7.

[101] Art. 8, c. 9 – 11, del D.L. 22.3.2021, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla L. 21.5.2021, n. 69; art. 40, c. 3, 4 e 5 del D.L. 25.5.2021, n. 73, convertito, con modificazioni, dalla L. 23.7.2021, n. 106; art. 3, c. 1, 2 e 3, del D.L. 20.7.2021, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla L. 16.9.2021, n. 125; art. 11, c. 7 e 8, del D.L. 21.10.2021, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla L. 17.12.2021, n. 215.

[102] Per un riepilogo assai dettagliato dei diversi regimi normativi cfr. Circolare Inps 1.12.2021, n. 180 e 23.12.2021, n. 196, in *https://www.inps.it*

[103] D.L. 24 dicembre 2021, n. 221, che ha confermato la proroga dello stato di emergenza che era stata già deliberata dal Consiglio dei Ministri il 14 dicembre 2021.

[104] Cfr. il D.Lgt. 21 agosto 1945, n. 523.

[105] In tale senso Scarpelli 2020, 313; M.T. Carinci 2020, 572 - 573; De Luca 2021, 4; Cosio 2021, 3 – 4; Cosio, in Cosio, Vidiri 2021, 3; Ballestrero 2020, 4 che, peraltro, cita anche il divieto di cui alla l. 675/1977.

di eventi catastrofici (terremoti, alluvioni), che spesso interessano il nostro paese e tali, in molti casi, da determinare la paralisi, in zone territorialmente definite, dei processi produttivi. Con la conseguenza che la radicalità della situazione avrebbe certamente legittimato, in tali contesti geografici, divieti analoghi a quelli legati alla pandemia, che, tuttavia, non sono mai stati realizzati. La peculiarità dell'intervento normativo è legata peraltro alla unicità del fenomeno pandemico, sia per la sua dimensione globale, sia per l'estensione generalizzata dei *lockdown*, sia per i riflessi economici e sociali che, in un mondo sempre più interdipendente, il Covid 19 ha determinato.

Ritengo anche di condividere l'opinione di chi ha sottolineato come la finalità del blocco non possa essere individuata nella dimensione atomistica del singolo rapporto di lavoro (nel bilanciamento tra interesse dell'impresa e del lavoratore), ma vada inquadrata in un contesto più ampio di «ragioni di ordine pubblico generale e economico»[106], inteso quale «limite all'autonomia dei privati in funzione dei superiori interessi su cui si fonda e che caratterizzano l'ordinamento giuridico», con particolare rilievo ai diritti tutelati dalla Costituzione[107]. Il divieto, dunque, persegue «una pluralità di *rationes*»[108]: garantire continuità di occupazione e di reddito ai lavoratori in un momento di paralisi delle attività economiche; evitare la disgregazione del tessuto produttivo del Paese con la perdita del «capitale umano»; mantenere le possibilità di consumo; assicurare la stabilità del mercato e del sistema economico, prevenire la conflittualità e incrementare la coesione sociale ecc.[109]. Inoltre, il collegamento tra divieti, cassa integrazione gratuita per le imprese e possibili incentivi di carattere economico per i datori di lavoro, se ha inteso ridurre gli impatti economici negativi connessi al blocco, si è anche ispirato «alla dimensione giuridica della solidarietà» e a un «modello di responsabilità sociale dell'impresa che si gioca tra vincoli, sostegno, condizionalità»[110]. Questa tesi ha poi trovato conferma nelle sentenze della Corte costituzionale che parlano di «solidarietà collettiva … economica e sociale»[111].

La normativa ha certamente prodotto i suoi effetti. Essa, tuttavia, non ha determinato una esclusione totale dei licenziamenti economici, legata alle eccezioni introdotte al divieto e anche ad un'ulteriore modalità di recesso per ragioni economiche, accompagnata da una conciliazione in sede assistita, che verranno successivamente esaminate (v. § 8). Nel corso del 2020, comunque, rispetto al 2019 vi è stata poco meno della metà dei licenziamenti di questo tipo[112]. Inoltre, secondo la Banca d'Italia, le diverse misure anticrisi varate dal governo (cig, blocco dei licenziamenti

---

[106] M.T. Carinci 2020, 572; Bronzini 2021, 3 ss.

[107] Ferri 1980, 1053. La tutela dell'ordine pubblico quale fondamento della disciplina in tema di divieto di licenziamenti economici è stata messa in evidenza da alcune pronunce giurisdizionali in materia (Trib. Mantova, 11.11.2020, n. 112, in *Dejure*, 3; Trib. Roma, 26.2.2021, in *Dejure*, 2).

[108] Scarpelli 2020, 315.

[109] In senso analogo anche M.T. Carinci 2020, 572 – 573. Sulle finalità del divieto cfr. anche Bronzini 2021, 3, 6 e 18; Maresca 2021, 5; De Luca 2021, 2 – 3; Ballestrero 2020, 9 (che critica l'opinione negativa espressa da Ichino in relazione a questa disciplina). Si veda anche Trib. Mantova 11.11.2020, n. 112, cit., 3 (che parla anche della esigenza di «salvaguardare la stabilità del mercato e del sistema economico», qualificando l'intervento legislativo come «una misura di politica del mercato del lavoro e di politica economica collegata ad esigenze di ordine pubblico»).

[110] Scarpelli 2020, 315.

[111] V. *retro* § 1 testo e nt. 9 e ss.

[112] I recessi sono stati 244.153 nel 2020 e 502.462 nel 2019 (cfr. *Osservatorio sul precariato Inps Gennaio – Dicembre 2020*, in *www.inps.it*).

e sostegno alle imprese) hanno tutelato nel 2020 circa 400 mila posti di lavoro[113]. Mentre, con riferimento specifico solo ai recessi, sempre in relazione al medesimo anno, i licenziamenti evitati sarebbero nell'ordine di 200- 300 mila[114].

La fine del blocco generalizzato, avvenuta il 30 giugno 2021, ha comportato che il numero dei licenziamenti economici registrati «si è significativamente avvicinato al livello del 2019 (da un rapporto continuo, per mesi precedenti, attorno al 20-30% si è saliti all'80%) ma non l'ha comunque raggiunto e nei successivi mesi di agosto e settembre non si è verificato un ulteriore avvicinamento»[115]. Una conferma che la fine del divieto ha incrementato i recessi per ragioni economiche – che sarebbero stati certamente molto superiori senza l'intervento normativo – ma non ha determinato il temuto effetto moltiplicatore dei licenziamenti, che è stata la ragione fondamentale delle proroghe del divieto integrale fino alla metà del 2021 (e della sua modulazione sino al 31 ottobre e al 31 dicembre)[116]. La rimozione del blocco non ha prodotto un aumento molto accentuato dei recessi soprattutto per la forte ripresa, nell'anno appena finito, della crescita nella produzione di beni e servizi. Dal punto di vista sociale, dunque, si può dire che, in una valutazione diacronica del biennio 2020 – 2021, l'intervento legislativo ha raggiunto gli obiettivi sopra descritti ispirati ad istanze di solidarietà economica e sociale.

3. Le tecniche utilizzate.

Il divieto dei licenziamenti economici è stato realizzato con tecniche diverse. Questa alternanza di norme dal contenuto differente non ha certamente aiutato l'applicazione delle discipline di riferimento. Va detto, peraltro, a giustificazione di questa situazione, che le diverse previsioni hanno scontato una evoluzione normativa che ha tenuto conto della modificazione costante della realtà indotta dalla pandemia (che ha suggerito l'adattamento delle regole via via emanate), oltre che della volontà, da un certo momento in poi, di differenziare le ipotesi regolative, distinguendo tra tipologie di imprese o in base ad altri fattori.

La prima disposizione in materia[117] stabiliva il blocco senza alcun riferimento *diretto* alla cassa integrazione. E una norma analoga è l'art. 12, commi da 9 a 11, del D.L. 137/2020 (convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176). In queste ipotesi, in sostanza, vi era il divieto di licenziare per gmo (o la proibizione delle procedure di licenziamento collettivo o la sospensione di quelle già avviate), senza alcuna condizionalità legata al godimento (effettivo o teorico, come si vedrà) della cig. Tuttavia, come si è opportunamente osservato, sin dal primo decreto legge (18/2020) il legislatore ha previsto una nuova ipotesi di cassa integrazione Covid 19, con una causale di fatto automatica (legata alla esistenza della pandemia e non a specifiche situazioni connesse all'andamento dell'azienda o di un settore economico) e con un finanziamento

---

[113] Si veda il comunicato Ansa del 16 aprile 2021, in *https://www.ansa.it*

[114] I dati sopra indicati sono quelli elaborati da Bruno Anastasia in relazione alle rilevazioni Istat, Inps e Anpal (si veda il comunicato *Blocco dei licenziamenti, in un anno «salvati» 300 mila posti di lavoro*, in Corriere.it del 16 marzo 2021, in *htpps://www.corriere.it*).

[115] Cfr. Inps, *Osservatorio sul precariato, Gennaio – settembre 2021*, in www.inps.it.

[116] Si vedano le considerazioni espresse nel *Rapporto del Ministero del lavoro, della Banca d'Italia e dell'Anpal* del 22 gennaio 2022, 2 (in *https://www.bancaditalia.it*).

[117] Art. 46 del D.L. n. 18/2020, convertito con modificazioni, dalla L. 24.4.2020, n. 27.

riferito alla fiscalità generale, senza oneri aggiuntivi per le imprese. In sostanza, dunque, è stato immediatamente previsto lo «scambio tra divieto di licenziare e Cig gratuita» con le imprese che non hanno dovuto sopportare il costo del mantenimento dei dipendenti assunti a tempo indeterminato[118]. Questa impostazione è stata sempre mantenuta nei vari interventi normativi[119]. Vi è stata anche la previsione, in alcuni casi, di esoneri contributivi in alternativa alla cig e nel contesto di ulteriori aiuti finanziari di vario genere a favore delle imprese (anche di fonte europea), realizzati con le modalità più diverse (cancellazione di imposte, erogazione di contributi a fondo perduto, moratorie su rate di prestiti e mutui, crediti di imposta ecc.)[120]. Sin dall'origine, dunque, il blocco dei licenziamenti è stato imposto in un contesto di forte sostegno economico delle imprese, sia per i profili attinenti al costo del lavoro dei dipendenti non licenziabili, sia con altri interventi di carattere più generale[121].

In un secondo momento, si è stabilito che il divieto di licenziamento operasse nei confronti dei datori di lavoro che non avessero «integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica del covid 19 di cui all'articolo 1 ovvero dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali di cui all'articolo 3 del presente decreto»[122]. Si è giustamente osservato che la formulazione letterale della disposizione (rafforzata dall'avverbio «integralmente») presuppone la fruizione effettiva della cig e dell'esonero contributivo[123] e non la sola teorica possibilità di avere accesso a tali istituti, come prospettato da alcune interpretazioni[124]. Quest'ultima lettura della disposizione, se comprensibile rispetto alla *ratio* della normativa («l'interrelazione tra divieto di licenziamenti economici e disponibilità degli ammortizzatori per compensare i costi determinati dal divieto»)[125], trova un ostacolo insuperabile nella chiarezza di quanto previsto dall'art. 14 (dove si parla di fruizione integrale) e nella essenzialità del canone della interpretazione letterale. D'altra parte, nell'Agosto del 2020 vi era una netta regressione della pandemia che, illusoriamente, si credeva fosse ormai sparita. Con la conseguenza che il mutamento della situazione poteva suggerire un approccio più *soft*, lasciando alle imprese la scelta tra utilizzare la cig Covid (con il divieto di licenziamento) e il mancato ricorso all'ammortizzatore sociale con il possibile esercizio del potere di recesso, in base, quindi, ad una *ratio* normativa diversa da quella accolta dai fautori della tesi qui criticata.

---

118 Ballestrero 2020, 7 – 8.

119 L'art. 8 del D. L. 41/2021, che ha graduato temporalmente il divieto di licenziamento, ha previsto che le imprese avrebbero potuto continuare a usufruire della cig Covid 19 «per la durata massima di ventotto settimane dal 1° aprile al 31 dicembre 2021», senza dovere versare «alcun contributo addizionale» (art. 8, comma 2): Maresca 2021, 9.

120 Per una visione d'insieme degli interventi economici introdotti a livello nazionale ed europeo si rinvia al comunicato del Ministero dell'Economia e Finanza del 20.9.2020 (*Sostegno alle imprese e all'economia*, in *https://www.mef.gov.it*) e a quello della Commissione Europea (*Sostegno alle imprese europee durante la pandemia*, in https://ec.europe.eu).

121 In tal senso anche Bronzini 2021, 20 ss. e Maresca 2021, 7.

122 Art. 14, c. 1, del D.L. 14.8.2020, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla L. 13.10.2020, n. 126.

123 Maresca, 2020, 4 – 5; Id. 2021, 6.

124 Per l'analisi delle diverse opinioni in materia cfr. Ballestrero 2020, 11 – 13 (a cui si rinvia per le indicazioni bibliografiche) e Cosio in Cosio, Vidiri, 2021, 4 – 5. A favore della tesi secondo cui il divieto opererebbe anche nel caso di sola possibilità teorica di accesso alla cig, v. Bronzini 2021, 20 – 21.

125 Ballestrero 2020, 13.

La tecnica normativa è ulteriormente cambiata con l'art. 8, commi 9 e 10, del D. L. 41/2021 (convertito, con modificazioni, nella L. 69/2021). In questo caso, infatti, il divieto si riferisce ai datori di lavoro previsti nei commi 1 e 2 del medesimo decreto legge e cioè a quelli che «possono presentare, per i lavoratori in forza alla data di entrata in vigore del presente decreto, domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale». La nuova formulazione ha riproposto il dilemma già prospettato in relazione all'art. 14 del D.L. n. 104/2020 (anche se, a mio avviso, per questa disposizione, come si è detto, del tutto ingiustificato). L'art. 8 prevede il blocco dei licenziamenti solo per le imprese che effettivamente fruiscono della cig o la estende anche a quelle che, pur non utilizzando l'ammortizzatore sociale, sono teoricamente in condizione di poterne avere la concessione? La questione è stata così controversa da dare vita a due diverse relazioni illustrative al decreto legge. La prima spiegava che il divieto riguardava «i soli datori di lavoro che fruiscono dei trattamenti di integrazione salariale». La seconda, «che è quella *ufficiale* in quanto è stata allegata al disegno di legge n. 2144 trasmesso dal Governo al Senato il 22 marzo 2021 per la conversione in legge del D.L. n. 41/2021»[126], sosteneva che il blocco operava «per i soli datori di lavoro […] che possono usufruire dei trattamenti di integrazione salariale». Si è giustamente affermato che era evidente «la volontà del Governo di imporre la prosecuzione del blocco dei licenziamenti ai datori di lavoro che per la causale COVID-19 hanno titolo a chiedere (anche se decidono di non avvalersene) la CIG in deroga, l'assegno ordinario o l'integrazione salariale operai agricoli (trattamenti erogati da CIGD, FIS, Fondi bilaterali e CISOA)»[127].

Mi sembra di poter concordare con l'intento dell'Esecutivo sopra indicato. In questo caso, in verità il legislatore, pur non utilizzando una formulazione chiarissima, ha voluto distinguersi da quanto aveva già affermato in precedenza. Quando si era voluto legare il blocco al godimento effettivo della cig si sono utilizzate parole diverse («integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale») che, a mio giudizio, non consentono equivoci perché ci si riferisce alla utilizzazione completa ed effettiva (questa è la «fruizione») dell'ammortizzatore sociale. Mentre il riferimento alla sola «possibilità» della istanza di concessione della cig lascia intendere che non importa se l'integrazione salariale sia stata effettivamente richiesta, ma si considera solo il teorico diritto ad accedere all'ammortizzatore sociale in deroga (e gli altri trattamenti) previsti dal comma 2 dell'art. 8 del D. L. 41/2021. Per argomentare la tesi contraria, si è cercato di valorizzare la prima parte del comma 1 dell'art. 8 che fa riferimento ai «datori di lavoro privati che sospendono o riducono l'attività lavorativa» e a coloro, quindi, che vengono «identificati dalla norma in relazione alla decisione da loro assunta di sospendere o ridurre l'attività dei dipendenti ricorrendo a forme di integrazione salariale pur sempre agevolate»[128]. In tal modo, peraltro, il rinvio contenuto nel comma 10 dell'art. 8[129] viene letto in modo parziale e in relazione solo alla prima parte della disposizione obliterando le parole «possono presentare […] domanda per i trattamenti». La lettura integrale della norma fa comprendere come le sospensioni e riduzioni di orario sono solo il presupposto per la richiesta di ammortizzatori sociali (come è normale che sia), la cui teorica utilizzabilità è di per sé sufficiente a giustificare il blocco. Si è cercato anche di motivare la tesi qui

---

[126] Maresca 2021, 11.

[127] Maresca 2021, 12.

[128] Maresca 2021, 12.

[129] «Dal 1° luglio al 31 ottobre 2021 ai datori di lavoro di cui ai commi da 2 a 8 resta precluso […]».

criticata in base ad una interpretazione costituzionalmente orientata della lettura congiunta del primo e secondo comma dell'art. 8[130]. Non mi sembra un argomento decisivo, perché in entrambi i casi il blocco è legato alla medesima teorica possibilità di accedere agli ammortizzatori sociali, con una distinzione che attiene alle tipologie di trattamento ma non incide sull'aspetto essenziale della formulazione letterale utilizzata, che è identica. La interpretazione qui sostenuta è stata di recente ribadita dall'Inps, con una propria Circolare (la 196 del 23.12.2021), secondo cui il blocco dei licenziamenti sino al 31 ottobre 2021 opera per «i soli datori di lavoro che abbiano la possibilità di accedere ai trattamenti di integrazione salariale con causale COVID-19 di cui all'articolo 8, commi 2 e 8 del decreto-legge n. 41 del 2021, e cioè per i datori di lavoro potenzialmente destinatari dei trattamenti citati a prescindere dalla circostanza che abbiano o meno fatto domanda»[131].

Negli ultimi interventi normativi del 2021, il legislatore è ritornato a disposizioni che impongono il divieto di licenziamenti economici «ai datori di lavoro che presentano domanda di integrazione salariale […]»[132]. Il tenore chiaro delle disposizioni lega il blocco all'effettiva richiesta di ammortizzatori sociali ed è stata interpretata dall'Inps come legata anche all'autorizzazione al godimento del beneficio[133].

Si può concludere che, pur con diverse tecniche di intervento, il legislatore ha sempre voluto connettere il divieto dei licenziamenti agli ammortizzatori sociali, in un contesto di aiuti economici generalizzati alle imprese. In alcuni casi si è prevista la condizionalità, ora legata al godimento effettivo o alla possibilità teorica di avere le integrazioni salariali (o altri benefici), ora connessa alla loro concreta utilizzazione. E tale diversità ha trovato fondamento in approcci diversi sul rapporto di strumentalità tra cig e blocco dei recessi, a volte non imposto (come nei primi interventi normativi), in altri casi più vincolante (quando si è previsto il divieto anche in relazione alla mera possibilità di accesso agli ammortizzatori sociali), in altri meno stringente (nelle ipotesi di godimento effettivo dei trattamenti). Una distinzione che è anche connessa al differente livello di emergenza pandemica dei periodi temporali in cui i vari decreti legge sono stati emanati.

4. La compatibilità del divieto di licenziamento con la Costituzione.

Il divieto di licenziamenti economici, realizzato non solo in Italia ma anche in altri Paesi europei[134], ha sollevato il problema della compatibilità di questa normativa con la Costituzione e le fonti europee.

La questione ha certamente perso oggi la sua rilevanza pratica. A differenza di quanto accaduto in altri ambiti del diritto, non risulta che, nel contenzioso sviluppato a seguito della nuova disciplina, siano state sollevate questioni di costituzionalità o vi siano stati rinvii alla Corte di Giustizia

---

130 Maresca 2021, 13.

131 La Circolare è reperibile in *www.inps.it*

132 Art. 40, c. 4, del D. L. 73/2021 (convertito, con modificazioni, dalla l. 106/2021); art. 3, c. 2, del D.L. 103/2021 (convertito, con modificazioni, dalla L. 125/2021); art. 11, c. 7, del D.L. 146/2021 (convertito, con modificazioni, dalla L. 215/2021).

133 Cfr. la Circolare Inps n. 180 del 1.12.2021, reperibile in www.inps.it.

134 V. M.T. Carinci 2020, 176 ss., a cui si rinvia per l'analisi delle altre realtà europee che hanno adottato discipline analoghe a quella nazionale.

Europea (CGE)[135]. Inoltre, l'esaurimento dell'efficacia temporale della normativa ha ulteriormente ridotto il rilievo della problematica, anche in considerazione dei termini di decadenza connessi all'impugnazione del recesso e all'instaurazione di giudizi ordinari. Anche se, in linea teorica, i licenziamenti effettuati nella seconda parte del 2021 potrebbero ancora essere contestati dinanzi al Giudice del lavoro e la questione di costituzionalità o di rinvio alla CGE potrebbero essere sollevate, visto la rilevanza del tema incidente sulla astratta legittimità dei recessi[136]. La coerenza con la Costituzione o con le fonti europee del blocco dei licenziamenti ha quindi un rilievo ormai prevalentemente (se non esclusivamente) teorico, salvo eventuali reiterazioni di tale normativa legate ad evoluzioni imprevedibili della pandemia. Si tratta, peraltro, di un profilo giuridico di estremo interesse, anche per l'assoluta novità delle questioni coinvolte.

La valutazione della conformità alla Costituzione delle norme sul divieto di licenziamento economico deve innanzitutto partire dalla individuazione dei principi costituzionali in gioco. Da un lato l'iniziativa economica privata di cui al primo comma dell'art. 41 Cost., in quanto il blocco dei recessi condiziona la libertà di dimensionare e organizzare la propria impresa, che trova fondamento nella disposizione indicata[137]. Dall'altro, oltre al secondo comma dell'art. 41 - che, con il suo riferimento alla utilità sociale e alla sicurezza, libertà e dignità umana limita il potere di iniziativa economica[138] -, va considerato «il particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35)», che ha lo scopo di «realizzare il pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 193, punto 6 del *Considerato in diritto*)»[139]. Tuttavia, accanto a tali principi, che sono quelli direttamente coinvolti nel binomio licenziamento/tutela del lavoro, ne vanno considerati altri. Essi sono la solidarietà politica economica e sociale di cui all'art. 2 Cost., che, come si è visto, è stata particolarmente valorizzata dalle recenti decisioni della Corte costituzionale legate alla pandemia[140]. Inoltre, la tutela, quale interesse individuale e collettivo, del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost[141]. Più in generale vanno considerate anche le esigenze di protezione dell'ordine pubblico generale ed economico, con gli annessi limiti all'autonomia

---

[135] Come è invece accaduto in relazione ai contenziosi poi decisi dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 128/2021, 213/2021 e 198/2021 (v. *retro* § 1).

[136] Se il divieto fosse incostituzionale, infatti, i licenziamenti effettuati nonostante l'esistenza del blocco non sarebbero illegittimi e il datore di lavoro avrebbe quindi interesse a sostenere questa tesi. Inoltre, il giudizio di costituzionalità sarebbe possibile, perché la disposizione censurata è, in base alla regola *tempus regit actum*, quella concretamente applicabile. Tale principio è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale anche in relazione alle norme abrogate che, pur non più vigenti, abbiano avuto concreta applicazione (tra le tante: C. cost. n. 25, 78, 117, 174 e 200 del 2020, in *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2020*, in www.cortecostituzionale.it, 121). Ed esso è a maggior ragione estensibile alle disposizioni non abrogate ma ad efficacia temporale limitata (che è poi il tratto comune con l'effetto abrogativo). Queste considerazioni sono applicabili anche all'eventuale rinvio alla CGE della disciplina analizzata.

[137] Infatti, l'iniziativa economica privata riguarda anche la possibilità di «disporre delle risorse, materiali e umane […], di organizzare l'attività produttiva, «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre» (Galgano 1982, 4). Sul tema cfr. anche Baldassarre 1971, 582 ss.; Luciani 2008, § 2.3 e 3.

[138] Cfr. gli a. citati nella precedente nota.

[139] C. cost. 8.11.2018, n. 194, in *Dejure,* 14, 15 e 19. La Corte ha confermato tali principi con le sentenze 150/2020 e 59/2021. Sul valore del lavoro nella giurisprudenza costituzionale mi permetto di rinviare a Speziale 2019, 101 ss.; Id. 2020, 746 ss.; Id. 2021, 247 ss. Sul significato del lavoro nella Costituzione, oltre ai miei saggi già indicati (con ampia bibliografia), cfr. Luciani 2008, § 2.1 e, in tempi recenti, Buzzacchi 2019 (a cui si rinvia per ulteriore bibliografia).

[140] V. *retro* § 1, testo e nt. 9 ss.

[141] In tal senso Cosio 2021, 10.

privata al fine di assicurare la realizzazione di diritti fondamentali di origine anche costituzionale, inclusi quelli connessi al lavoro[142]. Questi principi, infatti, sono il fondamento di tutti i provvedimenti emergenziali giustificati dalla diffusione del Covid 19, al cui interno devono essere ricondotte anche le norme sul blocco dei licenziamenti economici.

Inoltre, occorre prendere in considerazione la tecnica del bilanciamento, necessaria nel caso dell'esistenza «di un conflitto di diritti e interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparata»[143]. E la ponderazione dei diritti deve essere realizzata in base ai «test» di «necessità», «sufficienza», «proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da soddisfare e alle finalità perseguite»[144], oltre che di «ragionevolezza»[145]. In particolare, il criterio della «proporzionalità» implica che «la compressione di un diritto o interesse costituzionale» non sia eccessivo e «tale da annullarne il contenuto essenziale»[146]. La ragionevolezza e la proporzionalità, poi, richiedono che il bilanciamento venga effettuato «in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionalmente implicati (sentenza n. 63 del 2016 e 264 del 2012)»[147].

Questi principi, inoltre, devono essere adattati alle particolari esigenze nascenti dalla pandemia. Le sentenze della Corte costituzionale in precedenza analizzate (§ 1) sono, da questo punto di vista, molto utili perché consentono di avere un parametro di giudizio mirato rispetto alla situazione esaminata, e considerando anche che i giudici delle leggi non si sono mai occupati direttamente del blocco dei licenziamenti, se non con un precedente remoto non particolarmente significativo[148]. In questo caso, oltre al richiamo alla solidarietà collettiva e al bilanciamento con le caratteristiche già indicate, particolare rilievo assume il riferimento all'emergenza e alle caratteristiche che gli interventi normativi possono avere per regolarla.

A me sembra che, alla luce della pluralità di finalità perseguite dal blocco dei licenziamenti economici (già descritte in precedenza) e delle modalità con cui il divieto è stato realizzato, *in linea generale* (e salvo quanto verrà successivamente precisato), esso è sicuramente coerente con la Costituzione. È vero che vietare i recessi potrebbe essere considerato come il «sacrificio totale» di una manifestazione importante dell'iniziativa economica privata tale da «annullarne il

---

[142] Cfr. *retro* § 2, testo e nt. 24 ss.

[143] Morrone 2008, 196 (a cui si rinvia per la bibliografia essenziale sul tema, tra cui va ricompreso Bin 1992; Zagrebelsky 1992). Cfr., sul punto, anche Cosio 2021, 23 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

[144] C. cost. n. 128/2021, punto 8 del Considerato in diritto, con citazione di molti altri precedenti della Corte conformi.

[145] Sui test di ragionevolezza cfr. Morrone 2008, 196; Cartabia 2013, 10 ss.; Cerri, 2016, 625 ss.

[146] Morrone 2008, 196.

[147] Corte cost. n. 58/2018, in *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, in *https://www. cortecostituzionale.it*, 203. Cfr. anche Cosio 2021, 13 – 14. Si è espressa la tesi secondo cui «bilanciare» non significa «contemperare due principi», ma semplicemente applicarne uno mentre «l'altro è (momentaneamente) accantonato, disapplicato» (Guastini 2011, 210; Id. 2017, 134. In senso conforme Bavaro 2019, 185). Questa tesi, tuttavia, oltre ad essere stata contestata in dottrina, non è mai stata accolta dalla giurisprudenza costituzionale.

[148] Si veda Scarpelli 2020, 316, con il riferimento a C. cost. 10.2.1964, n. 6. Cfr. anche Ballestrero 2020, 10, che, a nt. 24, indica le sentenze della Corte costituzionale sulla legittimità della temporanea compressione dell'autonomia collettiva. Il richiamo a questa giurisprudenza, peraltro, non mi sembra opportuno vista la diversità delle situazioni prese in considerazione (anche perché qui, accanto a ragioni economiche, vi sono le motivazioni più ampie già analizzate, non certo applicabili nel caso delle sentenze sulla contrattazione collettiva).

contenuto essenziale» e quindi non coerente con la tecnica del bilanciamento. Tuttavia, come ha detto la Corte, l'esistenza di circostanze eccezionali può giustificare, «per periodi di tempo limitati» la prevalenza delle esigenze di alcuni rispetto agli altri (nel nostro caso dei lavoratori rispetto alle imprese)[149]. D'altra parte, il divieto non è stato assoluto, perché sono state previste varie eccezioni, che, come si è visto, hanno poco più che dimezzato nel 2020 i licenziamenti, senza inibirli del tutto. Il blocco, poi, è stato accompagnato sia dalla cassa integrazione gratuita per i datori di lavoro (sollevati così dal costo del personale ritenuto in esubero), sia da una pluralità di benefici economici a sostegno delle imprese, che certamente soddisfano il requisito della «proporzionalità dei mezzi scelti in relazione alle esigenze obiettive da realizzare e alle finalità da perseguire»[150]. Inoltre, se, accanto alla tutela dell'occupazione e ai diritti fondamentali connessi al lavoro previsti dalla Costituzione, si considerano le ulteriori finalità di ordine pubblico già esaminate (evitare la disgregazione del tessuto produttivo, preservare il «capitale umano», mantenere la possibilità di consumo, assicurare la stabilità del mercato ecc.) sembra difficile poter negare la legittimità costituzionale degli interventi normativi. E questo anche in considerazione della serietà ed estensione della crisi sanitaria, in relazione al numero dei contagiati, alle persone decedute, alla pressione a cui sono state sottoposte le strutture pubbliche di cura[151]. A tali vicende devono poi essere aggiunti i gravissimi danni economici che la pandemia ha prodotto, consistenti, nell'anno 2020, in una diminuzione del PIL dell'8,9%, nella riduzione dei consumi finali del 7.8%, nella perdita di 456 mila posti di lavoro ecc.[152]. Si tratta di condizioni che, anche in un giudizio *ex post* riferito al 2020, rafforzano ulteriormente, sotto il profilo della proporzionalità e degli obiettivi perseguiti, la coerenza tra divieti, valori costituzionali in gioco e il fine di garantire «la solidarietà collettiva».

A parte coloro che si sono espressi i termini radicalmente negativi rispetto al divieto dei licenziamenti economici (con un'opinione a mio giudizio non condivisibile), perplessità sono state manifestate in relazione al prolungamento del blocco in termini generalizzati sino al 30 giugno 2021 e poi in modo più selettivo sino al 31 ottobre e al 31 dicembre del medesimo anno[153].

Per valutare la costituzionalità di queste previsioni va ricordato che «la significativa estensione temporale dell'emergenza (rende) necessario il progressivo adattamento delle misure apprestate per fronteggiarla, in modo da tenere nel debito conto la concreta evoluzione della situazione epidemiologica e assicurare sempre la proporzionalità delle misure medesime rispetto alla situazione»[154]. Ed è altresì evidente che, oltre al livello della pandemia, dovranno essere considerati gli indici economici (crescita del Pil, livello di occupazione/disoccupazione ecc.). Se si analizza il

---

149 V. *retro* le sentenze citate nelle nt. 11 e 12.

150 Cfr. la sentenza della C. cost. cit. a nt. 13. Tra l'altro, le eccezioni al blocco rafforzano ulteriormente la valutazione sulla proporzionalità dei mezzi utilizzati.

151 Va ricordato che alla fine di dicembre 2020 il Ministero della Salute, nel suo Monitoraggio settimanale qui riferito al periodo 21 – 27 dicembre 2020 (reperibile in *https://www.salute.gov.it*), sottolineava come «l'epidemia in Italia si mantiene grave ancora a causa di un impatto elevato sui servizi assistenziali», con una situazione che «desta particolare preoccupazione».

152 I dati sono desumibili *dall'Annuario statistico Istat 2021*, in *https:/istat.it*, 8 e 12.

153 Cosio 2021, 11 ss. Cfr. anche Caruso 2020, 29 ss., secondo il quale il blocco dei licenziamenti sarebbe compatibile con l'art. 41, c. 1., Cost. solo se temporaneo, mentre il suo prolungamento ne comporterebbe l'incostituzionalità sopravvenuta.

154 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.4 del Considerato in diritto.

periodo gennaio – giugno 2021, si constata che nei primi mesi dell'anno la ripresa economica è stata molto stentata sia in relazione al Pil sia al tasso di occupazione, che è addirittura diminuito[155]. Soltanto nel secondo trimestre vi è stata una evidente accelerazione delle attività economiche[156], con significativi incrementi anche sul livello di occupazione[157]. D'altra parte, anche sul fronte dell'epidemia, la situazione è rimasta grave nei primi mesi del 2021, segnando un netto miglioramento soltanto in primavera e all'inizio dell'estate[158]. Alla luce di quanto messo in evidenza dalla Corte costituzionale (soprattutto in rapporto al bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto), mi sembra si possa asserire che, in considerazione della situazione sopra descritta e dei principi coinvolti dal divieto dei licenziamenti (iniziativa economica privata, tutela del lavoro, ordine pubblico economico, protezione della salute, solidarietà collettiva), il blocco sino al 30 giugno 2021 sia pienamente giustificato. Esso è cessato *in via generale* solo quando l'andamento dell'economia e la riduzione dell'emergenza epidemiologica si è consolidata, consentendo un ritorno ad una situazione di quasi normalità[159]. Una conclusione rafforzata anche dal fatto che «in questa eccezionale situazione di emergenza sanitaria, la discrezionalità del legislatore nel disegnare le misure di contrasto dell'epidemia […] è più ampia che in condizioni ordinarie»[160].

La situazione è diversa dal 1° luglio al 31 ottobre 2021. In questo periodo, infatti, l'economia è in piena ripresa[161], anche sotto il profilo occupazionale[162]. Inoltre, anche l'incidenza della pandemia è ridotta (4878 contagi al 30 ottobre 2021)[163], in un contesto, oltretutto, di elevata copertura vaccinale della popolazione. Tra l'altro, come si è visto, il divieto dei licenziamenti economici, in questo periodo, opera anche a prescindere dalla effettiva utilizzazione della Cassa integrazione (v. § 3). In questo modo si incide in modo ancora più accentuato nei confronti di quelle imprese che, anche per ragioni connesse alla ripresa della produzione, non intendono usufruire dell'ammortizzatore sociale, in quanto, inevitabilmente, si ripercuoterebbe sulla produttività aziendale. Mi sembra di poter affermare che dal 1° luglio al 31 ottobre 2021 la costituzionalità del divieto sia quantomeno problematica[164].

---

155 Per quanto riguarda il Pil, la crescita, nel primo trimestre 2021, è stata solo dello 0,1% rispetto al trimestre precedente ed è diminuita dello 0,8% nei riguardi del primo trimestre 2020 (*Istat – Conti economici trimestrali*, in *htpps://www.istat.it*). Per quanto attiene all'occupazione, il numero degli occupati è diminuito di 243 mila unità rispetto all'ultimo trimestre 2020 (*Istat – Il mercato del lavoro – I trimestre 2021*, in *htpp://www.istat.it*).

156 Il Pil è aumentato del 2,7% rispetto al trimestre precedente e del 17,3% nei confronti del secondo trimestre 2020 (*Istat – Conti economici trimestrali*, in *htpps://www.istat.it*).

157 Vi è stato, infatti, l'aumento del 3,9% rispetto al trimestre precedente e del 20,8% rispetto al secondo trimestre 2020 (*Istat – Il mercato del lavoro – II trimestre 2021*, in *htpps://www.istat.it*).

158 Si rinvia al rapporto *Epidemia COVID – 19 – Aggiornamento nazionale 30 giugno 2021* (in *https://www.epicentro.iss.it*) per l'analisi dei dati. Solo nella seconda metà di giugno 2021 (14 – 27 giugno) vi è stato un evidente calo, con la rilevazione di 12.427 nuovi casi.

159In senso contrario Cosio 2021, secondo cui la prevalenza della tutela del lavoro sulla libertà d'impresa «appare, però, dubbia nel periodo dal 1° aprile al 30 giugno» (11).

160 C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.3 del Considerato in diritto.

161 Pil in crescita del 2,6% rispetto al trimestre precedente, con un aumento del 3,8% sul III trimestre del 2020 *(Istat – Conti economici trimestrali, III trimestre 2021*, in *https://www.istat.it*).

162 Con un aumento di 121 mila occupati rispetto al trimestre precedente e la riduzione di 134 mila unità dei disoccupati (*Istat – Il mercato del lavoro – III trimestre 2021*, in *https://www.istat.it*).

163 I dati sono riportati da *Il Messaggero* del 30.10.2021 (in *https://www.ilmessaggero.it*).

164 In tal senso anche Cosio 2021, 12 – 14. Anche se, sempre ai fini della valutazione della costituzionalità della misura, bisogna considerare la maggiore discrezionalità di cui gode il legislatore in questa fase pandemica e soprattutto le varie eccezioni al blocco dei

La valutazione cambia ulteriormente nel periodo 1° novembre - 31 dicembre 2021. E' vero, infatti, che la ripresa economica si consolida ulteriormente, tanto da determinare una crescita del Pil su base annuale del 6,3%, con riflessi positivi anche sul tasso di occupazione del 2021 (+ 6,1%)[165]. Tuttavia, la situazione epidemiologica ha ricominciato a peggiorare, determinando una vera e propria esplosione di contagi a dicembre (con un'ulteriore accelerazione nella seconda metà del mese)[166]. E sebbene il contesto, a seguito degli effetti della vaccinazione, sia migliore (in termini di persone ospedalizzate, di terapia intensiva o dei decessi), la pressione sulle strutture sanitarie è tornata ad essere importante, soprattutto per la presenza di un consistente numero di persone prive di copertura vaccinale[167]. In tale ambito, il Governo è stato obbligato ad adottare provvedimenti di carattere più restrittivo prima in termini di *green pass* e di dispositivi di sicurezza[168] e successivamente con l'inserimento dell'obbligo vaccinale per tutte le persone over 50[169]. In questa situazione di recrudescenza della pandemia, il legislatore, dal 1° novembre al 31 dicembre 2021, ha selezionato i datori di lavoro a cui applicare il divieto dei licenziamenti economici in base a requisiti diversi e, soprattutto, ha condizionato l'operatività del blocco alla richiesta ed autorizzazione degli ammortizzatori sociali o dell'esonero contributivo. L'inibizione ad effettuare i recessi è quindi settoriale e facoltativa, perché connessa alla scelta di avere specifici benefici e non si estende alle imprese che non ne intendano avvalersi.

Ritengo che, sempre con un giudizio *ex post*, la scelta del legislatore sia coerente con la Costituzione. In questo caso il bilanciamento tra emergenza sanitaria in ampia ripresa, tutela del lavoro e dell'occupazione e gli altri principi costituzionali sopra descritti è stato effettuato in modo ragionevole e proporzionato, in considerazione sia della più ampia discrezionalità, rispetto a quella ordinaria, di cui gode il legislatore in questa fase di emergenza sanitaria[170], sia perché l'intervento normativo è stato effettuato «in modo da tenere nel debito conto la concreta evoluzione della situazione epidemiologica e assicurare sempre la proporzionalità delle misure medesime rispetto alla situazione»[171]. Infatti, la «solidarietà collettiva» non si è tradotta in una compressione automatica e generalizzata dell'iniziativa economica privata. Quest'ultima si è verificata solo per coloro che volontariamente decidano di affrontare le conseguenze economiche ed organizzative derivanti dalla pandemia non tramite i licenziamenti ma facendo uso degli ammortizzatori sociali e di altri benefici. Una soluzione equilibrata che tiene conto del necessario «progressivo adattamento delle misure apprestate» per fronteggiare l'epidemia [172] e rispecchia i canoni della

---

licenziamenti, che non precludono in senso assoluto la possibilità di effettuare recessi economici. Tali elementi potrebbero influenzare il giudizio di bilanciamento e di proporzionalità, necessità e ragionevolezza degli strumenti utilizzati.

[165] I dati sono ricavati dall'Istat (*https://www.istat.it*).

[166] Attualmente si è superata la soglia, mai raggiunta in precedenza, dei 200 mila contagi giornalieri (219.441 casi al 5 gennaio 2022 (*La repubblica*, 6.01.022, in *https://www.larepubblica.it*).

[167] Il rapporto dell'Istituto Superiore della Sanità Epidemia COVID – 19, aggiornato al dicembre 2021 (in *https://www.epicentro.iss.it*), afferma che «al 30 dicembre 2021, la situazione epidemiologica è caratterizzata da livelli di incidenza elevati e in rapida crescita, mentre il tasso di mortalità continua a crescere lentamente» (2).

[168] D.L. 24 dicembre 2021, n. 221 e 30 dicembre 2021, n. 229.

[169] Art. 1 del D. L. 7.01.2022 n. 1.

[170] C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.3 del Considerato in diritto.

[171] C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.4 del Considerato in diritto.

[172] C. cost. 213/2021, cit., paragrafo 11.4 del Considerato in diritto.

proporzionalità, necessità e ragionevolezza già descritti[173].

5. Il blocco dei recessi e la sua coerenza con le fonti europee.

Il divieto dei licenziamenti economici, peraltro, ha posto (e pone) anche un problema di compatibilità con le fonti europee. In questo caso, peraltro, è necessario distinguere tra le diverse forme di recesso.

Per i licenziamenti individuali non è ipotizzabile un possibile contrasto con le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), né con le Carte dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione (TUE). In primo luogo, non esiste una disposizione del TFUE in materia di recessi individuali che preveda un «obbligo sufficientemente chiaro e preciso» e «incondizionato», tale da consentire la diretta applicabilità nell'ordinamento italiano delle norme del Trattato stesso[174]. La Carta di Nizza, all'articolo 30, nel garantire una tutela nel caso di licenziamento ingiustificato, presuppone un potere di recesso, che potrebbe essere vulnerato dal blocco dei recessi economici. Tuttavia, per costante orientamento della Corte di Giustizia europea (CGE) e della stessa Corte costituzionale, l'eventuale violazione della Carta dei diritti fondamentali può essere fatta valere dinanzi alla prima soltanto nel caso in cui vi sia una fonte normativa europea che espressamente disciplini la materia[175]. Ma, come è noto, non esiste un regolamento o una direttiva UE in tema di licenziamenti individuali. La CEDU, infine, non contiene disposizioni a tutela della libertà di impresa, né del lavoro (tranne di quello forzato) e non è quindi coinvolta dal divieto di licenziamenti economici[176].

Un discorso a parte merita l'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), ratificata dall'Italia con la legge n. 30/199 e che assume quindi un carattere vincolante a prescindere dall'art. 6 del TUE. Anche questa disposizione, nel regolare il licenziamento «basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio» (con la previsione, in caso di illegittimità, di forme di tutela risarcitoria o ripristinatoria) conferma l'esistenza di un potere di recesso economico che potrebbe essere violato dal divieto connesso alla pandemia. La Corte costituzionale, come è noto, ha già affermato «l'idoneità della Carta […] a integrare il parametro dell'art. 117, c. 1, Cost.», cioè quale disposizione per valutare se lo Stato italiano, nella sua legislazione, rispetta i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario»[177]. La stessa Corte, peraltro, ha già espresso, in relazione all'art. 24 della CSE, la necessità di una lettura integrata «tra fonti» europee e costituzionali, al

---

[173] In senso contrario Cosio 2021, 12 ss.

[174] È questa, infatti, la condizione per la vincolatività delle disposizioni in esso contenute. Rinvio, sul punto, a Speziale 2019, 142 (con indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche). L'unica disposizione del TFUE che si occupi di recessi è l'art. 153, c. 1, lettera d), che è chiaramente una norma sulla competenza dell'Unione in tema di politiche legislative connesse anche alla «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro».

[175] Cosio in Cosio, Vidiri 2021, 14. In generale, su tale tema, cfr. Speziale 2019, 143 (con indicazioni di dottrina e giurisprudenza anche in contrasto con l'orientamento della CGE e della Corte cost.).

[176] Si rinvia all'analisi approfondita di Bronzini 2021, 23 ss., anche con riferimento al Protocollo addizionale n. 1 alla Carta, che riguarda il diritto di proprietà e non la libertà d'impresa. Inoltre, la CEDU non si occupa di diritti sociali, tanto che la Carta Sociale Europea «ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale» (C. cost. n. 120 del 2018, punto 10.1 del Considerato in diritto).

[177] C. cost. n. 198/2018, che richiama l'altra decisione della Corte n. 120 del 2018. Su tali aspetti cfr. Speziale 2020, 739 (con bibliografia).

fine di assicurare «le tutele da esse garantite»[178]. E, in relazione alla Carta di Nizza, ma con principi certamente estensibili anche alla Carta sociale a cui la prima si ispira e che ne costituisce il completamento[179], la Corte costituzionale ha più volte affermato questa lettura sinergica tra fonti, «affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»[180]. Infatti, vi è una «connessione inscindibile tra principi e diritti costituzionali […] e quelli riconosciuti dalla Carta, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici. Spetta dunque a questa Corte salvaguardarli in una prospettiva di massima espansione»[181]. In questo contesto di armonizzazione dei principi costituzionali e di quelli espressi dall'art. 24, la eventuale valutazione del blocco dei licenziamenti in relazione alla disposizione della CSE dovrebbe essere giudicata alla luce dei parametri di costituzionalità già analizzati in precedenza. E mi sembra di poter dire che le conclusioni sulla legittimità costituzionale debbano essere le stesse (v. § 4). Tale risultato interpretativo è rafforzato se l'art. 24 viene considerato a prescindere dalla qualificazione della Carta Sociale quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 Cost. e quale disposizione di legge ordinaria, a seguito del recepimento della CSE ai sensi della l. 30/1999. Infatti, quest'ultima, pur essendo dotata di una «forza di resistenza» superiore rispetto alle successive fonti primarie poiché è tale da recepire un trattato internazionale[182], è in ogni caso soggetta alla valutazione di coerenza con la Costituzione, con gli esiti interpretativi già descritti.

In relazione ai licenziamenti collettivi la questione si pone in modo diverso. Le normative sul blocco, infatti, sospendono le procedure di consultazione sindacale (con il possibile intervento dell'autorità pubblica) previste dalla l. 223/1991 e finalizzate alla riduzione del personale, che, come è noto, sono un presupposto indispensabile per procedere ai recessi. In questo caso, dunque, la legge italiana incide direttamente sulla direttiva UE 98/59, il cui obiettivo principale «consiste nel far precedere i licenziamenti collettivi da una consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e dall'informazione dell'autorità pubblica competente»[183]. Ne deriva che il possibile contrasto con alcune disposizioni del TFUE o delle Carte dei diritti è teoricamente ipotizzabile[184].

Tale contrasto avrebbe potuto (o potrebbe) sollecitare un rinvio alla CGE, in via esclusiva o, per effetto della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla «doppia pregiudizialità», anche sollevando contemporaneamente la questione di costituzionalità e il rinvio ai sensi dell'art. 267 del TFUE[185]. Tuttavia, in tale contesto, vi sono state opinioni che hanno invece ritenuto che

---

[96] C. cost., n. 194/2018, cit., 19.

[179] Trib. Milano 5.08.2019, in *Dejure*, 5, con riferimento anche alle «"Spiegazioni" (2007/C 303/02)» allegate alla Carta di Nizza, dove si specifica che l'art. 30, sul licenziamento, «si ispira all'articolo 24 della Carta sociale riveduta». In senso analogo C. App. Napoli 18.9.2019, in *Dejure*, 10.

[180] C. cost. 269/2017, in *Dejure*, paragrafo 5.2 del Considerato in diritto.

[181] C. cost., ord. 8.07.2020 n. 182, § 3.1 del Considerato in diritto. Questa ordinanza, insieme alla sentenza citata nella nt. precedente (e ad altre ancora), si lega al profilo della «doppia pregiudizialità». Su questo tema rinvio a Speziale 2020, 740; Id. 2019, 143 (con bibliografia sull'argomento). Si veda anche Cosio 2021, 15 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

[182] Ho approfondito tali aspetti in Speziale 2016b, 141 – 142.

[183] CGE 4 giugno 2020, causa C- 32/20, *Romagnolo c. Balga Srl*, punto 30 della motivazione; CGE 17 marzo 2021, causa C- 652/19, *KO c. Consultmarketing*, punto 40 della motivazione, e molte altre.

[184] In tal senso Cosio, in Cosio, Vidiri 2021, 14.

[185] V. nt. 99.

la Corte europea dovesse essere quella per prima sollecitata a decidere[186].

Le analisi in materia hanno messo in particolare evidenza come le disposizioni europee potenzialmente lese dalle norme nazionali sul divieto dei licenziamenti economici vadano individuate nell'art. 49 del TFUE in tema di libertà di stabilimento e nell'art. 16 in tema di libertà dell'impresa, nell'art. 30 (sul licenziamento ingiustificato) e nell'art. 31, c. 1, (sulle condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose) della Carta di Nizza[187]. La CGE, in particolare, ha affermato che la disciplina sui licenziamenti collettivi è potenzialmente in grado di incidere sulla libertà garantita dall'art. 49 TFUE[188], e su quella prevista dall'art. 16 della Carta di Nizza[189]. La stessa Corte, peraltro, con un principio che richiama la tecnica del «bilanciamento» propria del giudizio di costituzionalità[190], ha sottolineato che i diritti sopra indicati possono essere soggetti a limitazioni[191]. Queste ultime, peraltro, devono rispondere a «ragioni imperative di interesse generale», devono garantire «il contenuto essenziale di tali diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, [essere] necessarie e [rispondere] a finalità di interesse generale dell'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»[192].

L'Unione Europea ha considerato la pandemia come una situazione straordinaria e ha seguito una strategia complessa che ha modificato, almeno temporaneamente, la stessa struttura istituzionale della UE in campo economico e sociale. Vanno ricordati, a titolo di esempio: a) la sospensione, sino a tutto il 2022, dei parametri di Maastricht; b) la emissione di imponenti erogazioni economiche a favore degli Stati membri finanziate con titoli di debito comune europeo; c) la previsione di deroghe in tema di «aiuti di stato»; d) la ricerca, l'autorizzazione e l'acquisto di vaccini anti Covid messi a disposizione dei singoli Paesi; e) la previsione di misure speciali di sostegno ai sistemi sanitari della UE e dei singoli Stati; f) l'emanazione di norme specifiche connesse ai viaggi e alla mobilità al fine di salvaguardare la libertà di circolazione ed evitare il diffondersi della pandemia; g) la diffusione di Raccomandazioni su dispositivi di protezione, tests, applicazioni mobili di tracciamento e così via. In relazione all'occupazione, la UE, per aiutare i lavoratori a mantenere il loro posto di lavoro durante la crisi, ha istituito uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE), realizzato con 100 miliardi di Euro di finanziamenti emessi sotto forma di obbligazioni sociali (finanziate con debito

---

186 Cosio 2021, 20 – 21; Bronzini 2021, 15, sulla base della considerazione che si tratta «di una questione che coinvolge il mercato comune e le sue libertà costitutive»: 15.

187 Cosio 2021, 21 ss.; Id., in Cosio, Vidiri 2021, 14 ss.; Bronzini 2021, 9 ss.

188 Essa, infatti, include «la libertà di determinare la natura e la portata dell'attività economica che sarà svolta nello Stato membro ospitante e in particolare le dimensioni degli impianti stabili e il numero dei lavoratori richiesti a tal fine»: CGE, Grande Sezione, 21.12.2016, causa C-201/15, *AGET Iraklis*, punto 53. Per l'analisi approfondita di questa decisione cfr. Bronzini 2021, 11 ss.

189 CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punti 66 ss. Pur se riferita alla particolare disciplina greca in tema di licenziamenti collettivi, le conclusioni a cui perviene la Corte hanno una portata generale, riferibile a qualsiasi normativa che regoli la materia.

190 In tal senso Bronzini 2021, 10 – 11, che mette in evidenza come la Corte utilizzi questa tecnica, chiaramente enunciata dalla CGE (sentenza 21.12.2016, n. 201, cit., punto 77).

191 CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punti 61 ss., con citazione di ulteriori precedenti.

192 CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punti 65 ss., 70 e 71 ss. (con indicazione di altri precedenti conformi). La Corte, nel periodo sopra citato, ribadisce quanto espresso dall'art. 52 della Carta di Nizza, con un principio, peraltro, affermato in termini analoghi anche per la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 o di altre disposizioni del TFUE.

comune)[193].

Mi sembra che tutte queste misure rispecchino la considerazione, da parte della Commissione UE, della epidemia da COVID-19 come un «evento eccezionale»[194], con un giudizio estensibile anche alle altre istituzioni europee. Gli interventi normativi ed economici effettuati dimostrano come la pandemia sia stata considerata come un problema di ordine pubblico generale ed economico e che le finalità perseguite sono quelle già descritte in rapporto al blocco dei licenziamenti nel nostro Paese (garantire continuità di occupazione e di reddito dei lavoratori; evitare la disgregazione del tessuto produttivo dei singoli Stati membri con la perdita del «capitale umano»; mantenere la possibilità di consumo; assicurare la stabilità del mercato e del sistema economico, prevenire la conflittualità e incrementare la coesione sociale). In particolare, la UE ha perseguito scopi di solidarietà collettiva di carattere sanitario, economico e sociale che costituiscono il tratto comune e unificante della imponente mole delle misure di sostegno, protezione e prevenzione adottate.

La coerenza del divieto di licenziamenti introdotto in Italia con le fonti europee deve essere valutato in relazione al contesto giuridico ed economico descritto e in base alla stessa giurisprudenza della CGE in materia. Da tale punto di vista, va ricordato che «la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale riconosciute dalla Corte»[195] e che «considerazioni attinenti al mantenimento dell'occupazione possono costituire, in determinate circostanze e a certe condizioni, giustificazioni accettabili per una normativa nazionale avente l'effetto di ostacolare la libertà di stabilimento»[196]. La promozione del lavoro e la riduzione della disoccupazione sono infatti obiettivi legittimi della UE[197], che persegue finalità sociali da bilanciare con «i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali»[198]. Tali considerazioni possono essere estese anche alla libertà d'impresa prevista dall'art. 16 della Carta di Nizza, che, come tutti di diritti in essa contenuti, può avere «limitazioni», purché nel rispetto della proporzionalità, necessità e delle altre finalità di interesse generale già descritte[199].

Questi principi sono certamente tali da legittimare il divieto di recesso analizzato, che, non a caso, non ha avuto alcuna contestazione da parte della Commissione e del Consiglio[200]. E' vero che la CGE ha affermato come «motivi di natura puramente economica, quali, in particolare, la promozione dell'economia nazionale o il buon funzionamento di quest'ultima, non possono servire come giustificazione per ostacoli vietati dal Trattato»[201]. Tuttavia, come si è visto, il blocco dei

---

[193] Per un riepilogo di tutte le misure descritte cfr. *Panoramica della risposta della Commissione* (al coronavirus), in *https://e.europa.eu; 10 iniziative dell'UE per combattere la COVID-19 e garantire la ripresa*, in *https://www.consilium.europa.eu*.

[194] Trib. UE 17 febbraio 2021, causa T-259/20, *Ryanair DAC contro Commissione UE*, 2, in relazione alle deroghe alla disciplina degli aiuti di stato prevista dall'art. 107, par.2, lettera b), del TFUE.

[195] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 73 (con altri precedenti conformi).

[196] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 75 (con altre decisioni di identico contenuto).

[197] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 74 (con ulteriori sentenze).

[198] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 77 (con altri precedenti conformi).

[199] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 89.

[200] Bronzini 2021, 9.

[201] CGE 21.12.2016, n. 201, cit., punto 72 (con ulteriori sentenze).

licenziamenti persegue finalità che vanno ben oltre il sostegno dell'economia nazionale e che si ispirano a obiettivi di solidarietà sociale e all'esigenza di proteggere diritti fondamentali anche non economici (come la salute, la coesione sociale ecc.) che sono alla base degli interventi della UE. Si è affermato che il divieto potrebbe essere considerato come una negazione del contenuto essenziale della libertà di impresa[202], in contrasto con quanto affermato dalla Corte. Tuttavia, il blocco non è stato assoluto, in quanto sono state consentite deroghe effettivamente utilizzate. Esso, inoltre, ha avuto valenza temporanea, con una limitazione temporale legata all'andamento della pandemia e al protrarsi dello stato di emergenza. Due requisiti, quest'ultimi, che certamente depongono a favore della proporzionalità della disciplina italiana[203]. Senza dimenticare che le «ragioni imperative di interesse generale» sopra descritte (ulteriori rispetto alla tutela del lavoro e dell'occupazione) sono certamente tali da giustificare un divieto così importante e realizzato con le cautele descritte.

Mi sembra, dunque, che la normativa italiana sia coerente con le fonti europee, nei limiti già delineati in rapporto alla nostra Costituzione[204].

6. I licenziamenti vietati: profili soggettivi (i datori di lavoro) e oggettivi (le tipologie di licenziamento).

Il divieto dei licenziamenti economici opera per «i datori di lavoro privati»[205], oppure genericamente per i datori di lavoro o le imprese[206]. Questi riferimenti, uniti al fatto che si tratta di un blocco relativo a licenziamenti collettivi o per gmo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604/1966, lasciano chiaramente intendere come la disciplina non si applica alle pubbliche amministrazioni regolate dal d.lgs n. 165/2001, secondo la definizione delle stesse contenuta nell'art. 1, c. 2, del decreto legislativo[207]. Anche perché, come è noto, nel lavoro pubblico le disposizioni a cui si riferiscono i divieti (l. 223/1991; art. 3 della l. 604/1966) non sono applicabili. Le conclusioni sopra indicate sono a maggior ragione riferibili alle P.A. il cui personale è in regime di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001. Si è posto il problema se il divieto sia estensibile anche alle società a parziale o totale partecipazione pubblica, diretta o indiretta, regolate dal d.lgs. n. 175/2016. La questione è stata analizzata in modo approfondito, anche in rapporto a quanto desumibile dalle disposizioni in tema di cassa integrazione, che, come si è visto, sono state sempre strettamente collegate al blocco dei recessi[208]. L'art. 19 del d.lgs. 175/2016 estende alle società ivi disciplinate tutte le disposizioni previste «dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato

---

[202] Cosio 2021, 25.

[203] Bronzini 2021, 17.

[204] Anche qui, dunque, piena legittimità di tutta la normativa, con perplessità per il divieto operante tra 1° luglio al 31 ottobre 2021 (v. § 4). In relazione alle fonti europee Cosio (2021, 25) ha forti dubbi sulla legittimità del «comma 10 dell'art. 8 del DL 41/2021». Di opinione contraria Bronzini 2021, secondo cui la sentenza CGE *Iraklis* sopra esaminata «offre argomenti decisivi per ritenere che la scelta del legislatore italiano dal marzo 2020 sino all'ultimo decreto legge del marzo 2021 sul "blocco" abbiano rispettato l'ordine giuridico sovranazionale» (10).

[205] Art. 8, c. 1 e 2, del D.L. n. 41/2021, convertito dalla L. 69/2021; art. 40 del D.L. 73/2021, convertito dalla L. 106/2021.

[206] Art. 46 del D.L. 18/2020, convertito dalla L. 27/2020; art. 3 del D.L. 103/2021, convertito dalla L. 125/2021.

[207] Maresca 2021, 14 ss.

[208] Maresca 2021, 15 ss.

nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali»[209]. Mi sembra, quindi, che il divieto sia applicabile anche a queste società[210].

Il blocco riguarda le procedure relative ai licenziamenti collettivi e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604/1966. La scelta del legislatore, quindi, è stata quella di incidere sui recessi di natura economica, ritendendo che le interruzioni del rapporto di lavoro connesse a profili disciplinari e soggettivi del dipendente non dovessero essere presi in considerazione[211]. Tale opzione è coerente con la finalità di salvaguardare l'occupazione ed evitare la disgregazione del tessuto produttivo, con un intervento avente finalità di politica economica di gestione del mercato del lavoro (v. § 2). Tuttavia, si è sviluppato un ampio dibattito diretto a verificare se, in realtà, il divieto non potesse essere esteso anche a forme diverse di recesso rispetto a quelle espressamente previste, in un'ottica di tutela dei lavoratori di carattere più generale, connessa alla drammatica situazione di crisi globale derivante dalla pandemia. E alcune analisi si sono orientate ad estendere il divieto alla luce del principio di eguaglianza e del giudizio di ragionevolezza, ritenendo che fosse possibile utilizzare interpretazioni costituzionalmente orientate della normativa[212]. In verità, questa opzione, nel nostro caso, non può essere seguita. Infatti, per costante orientamento della Corte costituzionale, «l'univoco tenore della disposizione segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»[213]. La lettura delle varie disposizioni che si sono succedute nel tempo dimostra che esse usano sempre la medesima formulazione letterale, che non consente alcun equivoco[214] . Con la conseguenza che il sospetto di irragionevolezza della normativa e di violazione dell'art. 3 Cost. dovrebbe essere sottoposto alla Corte e non è risolvibile in via interpretativa[215].

Il tema della possibile estensione del divieto dei licenziamenti economici è molto complesso e richiede una analisi differenziata rispetto alle singole possibili ipotesi. Il primo caso è quello dei dirigenti. In tale situazione si è osservata la irrazionalità di una normativa che impedisce i licenziamenti collettivi (applicabili anche a questa categoria di lavoratori) e li consente a livello individuale, visto che i dirigenti sono soggetti al recesso *ad nutum*. E, sia in dottrina che in giurisprudenza, si sono espresse opinioni diverse, a favore o contro l'estensione del divieto[216]. In realtà, in una logica di pura comparazione tra le due forme di licenziamento, la esclusione del blocco per

---

[209] L'unica eccezione riguarda l'accesso tramite concorso pubblico (art. 19, c. 2 ss., del d.lgs. 175/2016).

[210] Cfr., tuttavia, le diverse conclusioni, in senso dubitativo per quanto riguarda le società a totale controllo pubblico, espresse da Maresca 2021, 18.

[211] M.T. Carinci 2020, 581.

[212] In relazione ai dirigenti è questa, ad es., la tecnica utilizzata da De Luca 2021, 11. In senso analogo Trib. Milano 10.11.2021 n. 2629, che giustifica la propria decisione con un'interpretazione costituzionalmente orientata.

[213] C. cost. n. 118/2002; C. cost. n. 231/2020; C. cost. n. 253/2020, tutte in *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020*, *in https://www.cortecostituzionale.it*, 95 – 96. Sul tema v., per tutti Luciani 2016, 391 ss.

[214] Le norme specificano la preclusione nell'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 e, indipendentemente dal numero dei dipendenti, dal recesso per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

[215] In tal senso anche Bronzini 2021, 4.

[216] Cfr. M.T. Carinci 2020, 580; De Luca 2021, 3 ss.; 8 ss.; Scarpelli 2020, 321; Vidiri, in Cosio, Vidiri 2021, 9; Ballestrero 2020, 5; Bronzini 2021, 3 – 4. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano 10.11.2021, n. 2692; Trib. Roma 26.2.2021, cit.; Trib. Milano, ord. 17.7.2021; Trib. Roma 19.4.2021, n. 3605.

quelli individuali è una forma di irragionevolezza intrinseca della disposizione tale da poter astrattamente configurare una violazione dell'art. 3 Cost.[217]. Non si vede, infatti, perché, ciò che non è consentito a livello collettivo dovrebbe essere permesso su base individuale. Tuttavia, in questo caso il ragionamento va ampliato. Si è già sottolineato il nesso assai stretto e di carattere sistemico tra divieto e cassa integrazione: compensare la limitazione del potere di recesso con l'esclusione dell'accollo al datore di lavoro del costo del lavoro, in una logica di scambio che, come si è visto, è a fondamento della stessa costituzionalità della normativa (v. §§ 2 e 4). I dirigenti, come è noto, sono esclusi dalla cig[218]. Per tale motivo la possibile irragionevolezza della normativa ai sensi dell'art. 3 Cost. deve essere valutata in una logica opposta a quella sopra indicata. E' il divieto di licenziamento collettivo ad essere irrazionale rispetto al possibile recesso a livello individuale[219]. Tuttavia, le conclusioni potrebbero essere diverse se la legittimità della disciplina viene valutata in relazione a tutti i principi costituzionali in gioco e quindi non nella sola dimensione atomistica del singolo rapporto di lavoro (v. § 4). In questo caso, al contrario, vi potrebbero essere elementi per considerare come incostituzionale l'esclusione del blocco per i licenziamenti individuali[220]. La questione, sotto questo profilo è, come si vede, assai complessa e potrebbe portare ad esiti diversi a seconda dei principi utilizzati e del bilanciamento effettuato.

In assenza di una decisione della Corte costituzionale, la esclusione del blocco del licenziamento individuale può essere risolta con l'applicazione analogica di quanto previsto, per i dirigenti, nel caso di riduzioni di personale. Da un lato, infatti, vi è una lacuna e ciò la mancanza di una disciplina espressa di una determinata fattispecie (il divieto di licenziamento per ragioni economiche). Dall'altro vi è il medesimo fondamento razionale che consente di colmare la lacuna con le regole previste per un caso analogo (la previsione del blocco anche per i dirigenti coinvolti nelle riduzioni di personale)[221]. D'altra parte, per la sua valenza generale, la norma estesa analogicamente non può essere considerata come disposizione eccezionale (per la quale è precluso il ricorso alla analogia). L'eccezionalità di una disposizione presuppone che essa introduca una deroga rispetto ad un regime giuridico ordinario[222]. In questo caso, al contrario, il divieto dei licenziamenti economici è una nuova disciplina generale di carattere universale (perché vale per tutto il lavoro subordinato) ma che, tuttavia, è soltanto temporalmente limitata.

La questione si pone in modo diverso per il recesso *ad nutum* nel patto di prova o alla cessazione del periodo di apprendistato. Non credo che l'esclusione di queste forme di interruzione del contratto possano costituire una violazione dell'art. 3 Cost. Il legislatore ha inteso paralizzare temporaneamente i licenziamenti assistiti dall'obbligo di una causale economica e che, pur

---

[217] Sul giudizio di ragionevolezza, cfr. Casavola 1995, 10; Celotto 2006, 77; Sorrentino 2011; Scaccia 2000, 25 ss.; Cartabia 2013, 13 ss. Per la giurisprudenza costituzionale si vedano, tra le tante, C. cost. n. 192/2016; 10/2016; 63/2016; 241/2017.

[218] Ed è proprio per questo motivo che Trib. Roma 19.4.2021 n. 3605, cit., ritiene legittima l'esclusione del dirigente dal divieto di licenziamento.

[219] A questa conclusione arriva il Tribunale di Milano (sentenza 10.11.2021, n. 2629).

[220] E' questo, ad es., il ragionamento seguito dal Trib. Roma, con la sentenza 26.2.2021, cit.

[221] I principi in tema di analogia sopra descritti sono espressi da costante giurisprudenza (cfr., tra le altre, Cass. 23.11.1965, n. 2404 e Cass. 11.2.2015, n. 2656). In dottrina, dove la letteratura è sterminata, v., quantomeno, Bobbio 1938; Id. 1968; Caiani 1958, 348 ss.; Gianformaggio 1987, 320 ss.; Guastini 2011, 276 ss.

[222] Cfr., ad es., Cass 1.9.1999, n. 9205, in *GC*, 2000, I, 83.

astrattamente legittimi, non possono essere esercitati in conseguenza della pandemia. Nel caso del recesso *ad nutum*, al contrario, non vi è alcun limite alla interruzione del contratto da parte del datore di lavoro e, quindi, la diversità delle funzioni svolte dalle due forme di recesso rende ragionevole la diversità di disciplina[223]. D'altra parte, in queste ipotesi, non è possibile applicare neanche l'interpretazione analogica. Quest'ultima presuppone infatti una lacuna e cioè la carenza di un divieto relativo ai recessi economici, esercitabili in via ordinaria solo per le ragioni previste dall'art. 3 della l. 604/1966, ma ora inibiti temporaneamente a seguito della pandemia. Tuttavia, nei casi esaminati non vi è alcun limite economico o organizzativo al potere di recesso e manca quindi la identità di fattispecie astrattamente presa in considerazione e non regolata dal legislatore[224]. Si è ipotizzato che al lavoratore dovrebbe, in questi casi, essere lasciata la possibilità di dimostrare che il licenziamento, seppure *ad nutum*, è in verità motivato da ragioni economiche e, quindi, incluso nel divieto[225]. Tuttavia, le ragioni sopra indicate mi sembra impediscano questa possibilità. D'altra parte, la prova richiesta al lavoratore è veramente molto difficile e si scontra con il fatto che non vi sono argomenti per rendere «causale» un recesso che non ha tali caratteristiche.

Il problema della possibile estensione del divieto si pone per altre fattispecie di recesso individuale, come la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore, il venir meno di licenze o autorizzazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni, la carcerazione preventiva. La dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto che queste ipotesi siano riconducibili al giustificato motivo oggettivo perché si tratta di vicende che, anche se connesse alla persona del lavoratore, sono tali da configurare situazioni che incidono sul regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro prevista dall'art. 3 della l. 604/1966[226]. Mi sembra, dunque, che non dovrebbero sussistere dubbi sulla applicazione del blocco[227].

Il licenziamento durante la malattia o quello per superamento del periodo di comporto sono qualificate come fattispecie diverse dal recesso per ragioni organizzative[228]. Anche in questo caso si è proposta una lettura estensiva del divieto, valorizzando le finalità della disciplina del blocco, da

---

[223] Infatti, «secondo la costante giurisprudenza di questa Corte […] la violazione del principio di uguaglianza sussiste "qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili" (ex plurimis, sentenza n. 85 del 2020)» (C. cost. 19.4.2021, n. 71, in *Dejure*, 6; in senso analogo C. cost. 9.3.2020, n. 46; 23.7.2021, n. 172 e molte altre). E mi sembra indiscutibile che licenziamento causale per gmo e recesso *ad nutum* siano «situazioni non assimilabili». La tesi espressa nel testo è condivisa anche da Bronzini 2021, 3, nt. 1, e 4.

[224] Questi argomenti sono tali da escludere sia profili di incostituzionalità, sia l'applicazione dell'analogia anche in relazione al recesso *ad nutum* nel lavoro domestico.

[225] M.T. Carinci 2020, 582 – 583. L'a. estende tale principio anche al recesso dei dirigenti, per i quali, peraltro, sono giunto a conclusioni diverse in base all'interpretazione analogica.

[226] Per un riepilogo degli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza su tali profili cfr. la rassegna di Diamanti 2020, 857 ss. Recentemente Il Tribunale di Ravenna ha ribadito che il motivo oggettivo di licenziamento «è un categoria frammentata e che comprende tutto ciò che non è disciplinare» (7.01.2021, n. 578, in *Dejure*, 2). Il recesso per sopravvenuta inidoneità fisica e psichica è comunque qualificato «per motivo oggettivo» dall'art. 18, c. 7, l. 300/1970 e sussiste, anche in queste ipotesi, l'obbligo, per il datore di lavoro, del *repechage* (con piena assimilazione, dunque, alla fattispecie di cui all'art. 3 l. 604/1966).

[227] In tal senso Trib. Ravenna 7.01.2021, n. 578, cit., ritenendo che per il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica valgono «le stesse ragioni di tutela economica e sociale […] che stanno alla base di tutte le altre ipotesi di licenziamento per G.M.O. che la normativa emergenziale ha inteso espressamente impedire» (in *Dejure*, 3). Nel senso indicato nel testo Scarpelli 2020, 322; De Luca 2021, 7; Ballestrero 2020, 5.

[228] Per una rassegna delle opinioni in dottrina e giurisprudenza cfr. Del Punta 2020, 528 ss.

estendere a tutti i licenziamenti motivati da ragione diverse da quelle soggettive[229]. Ritengo, tuttavia, che la diversa natura e finalità di queste forme di recesso escluda la possibile configurazione di una violazione dell'art. 3 della Costituzione. Si tratta infatti di situazioni – connesse a condizioni personali del dipendente che impediscono lo svolgimento del lavoro - diverse dal licenziamento per ragioni organizzative (legate alle esigenze dell'impresa) e tali da giustificare una regolazione differente. Inoltre, per quanto riguarda una possibile estensione analogica della disciplina dei divieti, anche in questo caso manca la lacuna normativa. Se le ipotesi sopra descritte sono fattispecie diverse dal gmo, non vi è la carenza di una disciplina specifica in tema di licenziamento economico (come accade, ad es., per i dirigenti in correlazione con le riduzioni di personale), ma si è in presenza di un caso differente, che non configura un «vuoto» nelle regole giuridiche che dovrebbero essere estese analogicamente.

Le conclusioni sopra descritte sono ovviamente estensibili anche al contratto a termine, dove il recesso economico non esiste e, quindi, vi è sia la coerenza, sotto il profilo del principio di eguaglianza, della mancata disciplina, sia l'impossibilità di estendere analogicamente le regole sui divieti[230].

7. Gli effetti derivanti dalla violazione del divieto.

Il blocco dei licenziamenti economici, come si è visto, si muove in due direzioni: a) la sospensione delle procedure di licenziamento collettivo e del tentativo obbligatorio di conciliazione per quelli individuali di carattere economico; b) il divieto dei recessi per gmo. Si tratta di analizzare gli effetti che scaturiscono dalle violazioni di tali disposizioni.

Vi è piena concordanza, in dottrina e giurisprudenza, sul fatto che le norme indicate, con specifiche finalità di ordine pubblico generale ed economico, debbano essere considerate come norme imperative[231]. Pertanto, esse impongono, in primo luogo, la impossibilità di effettuare le procedure di consultazione sindacale per le riduzioni di personale e quelle in corso al momento dell'intervento normativo proibitivo devono considerarsi sospese, con differimento sino al momento in cui il blocco viene a cessare[232]. Mentre i licenziamenti collettivi o individuali per gmo compiuti durante il blocco sono nulli per contrasto con norme imperative (art. 1418, c. 1, c.c.)[233].

---

[229] De Luca (2021, 7 – 8) include nel divieto anche il licenziamento legato alla malattia. In senso dubitativo Scarpelli 2020, 322. *Contra* M.T. Carinci 2020, 583 (che esclude il recesso per superamento del periodo di comporto).

[230] L'esclusione del contratto a termine è sostenuta da Ballestrero 2020, 5, nt. 8. Al contrario M. T. Carinci (2020, 584) ritiene che anche il recesso *ante tempus* sia incluso nel blocco, in quanto nella nozione di giusta causa, per costante giurisprudenza, è ricompresa anche l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (in senso analogo Scarpelli 2020, 323). Ora, anche volendo accogliere tale prospettazione, bisognerebbe comunque dire che la giusta causa connessa a vicende personali del lavoratore diverse dalla impossibilità non potrebbe mai essere inserita nel divieto, per l'evidente volontà del legislatore di escludere il licenziamento basato su fatti ascrivibili a comportamenti del lavoratore.

[231] Cfr., tra gli altri, M.T. Carinci 2020, 578; Scarpelli 2020, 316: Ballestrero 2020, 13; De Luca 2021, 11 e 14; Amendola 2021, 2: In giurisprudenza v. Trib. Ravenna 7.1.2021, n. 578, cit., 4; Trib. Mantova 11.11. 2020, n. 112, in *Dejure*, 3; Trib. Milano 21.1.2021, n. 2551, in *Dejure*, 5; Trib. Roma 26.2.2021, in *Dejure*, 3; Trib. Venezia 3.3.2021, n. 158, in *Dejure*, 2; Trib. Roma 7.9.2021, n. 7007, in *Dejure*, 3; Trib. Milano 2.7.2021, n. 17628, 5; Trib. Milano 10.11.2021, n. 2692.

[232] M.T. Carinci 2020, 580; De Luca 2021, 15. La conclusione è identica per i tentativi obbligatori di conciliazione ai sensi dell'art. 7 della l. 604/1966.

[233] In tal senso gli a. citati nella nota 149, ad eccezione di MT. Carinci (2020, 584), che, pur avendo qualificato la norma proibitiva come imperativa, ritiene che si sia in presenza di nullità per illeceità della causa (artt. 1324 e 1343 c.c.). Non mi sembra che tale

Il carattere imperativo delle disposizioni analizzate è fuori discussione, in quanto si tratta di norme a tutela di interessi pubblici generali[234]. Va detto, peraltro, che nel Diritto del lavoro la distinzione tra norme imperative e inderogabili è praticamente inesistente, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella ricostruzione delle ragioni per le quali, in caso di loro violazione, debbano essere applicate le regole in tema di nullità parziale previste dall'art. 1419, c. 1, c.c.[235]. Da questo punto di vista si può quindi dire che, anche se le disposizioni indicate dovessero essere considerate non come imperative, ma semplicemente inderogabili, la nullità, nell'ambito del rapporto di lavoro sarebbe una conseguenza fisiologica. Va detto, peraltro, che le finalità perseguite dalla normativa sono certamente tali da qualificare in ogni caso queste disposizioni come imperative anche alla luce della nozione civilistica. Il che elimina in ogni caso qualsiasi rilievo problematico alla questione.

Si è sottolineato che, in ambito civilistico e alla luce di quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2007[236], con un orientamento successivamente confermato[237], «non ogni violazione di norma imperativa determina la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c. quando manchi una espressa previsione di legge; solo la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto può determinare la nullità c.d. "virtuale", cioè non espressamente prevista dalla legge: non, quindi, la violazione di norme – che pure possono essere qualificate imperative secondo le Sezioni Unite – che riguardano tuttavia il comportamento dei contraenti (quali le clausole di correttezza e buona fede) e che generano una responsabilità risarcitoria ma non sono invalidanti». Si conclude, tuttavia, che, estendendo i principi indicati all'atto di licenziamento (ai sensi dell'art. 1324 c.c.), certamente si è in presenza di condizioni che vietano l'effettuazione del recesso. E, per tale ragione, poiché si tratta di previsioni di legge che incidono sulla stessa validità dell'atto unilaterale, la violazione delle norme imperative in tema di divieto di licenziamenti non può che determinare la nullità[238].

Le acute osservazioni descritte sono totalmente condivisibili. Anche se va precisato che, nel Diritto del lavoro, la distinzione operata dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2007 è difficilmente applicabile. Come si è già detto, la Corte costituzionale ha stabilito, quale sanzione generale nel caso di violazione di «norme imperative a tutela del lavoratore», la previsione della nullità parziale di cui all'art. 1419, c. 1, c.c., con sostituzione della disposizione invalida con quella prevista dalla legge. Ritengo, dunque, che le caratteristiche peculiari del Diritto del lavoro siano tali da comportare, in caso di violazione di norme imperative/inderogabili, la sanzione della nullità, a meno che il legislatore non preveda espressamente una diversa sanzione, come accade, ad esempio, in

---

interpretazione possa essere accolta, visto che la violazione della norma imperativa è un'autonoma causa di nullità prevista dall'art. 1418, c. 1, c.c. La giurisprudenza cit. a nt. 149 concorda con l'opinione della dottrina prevalente.

[234] Cfr., sul punto, Putti 2002, 193 ss.; Albanese 2003. A questi autori si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali. V. anche, per le sentenze più recenti, Amendola 2021, 2, nt. 5.

[235] C. cost. 11.5.1992, n. 210, *FI*, 1992, I, 3232 ss. Mi permetto, sul punto, di rinviare a Speziale 2016a, 516 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche sul tema della nullità totale o parziale nel Diritto del lavoro. La coincidenza nel Diritto del lavoro tra norma imperativa e norma inderogabile (De Luca Tamajo 1976, 16 ss.; Voza 2007, 16), è stata peraltro messa in discussione da Novella 2008, 31 ss., 72 ss. e da M.C. Cataudella 2008, 12 ss.

[236] Cass., S.U., 19.12.2007, n. 26724, in *Dejure*, 1 ss.

[237] Cass. 14.12.2010, n. 25222; Cass. 10.4.2014, n. 8462; Cass. 15.1.2020, n. 525; Cass. 31.5.2021, n. 15099.

[238] Amendola 2021, 2 – 3.

tema di licenziamenti ingiustificati (dove la legge alterna discipline di carattere ripristinatorio – legate all'invalidità del recesso – a sanzioni risarcitorie che determinano la illegittimità dell'atto ma non la sua invalidità). Tuttavia, queste osservazioni conducono alla medesima conclusione sopra descritta: la violazione delle disposizioni in tema di blocco dei licenziamenti economici ne determina la nullità.

A questo punto, peraltro, occorre considerare quali siano le conseguenze che scaturiscono da questa forma di invalidità. Credo che non vi possano essere dubbi in relazione alla formulazione dell'art. 18 della l. 300/1970, dopo la riforma del 2012. La disposizione, infatti, prevede la tutela reintegratoria «piena» di cui al comma 1 nel caso di varie ipotesi di nullità ivi contemplate e negli «altri casi di nullità prevista dalla legge». E tra questi ultimi, senza ombra di dubbio, va ricompresa la invalidità per contrasto con norma imperativa[239]. Tale conclusione è confermata dalla giurisprudenza in materia di licenziamento intimato in frode alla legge o in altri casi che sono sempre connessi alla violazione di norme imperative[240] e da un precedente specifico della Cassazione in tema di cessazione del rapporto di lavoro dei ballerini degli enti lirici[241]. In tal senso si sono espressi numerosi autori e anche la giurisprudenza di merito che si è formata sulla violazione del divieto[242].

La questione potrebbe esse più problematica in rapporto a quanto previsto dall'art. 2, c. 1, del d.lgs. n. 23/201, che prevede la tutela reintegratoria «piena» negli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge» Secondo alcune opinioni, infatti, la presenza dell'avverbio comporterebbe che la disciplina ivi prevista sarebbe applicabile solo alle ipotesi in cui la nullità è indicata formalmente quale sanzione nella norma imperativa in caso di sua violazione. Mentre sarebbero escluse tutte le «nullità virtuali», nelle quali manca la formulazione espressa della sanzione, come nel caso delle disposizioni in tema di blocco dei licenziamenti[243].

A suo tempo ho già analizzato la questione[244]. La tesi indicata si pone in contrasto con la dottrina civilistica in tema di nullità virtuali[245]. Essa, inoltre, è confutata dalla stessa formulazione letterale utilizzata nell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015. Infatti, anche l'art. 1418, c. 1, c.c. è una nullità «espressamente prevista dalla legge»[246]. La lettura della disposizione da me non condivisa, poi, si presterebbe a censure per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza. Non si comprenderebbe, infatti, perché ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste da disposizioni specifiche in tema di licenziamento dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento

---

[239] Amendola 2021, 3.

[240] Si rinvia, per la casistica, alla giurisprudenza analizzata da Colosimo 2020, 1060.

[241] Amendola 2021, 3, con riferimento a Cass. 17.5.2018, n. 12108.

[242] Si rinvia agli a. e alla giurisprudenza citati nella nt. 149.

[243] Cfr. Amendola 2021, 3 nt. 6, per gli autori favorevoli a questa tesi e a quella contraria. V. anche, sul tema, Gamberini, Pelusi, Tiraboschi 2016, 35 ss. che riassumono le diverse opinioni in materia. In senso contrario alla tesi indicata nel testo v. anche Recchia 2015, 94 ss.; F. Carinci 2016, 125 ss.

[244] Speziale 2016b, 117 – 120.

[245] Rinvio, per le indicazioni bibliografiche, a Speziale 2016b, 117, nt. 25.

[246] La interpretazione qui criticata avrebbe richiesto una diversa formulazione: «negli altri casi di nullità in cui la norma imperativa violata preveda tale sanzione». In relazione ai divieti di licenziamento la tesi indicata nel testo è stata accolta dal Trib. Ravenna 7.1.2021, n. 578, cit., 4; Trib. Mantova 11.11. 2020, n. 112, in *Dejure*, 3; Trib. Roma 7.9.2021, n. 7007, in *Dejure*, 3; Trib. Venezia 3.3.2021, n. 158, in *Dejure*, 2.

del recesso. È difficile infatti sostenere che il licenziamento della lavoratrice madre («espressamente» nullo ai sensi dell'art. 54, c. 5, del d.lgs. n. 151/2001) sia più «grave» di quello ritorsivo o effettuato in violazione del divieto di recedere[247]. Se, dunque, la formulazione utilizzata dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, che a me sembra chiara, dovesse essere ritenuta ambigua, si imporrebbe una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, tale da estendere la sua disciplina anche ai casi di nullità regolati dall'art. 1418 c.c.[248]. La tesi dell'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 alle nullità virtuali è sostenuta dalla dottrina [249]. Inoltre, in relazione al tema del blocco dei licenziamenti, l'applicazione della tutela reale, sia ai sensi dell'art. 18 l. n. 300/1970, sia dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015, è stata confermata dalla giurisprudenza di merito[250].

Va detto, comunque, che, se non si volesse accedere alla interpretazione proposta, si dovrebbe concludere che i casi di nullità analizzati non troverebbero alcuna disciplina specifica nella normativa sul contratto a tutele crescenti. Il che peraltro dovrebbe necessariamente comportare – in base alla regola norma generale/norma speciale (dove la prima interviene nei casi espressamente non regolati dalla seconda) – l'applicazione della nullità civilistica e della c.d. tutela reale di diritto comune. Questa opinione, già accolta in giurisprudenza, comporterebbe la nullità del recesso, la prosecuzione del contratto di lavoro e il diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in coerenza con le regole in tema di mora del creditore. Inoltre, il lavoratore potrebbe chiedere, ai sensi dell'art. 1453 c.c., l'adempimento del contratto, ottenendo una sentenza che condanni il datore di lavoro al ripristino anche in via di fatto del vincolo contrattuale[251].

Nel caso di violazione del divieto nell'ambito della tutela obbligatoria, il problema si pone in misura analoga a quanto appena detto, perché manca una disposizione espressa che regola gli effetti della invalidità per contrasto con norma imperativa, con conseguente applicazione della nullità di diritto comune. La questione, peraltro, si complica se si considera la giurisprudenza in materia. Nell'ambito della stabilità obbligatoria, infatti, a volte la violazione di una norma imperativa (come l'art. 7 della l. n. 300/1970) è stata sanzionata con la stessa disciplina prevista per il licenziamento illegittimo[252]. In altri casi, invece, si è applicata la nullità di diritto comune (come nell'ipotesi del mancato rispetto dell'art. 2 della l. 604/1966)[253], anche se, recentemente, la Cassazione si è espressa in modo diverso[254].

A me sembra, tuttavia, che la nullità di diritto comune dovrebbe essere applicata per diverse ragioni. La prima è che il divieto riguarda una situazione eccezionale in cui sono in gioco interessi di portata generale che impongono il rispetto della normativa e, in caso di sua violazione,

---

[247] F. Carinci (2016, 125 – 126) rileva un profilo di irragionevolezza anche tra disciplina prevista dall'art. 18 l. 300/1970 per i vecchi assunti e quella stabilita per coloro soggetti al d.lgs. n. 23/2015.

[248] La mancanza di chiarezza nel testo della norma, consentirebbe, infatti, l'interpretazione costituzionalmente orientata (v. *retro*, testo e nt. 131). Amendola 2021, 3 – 4, inoltre, ritiene che un ulteriore argomento a favore della nullità è rinvenibile nel fatto che l'art. 2, a parte l'utilizzazione dell'avverbio «espressamente», non prevede una sanzione diversa (come invece impone l'art. 1418, c. 1, c.c., secondo il quale la violazione della norma imperativa determina la nullità «salvo che la legge non disponga diversamente»). Questo silenzio dovrebbe confermare l'applicazione della regola civilistica della invalidità per contrasto con norma imperativa.

[249] Cfr. gli a. citati nella nt. 161.

[250] Si vedano le sentenze citate nella nt. 149.

[251] Speziale 2016b, 119 – 120, a cui rinvio per la dottrina e giurisprudenza in materia. La tesi della nullità di diritto comune, come alternativa a quella prevista dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, è espressa da Scarpelli 2020, 316.

[252] Cass. 11.1.2011, n. 459, in *Dejure*, 1 ss. (con indicazione di molti altri precedenti (4 – 5).

[253] Cass. 25.9.2017, n. 22297, in *Dejure*, 1 ss.; Cass. 14.7.2008, n. 19286, in *Dejure*, 1 ss.; Cass. S.U., 27.7.1999, n. 508, in *Dejure*, 1 ss.

[254] Cass. 25.11.2019, n. 30668, in *Dejure*, 1 ss.; Cass. 5.9.2016, n. 17589, in *Dejure*, 1 ss.

l'applicazione della sanzione più radicale. Inoltre, almeno per il divieto di gmo, le disposizioni proibitive si applicano a prescindere dal numero dei dipendenti e vi è quindi la volontà di unificare la disciplina a prescindere dalla tutela reale o obbligatoria, con conseguente applicazione della sanzione più severa. Infine, la giurisprudenza che si è formata in relazione all'art. 7 della l. 300/1970 o all'art. 2 della l. 604/1966 con la previsione della stessa tutela per il licenziamento ingiustificato è spiegabile per ragioni specifiche. Nel primo caso, vi è l'intento di evitare che un vizio formale del licenziamento venga, con la nullità, ad essere sanzionato in modo più grave rispetto alla carenza di giusta causa o giustificato motivo. Nel secondo caso, perché si è adottata una interpretazione costituzionalmente orientata conseguente al fatto che la riforma nel 2012 dell'art. 18 della l. 300/1970, ha previsto, in caso di omessa motivazione del licenziamento, una tutela esclusivamente risarcitoria. Si tratta, come ben si vede, di argomentazioni legate ai casi specifici esaminati e alle norme ad essi riferite, che non hanno nulla a che vedere con la violazione del divieto dei licenziamenti economici. Credo, quindi, anche per le altre ragioni sopra indicate, che il regime della nullità di diritto comune, in queste ipotesi, sia quello applicabile.

8. Le deroghe al divieto di licenziamento.

Inizialmente il divieto dei licenziamenti economici era assoluto e non ammetteva deroghe. Tuttavia, l'art. 14, c. 3, del D.L. 14.8.2020, n. 104 (convertito, con modificazioni, dalla legge 13.10.2020, n. 126) ha introdotto una serie di deroghe al blocco. Tale disposizione è stata poi riprodotta, con identico contenuto, da tutte le normative successivamente emanate e richiede l'analisi delle ipotesi in cui la legge consente ugualmente i recessi[255].

Tuttavia, nella prassi dei rapporti di lavoro, sin dal 2020 si è diffusa un'altra modalità di accordo transattivo che ha concretamente esteso la possibilità di effettuare i licenziamenti economici. Infatti, il Ministero del lavoro prima e l'Inps poi hanno confermato che qualora, nonostante il blocco, vi fosse stato un licenziamento per gmo, la sua nullità per contrasto con norma imperativa non determinava automaticamente la perdita della Naspi. Era infatti anche necessario che la nullità venisse accertata dal giudice e venisse disposta la reintegrazione nel posto di lavoro. In assenza di tale provvedimento, le domande per avere l'indennità di disoccupazione avanzate dai lavoratori licenziati per gmo sarebbero state accolte, con riserva di ripetizione nel caso in cui «a seguito del contenzioso giudiziale o stragiudiziale, (il lavoratore) dovesse essere reintegrato nel posto di lavoro»[256]. In base a tale orientamento, le aziende e i lavoratori hanno stipulato transazioni in sede assistita con le quali, previa erogazione di un incentivo economico, l'azienda disponeva il licenziamento per gmo, che veniva accettato dal lavoratore con rinuncia espressa alla sua impugnazione. In tale modo il datore di lavoro procedeva al recesso (non più contestabile) e il lavoratore, tramite la rinuncia (e la mancata impugnazione del licenziamento in sede giudiziale o stragiudiziale), aveva la certezza di poter ugualmente avere la concessione della Naspi, che si aggiungeva all'incentivo. L'orientamento dell'Inps e del Ministero è discutibile, perché la nullità del recesso effettuato nel periodo del blocco avrebbe dovuto quantomeno suggerire di attendere

[255] Cfr. le disposizioni indicate nella nt. 19. Una variazione nei contenuti è stata in realtà prevista in relazione alla successione negli appalti (v. *infra* nel testo).
[256] Messaggio Inps 1.6.2020, n. 2261, in *https://www.inps.it*, 2. Il Messaggio richiama la nota del 26.5.2020, n. 5481 del Ministero del lavoro.

prudentemente l'esito del contenzioso giudiziale o stragiudiziale. Tuttavia, la scelta effettuata è stata particolarmente utile a fornire un ulteriore strumento per rendere il blocco meno rigido. E, come si è detto, questa prassi è certamente all'origine della riduzione ma non della completa eliminazione dei licenziamenti economici nell'anno 2020[257].

Nelle varie disposizioni emanate in materia, con l'eccezione di alcuni decreti legge[258], si è stabilito che la sospensione delle procedure per riduzione di personale non opera nel caso di licenziamenti e successione di appalto, con riassunzione dei dipendenti da parte del nuovo appaltatore a seguito di quanto previsto dalla legge o da clausole sociali. Una previsione giustificata dal fatto che, in questo caso, vi è la conservazione del posto di lavoro. Si è ipotizzata una possibile estensione analogica di queste norme nel caso di licenziamenti individuali per gmo con meno di 5 dipendenti, in considerazione della «evidente identità di *ratio* (garantire continuità occupazionale ai lavoratori che subiscono gli effetti della crisi dovuta all'epidemia)»[259]. La conclusione mi sembra del tutto condivisibile, anche perché vi sono tutti i presupposti per l'applicazione della analogia[260].

Il blocco, inoltre, non si applica in una serie di ipotesi in cui di fatto vi è la cessazione dell'attività d'impresa senza continuazione, anche parziale, della produzione di beni o servizi, così come pure nel caso di licenziamenti intimati a seguito di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa o ne sia stata disposta la cessazione. Si tratta, come si comprende chiaramente, di situazioni in cui i recessi sono legati a vicende peculiari in cui il datore di lavoro o è in una situazione di dissesto così grave da essere coinvolto in una procedura concorsuale o, comunque, non è destinato a svolgere più alcuna funzione produttiva. In questi casi il divieto dei licenziamenti, per le finalità perseguite tutte connesse alla normale ripresa dell'attività dopo il superamento della pandemia, non avrebbe alcun senso[261].

La sospensione dei licenziamenti collettivi e il divieto di quelli individuali per gmo non operano «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», che maturano anche il diritto alla Naspi. Si tratta di una previsione che, attraverso la valorizzazione dell'autonomia collettiva ed il controllo sindacale, ha inteso introdurre una deroga al blocco, per renderlo meno rigido e attutirne l'impatto sulla organizzazione aziendale. Inoltre, si è inteso offrire ai lavoratori una possibilità di «uscita» dall'impresa previo incentivo economico (che è presupposto per la risoluzione del rapporto di lavoro) e la garanzia del sostegno al reddito nel periodo di perdita dell'occupazione[262].

---

257 V. *retro* § 2, testo e note 30 ss.

258 Art. 3, c. 2, del D. L. n. 103/2021, convertito dalla L. n. 125/2021; art. 11, c. 7, del D.L. n. 146/2021, convertito dalla L. n. 215/2021.

259 M.T. Carinci 2020, 579.

260 Cfr. *retro* § 6, testo e nt. 139.

261 E, infatti, il divieto si applica, pur nelle ipotesi di grave dissesto o di cessazione dell'attività, quando vi sia continuazione della produzione di beni o servizi a seguito di trasferimento di azienda o di ramo, o, per il fallimento, nell'ipotesi di esercizio provvisorio. Qui, infatti, è concepibile un ritorno alla normale attività dopo la fine dell'emergenza sanitaria. Cfr., su tali aspetti, Maresca 2020, 10.

262 Si è sottolineato che l'incentivo economico non è necessariamente imposto dalla legge (Maresca 2020, 17). Tuttavia non vedo come il lavoratore possa essere «incentivato» a perdere il posto di lavoro e la cassa integrazione se non previa corresponsione di una somma di denaro.

Si è affermato che la disciplina descritta avrebbe una durata non legata alla permanenza dei divieti, in quanto «la disposizione relativa agli accordi aziendali non è specificamente sottoposta, direttamente o indirettamente, ad alcun termine»[263]. In realtà non è così, proprio perché la legge determina un collegamento diretto tra accordi e deroga alle «sospensioni e (alle) preclusioni» in tema di licenziamenti economici. Si tratta, dunque, di una normativa speciale, connessa al blocco dei recessi e che è destinata ad avere una efficacia temporale strettamente connessa ad esso. Se il divieto è temporaneo, la deroga non può che seguire la medesima sorte di durata limitata[264].

Si è giustamente rilevato come si tratta di «una speciale risoluzione consensuale del contratto di lavoro a formazione progressiva», basata su tre elementi fondamentali: a) l'accordo collettivo; b) l'adesione del lavoratore che determina la risoluzione consensuale del contratto di lavoro ed infine (c) il diritto alla indennità di disoccupazione[265]. L'adesione del lavoratore è una condizione di operatività della estinzione del contratto di lavoro, certamente attuata per mutuo consenso[266]. L'accordo può essere definito solo a livello aziendale, perché è il luogo in cui concretamente opera il divieto e se ne misurano gli effetti[267]. Esso va stipulato dai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale, con una formulazione usuale che, in questo caso, vuole evitare la partecipazione di sindacati di origine solo aziendale e senza collegamento con il territorio[268]. Ne deriva la esclusione della legittimazione a sottoscrivere gli accordi da parte delle rsa/rsu, con una scelta criticabile, perché tali rappresentanze hanno sicuramente una migliore conoscenza della situazione aziendale e avrebbero dovuto essere coinvolte insieme ai sindacati territoriali[269]. La disciplina descritta presuppone l'apertura di una procedura di consultazione e di definizione di un possibile accordo con le organizzazioni sindacali. E tale intesa, che non potrebbe avvenire nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo (sospesa, se in corso, o vietata), può essere definita nell'ambito della procedura di consultazione sindacale per il godimento della cig, nel corso della quale si potrebbe anche affrontare la questione degli esodi incentivati e stipulare un accordo aziendale ad essi riferito[270].

L'accordo aziendale, come si è detto, deve essere sottoscritto entro il termine finale in cui è operativo il divieto dei licenziamenti economici. Tuttavia, come ha sostenuto l'Inps, la risoluzione del rapporto potrebbe produrre i suoi effetti anche in epoca successiva[271]. Questa interpretazione è

---

[263] Maresca 2021, 23.

[264] Questa conclusione è suffragata anche dalle Circolari Inps che specificano come gli accordi aziendali, per produrre gli effetti previsti (ivi incluso il diritto dei lavoratori alla Naspi), devono essere stipulati entro il termine definito per il blocco dei licenziamenti economici (Circolare Inps 23.12.2021, n. 196, *in* https://www.inps.it, 3. Si veda anche la Circolare 1.12.2021, n. 180, in https://www.inps.it, 2). Si tratta di una conferma della stretta connessione temporale tra divieti e accordi.

[265] Maresca 2020, 10.

[266] Maresca 2020, 12. L'adesione potrà avvenire in forma espressa ma anche implicita a seguito di un comportamento concludente (come l'accettazione dell'incentivo economico). E non è escluso che si preveda, quale ulteriore condizione applicativa, una rinuncia ai sensi dell'art. 2113 effettuata in sede assistita. Una soluzione, quest'ultima, non prevista dalla legge, ma sicuramente possibile.

[267] Condivido l'idea che il livello aziendale può anche coincidere con un accordo di gruppo (Maresca 2020, 15).

[268] Si è sottolineato che il riferimento al sindacato comparativamente più rappresentativo «solleva le consuete incertezze sia per quanto riguarda la identificazione dei sindacati abilitati, sia per la possibilità di stipulare accordi *separati*» (Maresca 2020, 16). Sono considerazioni condivisibili, ma che certo non possono essere analizzate in questa sede. Né è pensabile che il legislatore, a fronte della emergenza pandemica, potesse introdurre una formulazione diversa.

[269] O, quantomeno, si sarebbero dovute legittimare le rsa/rsu riconducibili ai sindacati comparativamente più rappresentativi (Maresca 2020, 16).

[270] Maresca 2020, 13 – 14.

[271] Si vedano le Circolari Inps citate *supra* a nt. 182.

certamene possibile alla luce della formulazione letterale delle varie norme in materia. Anche se è più plausibile ritenere che la risoluzione verrà imposta durante il blocco e non quando, dopo la sua fine, il datore di lavoro riacquista il potere di licenziamento.

La possibilità di stipulare questi contratti collettivi aziendali in deroga ha certamente contribuito a rendere più flessibile il divieto dei licenziamenti economici. Anche se non si hanno dati che possano confermare quale influenza tali accordi hanno avuto sulla materia.

Riferimenti bibliografici

Albanese A. (2003), *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli.

Amendola F. (2021), *Intervento*, in *Convegno nazionale CSDN 14 maggio 2021 – I licenziamenti impossibili nelle emergenze: ieri e oggi* (testo non a stampa), 1 ss.

Azzariti G. (2020), *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, *htpps://www.costituzionalismo.it*, I ss.

Baldassarre A (1971), *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 582 ss.

Ballestrero M.V. (2020), *Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, 1 ss.

Bavaro V. (2019), *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento*), in *RIDL*, I, 175 ss.

Bin R. (1992), *Diritti e argomenti: il bilanciamento di interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Bobbio N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Utet, Torino.

Bobbio N. (1968), *Analogia*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. I, Utet, Torino.

Bronzini G. (2021), *Il blocco dei licenziamenti in Italia e la sua compatibilità con il diritto "europeo"*, in *LDE*, 2, 1 ss.

Buzzacchi C. (2019), *Il lavoro: da diritto a bene*, Franco Angeli, Milano.

Caiani L. (1958), *Analogia*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 348 ss.

Carinci F. (2016), *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. Mazzotta (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo* il Jobs Act, Giappichelli, Torino, 119 ss.

Carinci M.T. (2020), *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*, 571 ss.

Cartabia M. (2013), *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *https://www.cortecostituzionale.it*, 1 ss.

Caruso B. (2020), *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona". IT- 427/2020*, *http://csdle.lex.unict.it*, 1 ss.

Casavola P. (1995), *La giustizia costituzionale nel 1994*, in *www.cortecostituzionale.it*, , 1 ss.

Cataudella M. C. (2008), *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano.

Celotto A. (2006), *Art. 3, 1°c. Cost.*, in Bifulco R. *et al.* (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 65 ss.

Cerri A. (2016), *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *DP*, 625 ss.

Colosimo C. (2020), *Art. 18 – Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, Milano, 1051 ss.

Cosio R. (2021), *Il blocco dei licenziamenti nel decreto "sostegni"*, in *LDE*, 2, *https://www.lavoro-dirittieuropa.it*, 2 ss.

Cosio R., Vidiri G (2021), *L'incidenza della pandemia sui licenziamenti, tra blocco, deroghe e tutele. Una conversazione a distanza tra Roberto Cosio e Guido Vidiri*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, 3 ss.

De Luca M. (2021), *Blocco dei licenziamenti al tempo del Covid-19 un anno dopo: è tempo di* bilanci *(nota a margine di Trib. Roma 26 febbraio 2021 e Trib. Ravenna 7 gennaio 2021)*, in *CSDLE Newsletter*, 14, *htpps://csdle.lex.unict.it*, 1 ss.

De Luca Tamajo R. (1976), *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli.

Del Punta R. (2020), *Art. 2110*, in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer Italia Srl, Milano, 509 ss.

Diamanti R. (2020), *Art. 3 legge 15 luglio 1966, n. 604,* in R. Del Punta, F. Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer Italia Srl, Milano, 845 ss.

Ferri G. B. (1980), *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc.dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffré, 1038 ss.

Galgano F. (1982), *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. II, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1 ss.

Gamberini G., Pelusi L.M., Tiraboschi M. (2016), *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il* Jobs Act, Giuffrè, Milano, 21 ss.

Gianformaggio L. (1987), *Analogia*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione Civile*, vol. I, Utet, Torino, 320 ss.

Guastini R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano.

Guastini R. (2017), *Dialogando su principi e regole. Applicare principi costituzionali*, in *MSCG*, I, 127 ss.

Luciani M. (2008), *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, *https://www.costituzionalismo.it*, 1 ss.

Luciani M. (2016), *Interpretazione conforme a costituzione*, in *ED – Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 391 ss.

Luciani M. (2020), *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2, *https://www.rivistaaic.it*, 109 ss.

Maresca A. (2020), *Limiti al licenziamento e incentivi alla risoluzione consensuale nell'art. 14, L. 13 ottobre 2020, n. 126, di conversione del DL 14 agosto 2020, n. 104*, in S. Bellomo, A. Maresca, G. Santoro Passarelli (a cura di), *Lavoro e tutele al tempo del Covid 19*, Giappichelli, Torino, 1 ss.

Maresca A. (2021), *Divieto di licenziamento e tutela dell'occupazione nell'art. 8, DL n. 41/2021*, in *LDE*, 2, *https://www.lavorodirittieuropa.it*, 2 – 4.

Morrone A. (2008), *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. II, t. 2, Giuffrè, Milano, 185 ss.

Novella M. (2008), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.

Putti. P. (2002), *La nullità parziale*, ESI, Napoli.

Recchia G.A. (2015), *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel* Jobs Act 2, Cacucci, Bari.

Scaccia G. (2000), *Gli strumenti del giudizio di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Scarpelli F. (2020), *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *RIDL*, 313 ss.

Sorrentino F. (2011), *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino.

Speziale V. (2016a), *Lavoro a termine*, in *ED – Annali* – v. IX, Giuffrè, Milano, 497 ss.

Speziale V. (2016b), *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e Diritto europeo*, in *RIDL*, I, 111 ss.

Speziale V. (2019), *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 3, *https://www.costituzionalismo.it*, 101 ss.

Speziale V. (2020), *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, I, 733 ss.

Speziale V. (2021), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021,* in *RGL*, I, 247 ss.

Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.

Zagrebelsky G. (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

Legenda

DLRI: Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni industriali

DP: Diritto Pubblico

Enc. dir.: Enciclopedia del diritto

GC: Giustizia Civile

LDE: Lavoro Diritti Europa

MSCG: Materiali per una storia della cultura giuridica

RGL: Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza Sociale

RIDL: Rivista Italiana di Diritto del Lavoro

WPCSDLE "Massimo D'Antona": Working Paper Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"

La nozione di lavoro subordinato nella dir. 2019/1152 e nella proposta di direttiva europea rivolta a tutelare i lavoratori "delle piattaforme"*

Vincenzo Ferrante

1. Lavoro subordinato e dibattito accademico. 63

2. La tutela dei diritti fondamentali nel diritto interno e in sede sovrannazionale: la questione delle competenze dell'Unione. 65

3. Le competenze dell'Unione in tema di libertà di movimento dei lavoratori subordinati e di tutela della salute e sicurezza. 69

4. La disciplina dell'orario. 71

5. La direttiva n. 1152 del 2019. 73

6. La proposta di direttiva in tema di tutela dei lavoratori delle piattaforme. 75

7. Conclusioni. 76

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 158/2022

1. Lavoro subordinato e dibattito accademico.

Malgrado il campo indagato dal diritto del lavoro abbia conosciuto una ampia dilatazione dei suoi confini, nella prospettiva di dar vita ad una società più inclusiva e più giusta, che attribuisca rilievo a tutti gli aspetti concretamente connessi alla realizzazione professionale di ogni individuo, la contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato sembra restare, al tempo stesso, fondamentale al fine di dare accesso allo statuto protettivo del prestatore, ma incerta nei suoi esatti termini: e tanto malgrado l'ininterrotta attenzione che un'intera generazione di studiosi italiani ha dedicato alla questione, cercando o di integrare i criteri qualificatori recepiti nella nozione di cui all'art. 2094 c.c. o di chiarire la portata di quella definizione, anche alla luce dell'elaborazione dottrinale che precedette la codificazione. Non deve stupire, allora, se gli argomenti e le questioni che a lungo sono stati dibattuti nella giurisprudenza e nella dottrina nazionale, vengano ora ad arricchire un pensiero che attraversava l'Europa, dilagando verso tutti i paesi più industrializzati, nel momento in cui questi sono stati chiamati all'elaborazione di uno statuto protettivo per i lavoratori della c.d. *gig-economy*[272].

I risultati cui questa riflessione collettiva ha condotto si offrono anche al legislatore europeo che, a fronte dell'esigenza di dover assicurare libertà di concorrenza a fenomeni economici suscettibili di trovare corretta collocazione, in relazione alle effettive modalità di organizzazione dei servizi, nell'ambito del diritto di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE (già 52 Tratt. di Roma), ha dovuto, in occasione dell'emanazione della direttiva n. 1152 del 2019[273], precisare in dettaglio quale sia il campo di applicazione delle sue disposizioni, anche al fine di individuare in seno alle previsioni dei trattati le competenze su cui può fondarsi la sua azione normativa. Ed analoga premura ha mosso la Commissione nel formulare la recente proposta per una direttiva che tuteli i lavoratori delle piattaforme[274].

Molti degli elementi che sono stati individuati a tali fini, appaiono familiari al giurista italiano, abituato da tempo anche a confrontarsi sulla possibilità di affiancare al metodo tipologico un sistema di "indici" della subordinazione. In questo modo, da un lato, viene confermata la centralità della questione mentre, dall'altro, sembrano ridimensionate le proposte di chi aveva

---

[272] Fra gli AA. stranieri, in relazione al tema dei lavoratori delle piattaforme, v. ad es.; A. TODOLÍ-SIGNES, *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy, and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *IJCLLIR*, 2017, vol. 33, n. 2, 241 ss.; G. DAVIDOV, *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, in Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper, 2017, n. 17-7; ADAMS et AA., *La Corte di Giustizia dell'UE prende tempo? L'ordinanza Yodel e le sue (scarse) implicazioni per il lavoro tramite piattaforma*, in *RGL*, 2020, n. 3, II, 399-416. Più in generale, v. G. DAVIDOV, *Who is a Worker*?, in ILJ, 2005, vol. 34, n. 1, pp. 57 ss.; N. COUNTOURIS, *The concept of 'worker'* in *European Labour Law. Fragmentation, Autonomy, and Scope*, ILJ, vol. 47, 2, July 2018, 192–225.

[273] La dir. (UE) 2019/1152 del PE e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa a «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'UE» dovrà essere trasposta nell'ordinamento interno entro il prossimo 1° agosto 2022. Per un commento a riguardo, v. gli AA. citt. *infra* a nota 34. La questione trattata nel saggio si porrà nei medesimi termini anche in relazione alla dir. (UE) 2019/1158 del PE e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che, abrogando la dir. 2010/18/UE del Consiglio, detta una serie di tutele per i lavoratori che godano di un congedo (per la cura dei figli o di persone che necessitino assistenza), le cui previsioni dovranno essere parimenti recepite entro l'agosto 2022 (salvo alcune per le quali il termine è prorogato di un biennio).

[274] Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform workers [COM(2021) 762 final del 9.12.2021]

ipotizzato un superamento della nozione di cui all'art. 2094 c.c., proprio grazie al progredire dell'armonizzazione eurounitaria[275].

Ed invero, a fronte degli incerti approdi cui è giunto il legislatore nazionale anche dopo la tormentata sistemazione operata dal d. lgs. 81 del 2015, è sembrato a tanti che la questione abbia oramai raggiunto un punto morto, se così si può dire, dopo le prospettive aperte invece dal d. lgs. n. 276 del 2003, e prima ancora dal "Libro bianco" dell'ottobre 2001[276].

Non appare, allora, illogico, in carenza di approdi appaganti, ritornare alle ragioni che avevano originato quelle modifiche per verificare in che misura la disciplina contenuta nelle direttive europee consenta (o imponga) al legislatore nazionale (chiamato ad applicarle) di ampliare la nozione di lavoratore subordinato, fino ad assoggettare alle previsioni dei trattati e al diritto derivato anche le collaborazioni coordinate e continuative o le varie forme di lavoro "non standard" di cui al d. lgs 81 del 2015 (*in primis* le collaborazioni etero-organizzate). Si tratterà di indagare, in particolare, quelle direttive che hanno ad oggetto la tutela della salute e sicurezza e la disciplina dell'orario di lavoro (che alle precedenti si richiama) e che, secondo l'opinione manifestata in passato da alcuni[277] troverebbero applicazione indifferenziata al lavoro autonomo e a quello subordinato.

Sarebbe tuttavia errato leggere, nell'eventuale disallineamento fra la proposta interpretativa di cui si è detto e la concreta portata del dato normativo, un'arretratezza del dibattito scientifico italiano, posto che, come si evince dal numero e dalla qualità dei contributi che si sono registrati in tutto il mondo e dall'attenzione mostrata dalla Commissione europea, non si può negare che sussista un problema intorno allo statuto giuridico da riconoscere a quei lavoratori, che, in numero crescente, vengono ad operare all'interno di sistemi che, non garantendo continuità di

---

[275] In questo senso, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Tratt. CM*, Giuffrè, Milano, 2000, 65, le cui idee hanno costituito oggetto di continuo confronto con pressoché tutti gli AA. che si sono occupati del tema; lo stesso A. sembra però recentemente aver abbandonato questa impostazione, limitandosi ad affermare la necessità di affiancare ai tipi del lavoro subordinato ed autonomo la fattispecie della "dipendenza economica", individuata dai tratti essenziali della «monocommittenza, della durata nel tempo della collaborazione e della fascia di professionalità e di reddito medio-bassa» (v. *Lo smart working e il tramonto della* summa divisio *tra lavoro subordinato e autonomo*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a G. Pera dai suoi allievi*, 2020). Per un'ampia trattazione del tema, che si conclude con l'invito a ripensare i più tradizionali criteri, v. L. NOGLER, *The concept of «subordination» in European and comparative law*, Quaderni del Dip. di Scienze giuridiche, Trento, 2009, 156 ss.

[276] A riguardo non si danno citazioni, poiché il saggio si vuole concentrare su un versante particolare della questione (che certamente interessa però le scelte del legislatore nazionale); una certa stanchezza promana dal giudizio di chi considera "archiviato il tradizionale aggiornamento espansivo della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.": così A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro neo-moderno. Una risposta a Franco Carinci*, in *ADL*, 2021, f. 6, 1313 (con rif. alla recensione, adesiva sul punto, di F.C. al volume dello stesso A. *Oltre la subordinazione*, Torino, Giappichelli, 2021, apparsa *ivi*, 2021, f. 3, 663 ss.). Per considerazioni in parte analoghe, rinvio a FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca* (nota a Trib. Torino sez. lav. 7 maggio 2018), in *DRI*, 2018, fasc. 4, pp. 1196-1202.

[277] P. ICHINO, *Il tempo di lavoro nell'Unione Europea*, in *RIDL*, 1998, I, pp. 153-179; nonché, seppure in via dubitativa, A. SITZIA, *Commento all'art. 2*, in CESTER, MATTAROLO, TREMOLADA, *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2003, 91 ss.; O BONARDI, *Limiti di orario e lavoro autonomo nel diritto comunitario*, in *RIDL*, 2005, II, 302-311; l'idea ha goduto di ampia diffusione, come conferma, da ultimo, l'opinione di GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, WKI, 2017, 121 ss.; in senso contrario, secondo E. ALES, *Commento alla dir. 89/391/CEE*, in ALES ET AA., *International and European Labour Law. A Commentary*, Beck-Hart-Nomos, 2018, 1217, in assenza di giurisprudenza sul punto, sembra doversi dare prevalenza al dato letterale, anche a fronte delle più ampie espresse previsioni contenute nella dir. 92/57/CEE all'art. 2(1)(d) in ordine alla protezione da accordare a quanti si trovino ad operare all'interno di cantieri mobili, che espressamente definisce il lavoratore autonomo, come «qualsiasi persona diversa da quelle di cui all'art. 3, lettere a) e b), della direttiva 89/391/CEE la cui attività professionale concorre alla realizzazione dell'opera».

impiego, finiscono per attribuire alle singole prestazioni rese (e al modello di organizzazione dell'impresa) un ruolo centrale nella definizione del rapporto giuridico, che lega creditore e prestatore.

Si tratta di fenomeni che, per il potenziale mostrato, sollecitano apposite soluzioni normative, specie quando i lavoratori coinvolti versino in situazione di marginalità sociale, se non di effettiva deprivazione materiale, per l'insufficienza dei salari percepiti. Ed il contrasto non potrebbe che apparire più acuto sul punto, ove si pensi che spesso costoro si trovano ad operare nell'ambito di sistemi produttivi capaci di affermarsi in una pluralità di contesti nazionali, grazie alle prestazioni altamente standardizzate offerte alla clientela. In questo senso deve apparire del tutto evidente come i due provvedimenti normativi che si richiamano nel titolo (una direttiva che attende di essere trasposta a breve e un progetto oramai prossimo alla definitiva approvazione) anticipano per larga parte il dibattito che ancora circonda il progetto di una direttiva europea in tema di salario minimo[278], posto che, ove si dovesse effettivamente realizzare un intervento in questo ambito, sulla base di una sostanziale intesa intergovernativa degli Stati membri diretta a superare i limiti alle competenze normative delle istituzioni europee, sarebbe gioco forza necessario, al fine di evitare facili elusioni nell'ordinamento interno, estendere i contenuti di tale provvedimento anche alle tante forme di lavoro para-subordinato conosciute dall'ordinamento italiano.

2. La tutela dei diritti fondamentali nel diritto interno e in sede sovrannazionale: la questione delle competenze dell'Unione.

Ove si osservi il dibattito che ha circondato l'emanazione del *Jobs act* nel 2015 e le previsioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, là dove questa prevede, a differenza della Costituzione italiana, un diritto individuale alla protezione contro il licenziamento ingiustificato (art. 30), si dovrà registrare una certa tensione, almeno sul piano dell'interpretazione giudiziale[279], che sembra generata da una malintesa concezione delle disposizioni delle fonti sovrannazionali, che non di rado sono percepite come una sorta di naturale sviluppo degli impegni assunti dal costituente, mentre, al contrario, è bene distinguere fra gli orizzonti disegnati dalla Carta costituzionale del 1947 e gli interessi che muovono il legislatore europeo.

Ed invero, mentre l'Unione europea è chiamata ad operare all'interno di un rigido sistema di competenze, che mai potrà essere abbandonato anche quando si venga a costituire un vero e proprio stato federale, la Costituzione è, per sua natura, duttile[280] ed onnicomprensiva, venendo a regolare i rapporti politici, economici e sociali che interessano l'intera società italiana. Essa dunque contiene precetti che, pur nella loro assolutezza, possono essere interpretati dalla giurisprudenza nazionale in maniera evolutiva, mentre non ci si può dimenticare che, quando viene in rilievo la materia disciplinata dal diritto europeo, alla Corte di Giustizia di Lussemburgo spetta innanzi tutto il ruolo di dirimere le controversie fra gli stati (e fra le competenze di questi e delle istituzioni di Bruxelles), svolgendo una funzione che appare essenziale al principale scopo dei

---

[278] Sia consentito limitare le citt. a T. TREU, *Proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nell'UE*, in *DRI*, 2021, f. 1, 1 ss.

[279] Sui possibili equivoci nella giurisprudenza di merito, rinvio al mio *La conversione del lavoro a termine non determina l'applicazione del Jobs Act, quando manchi la volontà di novare il rapporto*, in *DRI*, 2021, f. n. 4, 1166-1171

[280] La Costituzione deve ovviamente qualificarsi come "rigida", quando venga in rilievo la gerarchia delle fonti.

trattati[281], che resta, al momento, quello di dar vita ad un'area di libero scambio, dove ogni impresa possa competere ad armi pari con le altre, senza che sia consentito ai singoli apparati statali svolgere un'azione a sostegno degli interessi nazionali (pur quando essi siano del tutto meritevoli di tutela, secondo la logica delle disposizioni interne).

La sovrapposizione fra i due piani, invero, non è per nulla infrequente anche nella stessa dottrina, come si ricava già dalla rilettura del celebre "Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia" dell'ottobre 2021 dove, al termine di una lunga premessa, tutta dedicata alle fonti sovrannazionali di regolazione del rapporto di lavoro[282], si può leggere che:

«A seguito dei profondi mutamenti intercorsi nell'organizzazione dei rapporti e dei mercati del lavoro, il Governo ritiene che sia ormai superato il tradizionale approccio regolatorio, che contrappone il lavoro dipendente al lavoro autonomo, il lavoro nella grande impresa al lavoro in quella minore, il lavoro tutelato al lavoro non tutelato. E' vero piuttosto che alcuni diritti fondamentali devono trovare applicazione, al di là della loro qualificazione giuridica, a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi: si pensi al diritto alla tutela delle condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, alla tutela della libertà e della dignità del prestatore di lavoro, all'abolizione del lavoro minorile, all'eliminazione di ogni forma di discriminazione nell'accesso al lavoro, al diritto a un compenso equo, al diritto alla protezione dei dati sensibili, al diritto di libertà sindacale. È questo zoccolo duro e inderogabile di diritti fondamentali che deve costituire la base di un moderno "Statuto dei lavori"».

La proposta poco o nulla ha a che vedere con la disciplina delle fonti europee, non foss'altro per il fatto che essa viene a fondarsi su una lettura delle disposizioni costituzionali, ed in particolare dei precetti di cui agli artt. 4 e 35/I, come tutela di ogni attività umana «che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (così l'art. 4/II Cost.) e non certo su chissà quale vincolante indicazione sovrannazionale[283].

E pure può aggiungersi che l'aspetto in relazione al quale si registra più marcatamente un possibile contrasto fra il diritto interno e il diritto europeo, concentrato – come si è appena ricordato – sul tema della legislazione concorrenziale, resta quello della libertà di organizzazione sindacale, che, mentre viene protetta quando, mediante accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, si faccia questione "di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro"[284], appare invece come un possibile elemento di

---

[281] In ordine alle questioni connesse all'assenza di un giudice internazionale che possa garantire terzietà nell'interpretazione degli accordi commerciali internazionali (FTAs), sia consentito anche qui per brevità il rinvio a FERRANTE, *L'Italia e l'OIL*, in ID. (cur.), *A tutela della prosperità di tutti*, Giuffrè FL, 2020, 18-21.

[282] V. *ivi*, par. I.3.5, intitolato allo "Statuto dei Lavori", 39.

[283] Nella pagina citata non è difficile scorgere l'eco di quanto scrive M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, t. II, Giuffrè, Milano, 1995; se vuoi, v. adesivamente V. FERRANTE, *Subordinazione, dipendenza, abitualità, personalità: riflessioni e proposte per la tutela dei nuovi lavori*, in *Labor*, 2019, fasc. 1, pp. 23-37.

[284] Così CGUE sent. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie*, ECLI:EU:C: 2014:2411, punto 22, in *RIDL*, 2015, II, f. 2, 573-580, con nota di P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli Stati membri*: la Corte ha ritenuto che la fissazione di tariffe minime per subordinati ed autonomi sfuggisse alle regole antimonopolistiche, solo nella misura in cui i lavoratori che invocassero l'accordo fossero di fatto dei "finti autonomi" e cioè dei subordinati, richiamandosi in particolare al caso *Allonby* (su cui *infra* nt. 33).

distorsione, quando viceversa l'autonomia negoziale collettiva si spinga a definire la misura del corrispettivo minimo dovuto in relazione ai servizi prestati, proiettandosi al di là delle collettività rappresentate[285].

La formula, che si è riportata, oramai quasi tralatizia, può apparire equivoca ove non si abbia presente i casi in cui essa è stata applicata, posto che quando ad essere attaccato è il sistema integrato di previdenza, la Corte non ha avuto difficoltà a riconoscere che, al pari che nell'art. 38/IV della Costituzione italiana, non vi sono norme europee a tutela della concorrenza che impediscano un'estensione *erga omnes* delle previsioni collettive[286], mentre, al contrario, si deve considerare come una indebita restrizione della concorrenza la pretesa delle organizzazioni sindacali di dettare norme di applicazione generale in tema di minimi salariali (anche ai lavoratori autonomi), quando manchi una norma che valga a prendere a riferimento il salario definito collettivamente quale minimo universale per chi si trovi a lavorare in un certo territorio[287].

Né manca, pur a fronte della differenza di impostazioni, una convergenza fra i due ambiti, come pure lo stesso *Libro bianco* sopra richiamato si preoccupava di sottolineare nel passo che si colloca immediatamente dopo la citazione che sopra si è riportata per esteso:

«Occorre precisare che il riconoscimento di questi diritti fondamentali [i.e. quelli sopra enunziati] a tutti i lavoratori che svolgano prestazioni a favore di terzi (datori di lavoro, imprenditori, enti pubblici, committenti, etc.) non risponde solo ed esclusivamente a istanze di tutela della posizione contrattuale e della persona del lavoratore. È vero anzi che il riconoscimento di standard minimali di tutela a beneficio di tutti i lavoratori rappresenta — oggi più che nel passato — anche una garanzia dei regimi di concorrenza tra i soggetti economici, arginando forme di competizione basate su fenomeni di *dumping* sociale (dal lavoro nero *tout court* a forme di sfruttamento del lavoro minorile, etc.)».

Queste affermazioni, invero, mostrano quale sia la preoccupazione che spinge il diritto europeo all'indifferenza, non già verso la qualificazione del rapporto, ma (ed è cosa ben diversa) verso la disciplina interna in concreto applicabile (come tipicamente nei casi in cui si faccia questione del confine che corre fra soggetti pubblici e privati, includendo in questa distinzione anche le numerose forme intermedie che il nostro ordinamento ben conosce), poiché è l'interesse ad una

---

[285] Posto che in tali casi è l'organizzazione sindacale che viene ad operare come associazione di imprese: così *FNV Kunsten Informatie*, cit., par. 28. La pronunzia, in verità, avrebbe dovuto orientare il legislatore italiano verso soluzioni diverse da quella praticata dal d.l. 3 sett. 2019, n. 101, cha ha introdotto un capo V bis nel d. lgs. 81/2015, dando così origine a controversie applicative non ancora sopite.

[286] La Corte si oppone alla pretesa della compagnia assicuratrice Albany di dichiarare l'illegittimità del monopolio determinato da norme imperative che rendono obbligatoria la contribuzione a fondi integrativi della previdenza pubblica: CGUE sent. 21 sett. 1999, C-67/96, *Albany International*, ECLI:EU:C:1999:430; nello stesso senso, con riferimento a liberi professionisti, v. pure sent. 12 sett. 2000 C 180/98, *Pavlov et al. c Stichting Pensioenfonds Mediche Specialisten* nonché, sempre in relazione al rischio che una selezione avversa determini alla lunga il venir meno della tutela degli enti previdenziali pubblici, v. sent. 22 gennaio 2002, C-218/00, *CISAL c/ INAIL*; in ordine al rilievo sistemico che nei Paesi Bassi ha la previdenza complementare, a fronte di una pensione pubblica "di base" di importo assai contenuto, sia consentito il rinvio a V. FERRANTE, *La previdenza complementare nell'ordinamento olandese*, in A. TURSI (dir.), *La previdenza complementare in Europa*, t. II, Giappichelli, Torino, 2013.

[287] Secondo, a ben vedere, l'impostazione già a suo tempo manifestata in *Rush Portuguesa* (sent. 27 marzo 1990) e che ha trovato successivo svolgimento nella disciplina in tema di distacco transfrontaliero e nel recente progetto di direttiva sui minimi salariali, di cui alla nota 7.

regolazione omogenea degli scambi economici (e dunque alla definizione di regole comuni ed eguali per tutti) a richiedere un linguaggio comune e trasversale alle categorie proprie dei singoli ordinamenti[288].

In questo specifico senso, può dirsi, ad es., che ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di orario di lavoro nel settore dei trasporti, appare irrilevante se il conducente sia un lavoratore subordinato, autonomo o il socio di una cooperativa, essendo evidente come (accanto a quello ad una protezione degli altri automobilisti che si trovano a condurre i propri veicoli sulle stesse strade degli autotrasportatori) l'interesse delle norme europee sia quello di evitare che la previsione di limiti nazionali più lunghi finisca per favorire alcune imprese a svantaggio di altre, riducendo i costi di esercizio[289].

Il confronto con il diritto internazionale del lavoro (e la recente esperienza delle trattative condotte dalla Commissione per la stipula di accordi di libero scambio) hanno consentito di sviluppare la consapevolezza della specificità del diritto europeo, che, anche dopo l'emanazione di una Carta fondamentale dei diritti, resta estraneo al piano su cui si proietta l'impegno costituzionale alla promozione di tutte le forme di lavoro. L'esperienza così maturata deve condurre ad un riesame delle conclusioni che si sono diffuse nella dottrina a cavallo dei due secoli intorno alle previsioni europee e al significato che queste assumono nella prospettiva di un allargamento della tutela, dettata per i lavoratori subordinati, anche a prestazioni che, pur caratterizzate dal fatto di essere eseguite in maniera prevalentemente personale, non registrano, tuttavia, la presenza di un vero e proprio potere di direzione e controllo del committente nella fase esecutiva, di modo che si collocano senz'altro al di fuori della nozione di lavoro subordinato strettamente intesa, quale risulta non solo dall'art. 2094 c.c., ma altresì dalla stessa risalente, ma insuperata, giurisprudenza europea[290].

Né, a modifica degli assetti di interessi che si sono sino a qui sommariamente sintetizzati, vale richiamare le preoccupazioni per il lavoro "di qualità" e, di conseguenza, il contrasto al c.d. *dumping* sociale, posto che questo, come del resto lo stesso "Libro bianco" chiarisce nel passo sopra citato, si riferisce nel lessico europeo[291] non già a fenomeni di (legittima) mancata applicazione

---

[288] In questa prospettiva, non si deve dimenticare, del resto, che la più compiuta espressione della nozione di subordinazione si deve ad una pronunzia della Corte di Giustizia che costituisce al tempo stesso la pietra miliare della parificazione, al privato, del lavoro pubblico, essendo da decidersi se quest'ultimo campo fosse escluso dall'ambito di applicazione del principio di libertà di movimento: v. CG, sent. 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, parr. 15-17. Sulle ragioni che ebbero a determinare la separazione fra i due settori e su quelle che al tempo stesso hanno impedito che la divaricazione normativa si estendesse al di là del dovuto, sono ancora significative le pagine di A. GARILLI, *Il trattamento di fine rapporto tra impiego pubblico e impiego privato*, Angeli, Milano, 1983, 25 ss.

[289] Sul fondamento delle norme in tema di tutela dell'autotrasporto, v. BONARDI, *Limiti di orario e lavoro autonomo*, cit., nonché B. SURDYKOWSKA, *Social dumping or the lack of willingness to establish common social standards?*, in A. PERULLI (cur.), *L'idea di diritto del lavoro, oggi*, CEDAM WK, Padova, 2016, 159 ss.

[290] E, dunque, per concorde opinione, alla dottrina conseguente ai casi *Unger* (19 marzo 1964), *Levin* (23 marzo 1982), *Lawrie-Blum* (3 luglio 1986) sopra cit. nonché *Kempf* (3 giugno 1986), *infra* cit. a nt. 25.

[291] V. il *Libro verde* della Commissione, Bruxelles, 22.11.2006, COM(2006) 708 def, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 16 ss. Circa le incertezze che circondano il concetto, pure largamente diffuso, v. M. BERNACIAK (ed.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Routledge Social, 2017. Per una lettura della nozione di *dumping* sociale fortemente ancorata all'area definita dalla cit. di cui al testo ("dal lavoro nero *tout court* a forme di sfruttamento del lavoro minorile"), rinvio al mio *Libertà economiche e diritti dei lavoratori*, V&P, Milano, 2020, 41 ss.

dei minimi previsti dal contratto collettivo sottoscritto dal s.m.r., ma ad un fenomeno completamente diverso quale – per l'appunto – quello del lavoro nero *tout court*, cui si assimila il finto lavoro autonomo (*bogus self-employment*) e, aggiungerei, tutte le altre ipotesi nelle quali, attraverso dichiarazioni mendaci, le imprese pretendano di appropriarsi dei vantaggi competitivi riconosciuti in caso di esercizio della libertà di stabilimento (come nel caso delle *letter-box companies*, utili ai fini di fittizie operazioni di distacco, avverso le quali l'Unione ha reagito in tempi recenti con due distinte direttive[292] e con l'istituzione dell'Autorità europea del lavoro, che, per l'appunto, indirizza principalmente la sua attività al contrasto al lavoro transfrontaliero irregolare[293]).

3. Le competenze dell'Unione in tema di libertà di movimento dei lavoratori subordinati e di tutela della salute e sicurezza.

Il tema della definizione "comunitaria" di lavoratore subordinato è antico, posto che già ai fini di una corretta applicazione del principio della libertà di movimento riconosciuta dall'art. 48 del Trattato di Roma, ci si era dovuti interrogare su chi fosse il destinatario della tutela[294]. Ed infatti, sebbene la norma cit. richiamasse solo i "lavoratori", senza qualificarli altrimenti, il successivo art. 52 era chiaro nel riconoscere, al secondo comma, che "La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società", così ammettendosi a tutt'evidenza una differente qualificazione alle due fattispecie.

Veniva in questo modo implicitamente riconosciuto, in forza della contrapposizione fra le due norme, che la libertà di movimento si riferisce ai lavoratori subordinati, avviando al contempo quel processo, sopra richiamato, di parificazione fra attività di impresa e prestazione di servizi da parte dei lavoratori autonomi che non sembra ancora aver trovato una soluzione appagante e che si oppone ad un ampliamento indiscriminato delle tutele proprie del lavoro subordinato in un'area dove l'eterodirezione è assente.

Del resto, anche il tenore delle previsioni normative del 2° comma dell'art. 48 veniva a chiarire

---

[292] V. la dir. (UE) 2018/957 del PE e del Consiglio del 28 giugno 2018, recante modifica della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (trasposta con il d. lgs. 15 settembre 2020, n. 122) e prima ancora la c.d. direttiva "enforcement" 2014/67/UE del 15 maggio 2014 (d. lgs. 17 luglio 2016, n. 136): sul primo provvedimento, v. (BORELLI,) ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2019, 61 ss.

[293] M. ROCCA, *Les dernières minutes de la dernière chance: l'Agence européenne du travail et l'Union en 2019*, in BORELLI, MORSA, ALLAMPRESE (coord.), *L'Autorité européenne du travail*, Bruylant, Bruxelles, 2020, pp. 25 ss; FERRANTE, ALTIMARI, *L'Autorità europea del lavoro* in M. CORTI (cur.), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, V&P, Milano, 2020, 141-161.

[294] L. MENGONI, *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L'Aquila, 1972, 121 ss. (anche in *Dir. lav.*, 1970, 1, 165-187); S. BORRELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, *LD*, 2001, 4, 627 ss.; M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, CEDAM, Padova, 201, 33 ss.; e da ultimo GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 121 ss. (riassumendo un tema già altre volte trattato dallo stesso A.); M. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione, MGL*, 2020, 195-215; M. AIMO, *Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?*, in *Studi Roccella*, Napoli, 2021 (e in *Labour*, 2021, 4, 389-403; e da qui le citt.); L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore nel diritto dell'Unione europea*, in *ADL*, 2021, f. 3, 624-642; nelle trattazioni di ordine generale, v. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, CEDAM, Padova, II ediz., 2001, 62 ss.; ROCCELLA-TREU, *Diritto comunitario del lavoro*, CEDAM, Padova, 1995 (I ed.), 76 ss.; S. NAPPI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in CARINCI e PIZZOFERRATO (curr.), *Diritto del lavoro dell'UE*, Utet, Torino, 2010, 258 ss.; D. GOTTARDI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione europea*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, vol. VI, CEDAM, Padova, 2012, 3 ss.

che la libertà "di movimento" interessava quanti cercavano lavoro subordinato, posto che è solo con riguardo ad essi che può giustificarsi logicamente una previsione che "implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro" [295].

Queste previsioni sono transitate, senza modifiche di rilievo, nelle attuali disposizioni di cui agli artt. 45 e 49 TFUE, che riconoscono alle istituzioni europee competenze finalizzate alla realizzazione della libertà di movimento, da attuare "mediante direttive o regolamenti" con adozione di "misure" in particolare nelle materie della collaborazione fra le autorità amministrative e dell'accesso agli impieghi "disponibili", nonché nella garanzia di condizioni di lavoro non discriminatorie e nell'impegno per gli stati membri ad adottare meccanismi capaci di mettere in contatto l'offerta e la domanda di lavoro.

Si tratta di previsioni poco interessate alla questione che qui si tratta, poiché non si deve dimenticare che, come sottolinea tutta la dottrina[296], a fronte comunque del riconoscimento del diritto ad avere accesso al mercato comune (in forza o della libertà di movimento o di quella di stabilimento) la sola differenza che, alla fine, sembra rilevare, ove si faccia questione del diritto a trattenersi su suolo straniero, è quella relativa all'effettività dell'attività in sé[297], di modo che le pronunzie della giurisprudenza hanno ad oggetto soprattutto casi nei quali viene messo in dubbio questo carattere, poiché l'attività del prestatore è quasi del tutto assente o comunque notevolmente ridotta.

A fronte di tanto, pur tenendo conto dell'ampliamento delle competenze dell'UE, si dovrebbe senz'altro ritenere che riferimento diretto ed immediato delle previsioni dei trattati in tema di politica sociale sia il solo lavoro subordinato, anche se dovrebbe rimanere incontestato che manca al livello europeo, al momento attuale, una previsione generale, sia che si tratti di ribadire una nozione corrispondente a quella definita dal codice civile all'art. 2094 c.c., sia che ci si indirizzi a mettere in secondo piano la natura della prestazione resa. Ovviamente, tanto non impedisce che nel diritto interno si registri una modifica, ove si ravvisi che le esigenze protettive, che sono storicamente emerse con riguardo ai lavoratori dipendenti, in certi casi si riscontrano anche al di fuori dei confini della subordinazione strettamente intesa, così da reclamare, in quegli ambiti, una applicazione indifferenziata delle norme giuslavoristiche.

Solo che il legislatore italiano non ha margini illimitati per attuare una operazione siffatta, quasi che si trattasse di fare applicazione della consueta clausola "di miglior favore" che accompagna, anche in sede internazionale, la definizione degli *standard* protettivi, dovendo fare i conti, come meglio si vedrà esaminando la direttiva 2019/1152 ed altresì la proposta di direttiva relativa ai lavoratori delle piattaforme del 2021, con l'assetto complessivamente delineato dalle norme europee, che impedisce una generale assimilazione fra lavoro subordinato ed autonomo.

---

[295] Non a caso il risalente regol. del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, all'art. 1(1) ebbe a chiarire che la libertà di movimento riconosce a ogni cittadino di uno Stato membro «il diritto di accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato membro».

[296] V. ad es. GIUBBONI, *Diritto del lavoro*, cit., 138-141.

[297] In questo senso, v. già CG sent. 3 giugno 1986, C-139/85, *Kempf*, par. 14.

In questo senso, si deve contestare che sussista una qualche tendenza espansiva della nozione di lavoratore nel diritto europeo, poiché, seppure si possano registrare disposizioni comuni alle due ipotesi, si tratta pur sempre di norme specifiche, dettate in relazione ad ambiti limitati: si pensi ad es. al coordinamento dei regimi previdenziali di cui all'art. 48 TFUE (già art. 51 Tratt. Roma), che, nell'evoluzione normativa che ha condotto al Regolamento 2004/883, ha finito sì per dilatare il numero dei soggetti tutelati, lasciando però ai singoli ordinamenti il ruolo di determinare forme e modi di protezione[298]. Si tratta, invero, di un'evoluzione irresistibile, ove si consideri la mobilità che ogni lavoratore può sperimentare nel passare da un'attività ad un'altra (come per il personale sanitario o per certe professionalità collegate al lavoro nei cantieri) e l'esigenza di assicurare la totalizzazione di tutti i periodi "coperti" da contribuzione, indifferentemente dalla natura, subordinata o autonoma, dell'attività prestata.

Né si deve enfatizzare la richiamata vocazione universale che sembra rintracciarsi nella normativa in tema di salute e sicurezza, già dall'originaria direttiva 391 del 1989[299]. Ed invero anche le previsioni dello stesso codice civile mostrano una capacità di proiettarsi al di là del lavoro subordinato strettamente inteso, proprio con riguardo all'obbligazione "di sicurezza": qui è già la collocazione dell'art. 2087 c.c. nell'ambito delle disposizioni dedicate alla figura dell'imprenditore (sezione I del capo I, del titolo II del libro V) a rendere palese che i vincoli che esso contiene siano slegati dalla natura del rapporto posto in essere, e non costituiscano affatto un'articolazione della disciplina dettata specificamente per il lavoratore subordinato di cui all'art. 2094 c.c. E del resto, su un piano meramente pratico (come dimostra l'ancor più ampio spettro interessato dalla disciplina INAIL), c'è da chiedersi che senso potrebbe avere mai limitare la responsabilità datoriale ai soli lavoratori dipendenti quando nell'esperienza concreta da sempre autonomi e subordinati si trovano a lavorare fianco a fianco, ad es., nell'ambito delle costruzioni edili, nella cantieristica o nelle installazioni meccaniche.

È tuttavia proprio su questo confine che sembra arrestarsi il possibile sviluppo della nozione di subordinazione, perché diverse (e più articolate) sono le considerazioni che devono farsi per quanto concerne le altre direttive, ad iniziare da quella che disciplina "alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro".

4. La disciplina dell'orario.

La particolare genesi della importante direttiva n. 104 del 1993 (poi trasfusa nella direttiva 88 del 2003), approvata sulla scorta delle competenze della CEE in tema di salute e sicurezza, al fine dichiarato di aggirare l'ostracismo britannico che impediva a riguardo di adottare una decisione all'unanimità[300], proietta ancora i suoi effetti su alcune disposizioni, tanto che non è neppure del

---

[298] Il rilievo è comune a tutta la dottrina, v. ad es. BORRELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale*, cit., 634; GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., 145; POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 71; sulle direttive che contengono un rinvio alla legislazione interna dei singoli stati, v. AIMO, *Subordinazione e autonomia*, cit., 401 ss.: per es. v. dir. 2001/23 art. 2(1)(d), in tema di trasferimento d'azienda o dir. 96/71 art. 2(2) in tema di distacco, oltre alla direttiva in tema di *part time*, cit. nel testo.

[299] V. a riguardo gli AA. cit. *supra* a nota 6.

[300] La questione del fondamento normativo della direttiva ha costituito oggetto di una profonda analisi in tutti i paesi d'Europa; per una sintesi della questione rinvio al mio *Between health and salary: The incomplete regulation of working time in European law* in *ELLJ*, 2019, Vol. 10, iss. 4, 370-385; nella dottrina italiana, rinvio senz'altro aggiungere a V. LECCESE, *L'orario di lavo*ro, Bari, Cacucci, 2001.

tutto chiaro se essa trovi applicazione in relazione al singolo prestatore (di modo che si vengono a creare possibili rischi "da interferenza" in caso di instaurazione contemporanea di più rapporti a tempo parziale[301]) o se, viceversa, i limiti siano da riferirsi al rapporto giuridico in essere.

In verità, si deve rilevare che, anche a voler accettare (per un momento solo) l'assunto che l'area di applicazione della direttiva sull'orario sia il medesimo di quello di cui alla direttiva "madre" 391[302], solo in apparenza le previsioni della prima potrebbero trovare applicazione indiscriminata a tutti i lavoratori, poichè l'art. 17(1)(a) espressamente autorizza gli Stati membri a derogare agli articoli 3, 4, 5, 6, 8 e 16 della stessa dir. 88, «quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: … di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo».

Pare evidente invero come, in particolare, quest'ultimo riferimento a "persone aventi potere di decisione autonomo" valga in ogni caso ad escludere, non solo i lavoratori subordinati apicali, ma senza dubbio il lavoro autonomo, dalla gran parte delle previsioni della direttiva (rimane di fatto solo quella in tema di ferie annuali pagate, che per il vero poco si presta all'estensione al di là dell'ambito della subordinazione in senso stretto, oltre alle disposizioni in tema di speciale protezione del lavoro notturno, che al contrario, paiono correlarsi alle caratteristiche materiali della prestazione, quale che sia il tipo di contratto in esecuzione del quale la prestazione è resa). Si tratta del resto di una scelta del tutto logica, atteso che, nel caso dei lavoratori autonomi, gli aspetti che attengono all'esecuzione della prestazione non sono dedotti in contratto, di modo che, non solo non c'è ragione di limitare l'autonomia delle parti, ma il committente non ne avrebbe neanche il potere.

Del resto, pare difficile ritenere che la previsione di un limite massimo alla giornata lavorativa possa essere svincolata dal diritto ad un equo salario, se vero, come dimostra l'art. 36 della Costituzione italiana e lo stesso *Social Pillar* dell'Unione, che i due aspetti non possono che presentarsi congiuntamente, essendo la limitazione del tempo di lavoro del tutto funzionale al riconoscimento di livelli retributivi minimi, nella prospettiva di assicurare al lavoratore "un'esistenza libera e dignitosa", secondo il linguaggio del costituente italiano[303].

Ad ulteriore conferma, peraltro, di una applicazione non indifferenziata delle norme in tema di tempo di lavoro, non si deve dimenticare che la dir. 88 non è la sola ad esprimersi sul tema: nel caso del lavoro a *part time*, infatti, la clausola 2 dell'accordo allegato alla direttiva, nel definire il campo di applicazione della stessa, richiama quanti "hanno un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro", di fatto lasciando ai singoli ordinamenti la definizione del lavoratore a tempo parziale. Non si tratta

---

301 Ipotesi ora definita quale "parallel employment" dall'art. 9 dir. 2019/1152 (e malamente tradotta in "impiego in parallelo" nella versione italiana).

302 Per la ricostruzione del dibattito, rinvio al mio *Il tempo di lavoro fra persona e produttività*, Giappichelli, Torino, 2008, 188 ss.

303 Come si è detto *supra* nel testo (e a nt. 18), non sembrano rilevanti le restrizioni che attengono ad interessi esterni alla prestazione, come nel già richiamato caso del personale di guida, che vede una limitazione dell'orario come garanzia della piena padronanza del mezzo affidato, a tutela della sicurezza stradale, ma anche – com'è ovvio – nella prospettiva di una omogeneizzazione dei costi di produzione, indifferentemente dal luogo in cui l'attività è resa.

peraltro di conclusione illogica, ove si tenga presente che l'accordo quasi non contiene prescrizioni in termini di soglie o *standard*, ma è finalizzato ad "assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e di migliorare la qualità" del lavoro a tempo parziale stesso (così la claus. 1; e v. anche l'undicesimo "considerando").

In una situazione siffatta, come la giurisprudenza sembra suggerire[304], sarebbe irrazionale riconoscere un effetto di valida differenziazione in relazione alla forma che assume il contratto di lavoro (subordinato ed autonomo), perché, così facendo, si finirebbe per legittimare ogni peggior forma di discriminazione, in virtù sia della mera qualificazione data dalle parti al contratto (salvo, ovviamente, il diritto di chi ne contesti la natura non subordinata, di far prevalere la sostanza sul *nomen juris*, secondo l'approccio prima richiamato), sia delle scelte effettuate dal legislatore nazionale e dirette a collocare al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina del lavoro subordinato, come spesso in passato accadeva, le ipotesi nelle quali la prestazione resa fosse inferiore a certe soglie minime[305].

In conclusione, dunque, non sembra che il comune fondamento normativo possa condurre alla conclusione di un qualche effettivo ampliamento dell'area di tutela propria della subordinazione, solo potendosi rilevare che, quando venga in rilievo il diritto antidiscriminatorio, l'ambito di applicazione delle norme non può che essere il più vasto possibile, al fine evidente di non limitare un principio che si vuole generale. Queste conclusioni, peraltro, sono confermate anche nella legislazione più recente e non sembrano trovare smentita in quella che appare, allo stato, la punta più avanzata dell'evoluzione legislativa dell'Unione: e cioè la proposta di direttiva sui *platform workers*, di cui si dirà più avanti, ma solo dopo aver esaminato la direttiva n. 1152.

5. La direttiva n. 1152 del 2019.

Nella più recente direttiva n. 1152[306], che attende di essere trasposta a breve nell'ordinamento interno, l'orizzonte muta ancora, dato che la stessa, prendendo spunto dalla precedente direttiva che imponeva di fornire al lavoratore un documento scritto che contenesse un riassunto delle condizioni applicate nel contratto in essere, estende le sue previsioni sino al punto di assicurare ai lavoratori una serie di tutele minime intese a garantire una maggiore prevedibilità quanto allo

---

304 Corte Giust., sent. 3 gennaio 2004, *Allonby c. Accrington & Rossendale College*, C-256/01; ECLI:EU:C:2004:18; sulla questione della qualificazione del rapporto nel RU, cfr. V. PIETROGIOVANNI, *L'importanza di chiamarsi lavoratori, ossia delle corti del Regno Unito alle (p)rese con il lavoro a chiamata sulle piattaforme*, in *Labour & Law Issue*, vol. 5, no. 1, 2019.

305 A riguardo basti richiamare qui i casi più antichi nei quali si faceva applicazione del principio di parità fra i generi proprio in relazione ad ipotesi di lavoro a tempo parziale per rilevare la sussistenza di discriminazioni indirette, sia che si trattasse di disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva, nazionale o aziendale, sia che la disparità di trattamento fosse da imputarsi a norme di legge: a riguardo v. CG 14 dic. 1995, C-317/93, *Nolte*, in tema di pensione di vecchiaia; CG 30 nov. 1993, C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in tema di licenziamento; CG 1° febbraio 1996, C-280/94, *Posthuma-van Damme*, relativa ad un trattamento previdenziale conseguente a sopravvenuta incapacità lavorativa.

306 A riguardo, v. S. BORELLI (G. ORLANDINI), *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea,* cit., 54-70; F. BANO, *Il lavoro invisibile nell'agenda digitale di Europa 2020*, in *LD*, 2020, f. 3, 475-493; AIMO, *Subordinazione e autonomia*, cit., 401; L. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore*, cit., 636 ss.; ed ancora: J. M. MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva (UE) 2019/1152* e V. FERRANTE, *Novità dall'Europa nella regolazione dell'orario di lavoro. La direttiva n. 1152 del 2019*, entrambi in M. CORTI (cur.), *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, cit., risp. 53 ss. e 99 ss.

svolgimento del rapporto[307].

A ben vedere, dovrebbe essere proprio questa collocazione ai margini del mondo del lavoro a condurre il legislatore europeo verso un traguardo di indifferenziata applicazione delle garanzie previste, spazzando via la *summa divisio* fra autonomia e subordinazione, per concentrarsi sulla condizione socio-economica del soggetto che la norma intende tutelare. Ma, a dispetto delle aspettative di chi ne ha seguito sin dall'inizio l'*iter* di approvazione[308], a tanto non è giunti perché la direttiva è attentissima proprio a definire il suo campo di applicazione facendolo coincidere, sia pure attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con un'area che sembra perfettamente sovrapponibile a quella disegnata dall'art. 2094 c.c.

Infatti, la direttiva prevede una rigorosa determinazione dei destinatari delle sue previsioni, anche al fine di evitare che possano impadronirsi dei diritti in essa sanciti anche soggetti che, in quanto operano in assenza di un vincolo di subordinazione, appartengono, come si è detto, all'area della libertà di prestazione di servizi e sono assoggettati alle misure a tutela della libertà della concorrenza previste dal diritto dell'Unione.

Le premesse alla direttiva chiariscono, invero, che l'ambito di applicazione della disciplina è limitato ai soli lavoratori subordinati, tanto che viene richiamata nelle premesse una precisa casistica della giurisprudenza della Corte di Giustizia[309], là dove questa richiede, perché si abbia subordinazione, che «una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione»[310].

La soluzione proposta dalla direttiva è in questo senso del tutto coerente con la nozione tradizionale di lavoro subordinato, quale contratto nel quale il lavoratore consente che la fase esecutiva sia assoggettata al potere direttivo del creditore (e cioè del datore di lavoro), poiché pare evidente che, in mancanza di un potere siffatto (e cioè nel caso in cui il rapporto di lavoro sia genuinamente autonomo), il rifiuto del prestatore ad eseguire la prestazione richiestagli non necessita di alcuna tutela, ed anzi si presenta come un evento del tutto fisiologico, essendo per l'appunto il governo del tempo di lavoro affidato al lavoratore stesso. Al contrario, è proprio quando sussista un vincolo di subordinazione che è necessario riconoscere un diritto del singolo a poter rifiutare di eseguire la prestazione, senza conseguenze negative.

---

[307] La direttiva prevede un rafforzamento dei diritti di informazione che già erano previsti dalla direttiva 91/533/CEE (WSD), e norme intese a contrastare la precarietà, in tema di durata minima del periodo di prova (art. 8), sulla possibilità di stipulare più di un rapporto contemporaneamente (impiego in parallelo: art. 9), sulle misure dirette a garantire una certa prevedibilità dell'impiego in caso di lavoro a chiamata (art. 10), nonché meccanismi diretti ad incentivare la transizione verso occupazioni più stabili (artt. 12-18).

[308] V. BATTISTA, *L'evoluzione del concetto di lavoratore*, cit., 636 ss.; MIRANDA BOTO, *Annotazioni sulla nuova direttiva*, cit., 53 ss.; soluzione non diversa, come si evidenziava *supra* a nota 2, è quella adottata dall'art. 2 della dir. 2019/1158 in tema di tutela della vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, in ordine alla quale sia consentito il solo rinvio a C. ALESSI, *La direttiva 2019/1158/UE. Alcune riflessioni su congedi di paternità e flessibilità del lavoro*, in CORTI, *Il pilastro europeo*, cit., 29 ss.

[309] V. nota 5 all'ottavo "considerando", ove si richiamano le sentenze della Corte di Giustizia che qui di seguito si elencano: 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, cit.; 14 ottobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère*, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612, 9 luglio 2015, *Ender Balkaya*, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie*, C-413/13, ECLI:EU:C: 2014:2411 cit.; sent. 17 novembre 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

[310] Così ad es. Corte Giust. 4 dicembre 2014, *FNV Kunsten Informatie*, cit. par. 34, aggiungendosi che "la Corte ha già avuto modo di precisare che la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro (v., in tal senso, sentenza *Allonby*, punto 71)" (ivi, par. 35).

Il fatto che anche nell'ambito del diritto dell'Unione si adotti per questi aspetti una logica binaria, che ripropone, anche per questo specifico aspetto, la contrapposizione fra lavoro subordinato ed autonomo in termini sostanzialmente analoghi a quelli propri del diritto interno[311], pone ovviamente un problema di compatibilità nell'ordinamento nazionale in relazione alle previsioni (già del d. lgs. 276/ 2003 ed ora) del *Jobs Act* (v. subito *infra*), che hanno inteso estendere i diritti dei lavoratori subordinati a rapporti nei quali manca propriamente l'assoggettamento al potere di etero-direzione.

Molte delle ipotesi che sono regolate dal legislatore europeo nella direttiva 1152 appartengono, infatti, ad aree nelle quali il rapporto potrebbe essere attuato su base del tutto peculiare, come nel caso del lavoro a *voucher,* dove non è chiaro se si tratti di una forma di lavoro subordinato o di un differente contratto speciale. Diventerà rilevante, allora, definire esattamente l'area di applicazione della direttiva in esame, per comprendere se essa regoli anche ipotesi particolari, là dove per es. prevede un preavviso minimo o l'assenza di conseguenze negative in caso di rifiuto di eseguire la prestazione.

6. La proposta di direttiva in tema di tutela dei lavoratori delle piattaforme.

La proposta di direttiva del dicembre 2021, che nasce dal rifiuto di estendere la precedente direttiva 1152 a tutte le forme di lavoro "su piattaforma"[312], viene a rispondere al massimo livello alla questione della tutela da assicurare ai *riders*, che operano per conto di piattaforme digitali finalizzate soprattutto alla consegna a domicilio di cibo e di altri beni di prima necessità: essa si interseca con il dibattito che ha interessato la tassazione dei colossi digitali e con le misure dirette a fronteggiare la pandemia da Sars-Covid 19. Ai lavoratori delle "piattaforme", tuttavia, non vengono affatto attribuiti diritti speciali, se non quelli che attengono all'accesso e alla trasparenza in tema di utilizzo dei sistemi premiali e dei controlli governati da algoritmi. Tali diritti vengono così attribuiti a tutti i prestatori, senza che rilevi la natura, subordinata o no, del contratto in essere. Per il resto, la proposta di direttiva si preoccupa di distinguere fra contratto d'opera (o, ad es., di trasporto) e lavoro subordinato, riconoscendo quindi solo a chi rientri in questa seconda ipotesi tutti i diritti da essa previsti.

Al di là della tutela indifferenziata della persona sul fronte dei controlli tecnologici, la novità che si registra sulla questione della qualificazione dei destinatari consiste nella previsione, agli artt. 4 e 5 della proposta, di una presunzione semplice che i singoli stati membri sono poi chiamati ad implementare e che si fonda sulla contemporanea presenza di almeno due indici in relazione ad un elenco di cinque, che ha ad oggetto: (a) l'esistenza di limiti massimi individuali quanto alla retribuzione; (b) la riconoscibilità dei fattorini da parte dei destinatari dei servizi offerti dalla piattaforma; (c) controlli anche elettronici sul rispetto dei tempi di consegna o sulla qualità della prestazione resa; controlli sull'orario e sulle assenze; (d) limiti, anche di tipo disciplinare, alla libertà

---

311 Non pare condivisibile, quindi, il rilievo di BORELLI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea*, cit., secondo cui sarebbe irrilevante la sussistenza di un obbligo di prestazione, richiamando a riguardo il caso di cui alla nota che precede, sia per le ragioni di cui al testo, sia, in via del tutto dirimente, perché tale sentenza non è fra quelle richiamate nelle premesse della direttiva, proprio a fine di definire l'area di applicazione della direttiva stessa.

312 Per la ricostruzione delle vicende che hanno condotto alla proposta v. ancora MIRANDA BOTO, *Annotazioni*, cit., 53-56.

individuale di organizzare il proprio orario o di assentarsi dal lavoro, di accettare o rifiutare la consegna nonché la previsione di un divieto di farsi sostituire da terzi (e) restrizioni alla possibilità di sviluppare una propria clientela o di lavorare anche per conto di altre piattaforme[313].

Il successivo art. 5 prevede poi che la presunzione ammetta prova contraria a carico delle imprese, di modo che viene così ad essere inequivoco che lo sforzo normativo si rivolge a chiarire al lavoratore "delle piattaforme" quale sia il suo *status*, per così dire, o, per più correttamente esprimersi, quale sia la natura del rapporto giuridico che lo lega alla piattaforma, onde evitare contestazioni *a posteriori*.

Per quanto la previsione di "indici" presuntivi della subordinazione non possa che condurre in via tendenziale alla formazione di una unitaria nozione europea, la proposta di direttiva sembrerebbe lasciare ai singoli stati la scelta sulla disciplina sostanziale da applicare poi in concreto, senza che la presunzione dettata dalla direttiva debba imporsi alle norme proprie di ogni singolo ordinamento.

Ed infatti l'art. 20 della proposta, nel disciplinare la c.d. clausola di "non regresso" e la possibilità per gli stati di introdurre disposizioni più favorevoli ai prestatori, si preoccupa di chiarire che, mentre è possibile al momento della trasposizione in ambito nazionale introdurre disposizioni più favorevoli, queste devono essere limitate ai lavoratori subordinati, mentre un analogo potere non viene riconosciuto agli stati quando si tratti di disciplinare lavoratori non subordinati. In questi casi, infatti, l'art. 20(2) prevede che la regola che ammette la possibilità di introdurre una disciplina di miglior favore «si applica solo nella misura in cui le norme nazionali sono compatibili con le norme sul funzionamento del mercato interno».

7. Conclusioni.

La conclusione cui si giunge, dunque, sembra confermare che il diritto dell'Unione non consente in nessun modo di abbandonare la categoria del lavoro subordinato, né in generale, né quando si tratterà di dover trasporre nell'ordinamento interno la disciplina contenuta nella direttiva n. 1152 (né, a quanto sembra, quando eventualmente si dovrà recepire la proposta di direttiva per la tutela dei lavoratori delle piattaforme, una volta che questa sia stata approvata in via definitiva).

In altri termini, a dispetto di quanto si sia portati a pensare, le istituzioni europee appaiono saldamente ancorate alla contrapposizione fra lavoro autonomo e subordinato, facendo prevalere nel primo caso le regole della libera concorrenza su quelle istanze protettive di cui più sopra si è detto e lasciando quindi al legislatore italiano una scelta rigorosa sia in relazione alle ipotesi di collaborazione coordinata e continuativa, di cui all'art. 409 c.p.c., sia quanto alle varie ipotesi di lavoro discontinuo o a chiamata, inizialmente introdotte a seguito del "Libro Bianco" sopra richiamato e poi confluite, ma senza che mai si procedesse seriamente a verificare la loro conformità alle regole europee, nel d. lgs. n. 81 del 2015. Anche l'ipotesi, che pure si è fatta strada ad un certo momento, che una generale finalità di incremento dell'occupazione potesse determinare una qualche alterazione delle regole europee, sembra priva di un solido fondamento, che valga a giustificare una disapplicazione anche temporanea (solo rimanendo escluse dal quadro così

[313] La traduzione è mia, al pari della citaz. che si rinviene più avanti nel testo: per riconoscibilità si intende l'adozione di meccanismi, simili al *franchising*, che non consentono alla clientela di percepire che il fattorino non è legato da un vincolo di subordinazione all'organizzazione produttiva che offre il servizio.

delineato le forme di lavoro *part time* di durata così modesta, da risultare ininfluenti ai fini dei trattati).

Né va dimenticato che l'intento originariamente perseguito dal d. lgs. n. 276 del 2003 andava proprio nella direzione di contrastare il lavoro fintamente presentato come autonomo, secondo l'approccio che viene ora adottato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con le pronunzie di cui sopra si è detto.

Ed invero, ove si riporti correttamente la questione ai termini che precisamente emergono dalle fonti, si dovrà ammettere che le prerogative che la nostra giurisprudenza sembra riconoscere al committente in caso di rapporto di para-subordinazione fanno fatica a sottrarsi alla presunzione semplice di cui alla proposta che sopra si è esaminata, dato che non è per nulla infrequente l'ipotesi che la piattaforma imponga ai fattorini una divisa o altri elementi che recano marchi o simboli specifici, offrendo così un servizio che mira a presentarsi alla clientela con caratteri propri e facilmente riconoscibili (punto b dell'art. 4); mentre i controlli sul rispetto dei tempi di consegna o sulla qualità della prestazione resa (punto c), cui la proposta attribuisce valore rilevante, sono stati generalmente negletti nella giurisprudenza nazionale, quali prerogative che sembrano potersi ricondurre ai normali poteri creditori, riconosciuti in vista della verifica dell'esattezza dell'adempimento anche al committente in relazione a rapporti di mera collaborazione.

In questo senso, sarà bene che il legislatore, già a fronte degli obblighi di trasposizione della direttiva 1152, che verranno a scadere il prossimo 31 luglio 2022, non si lasci tentare da una prassi spesso seguita in passato di una mera giuridificazione nel diritto interno del testo europeo, o, al contrario, da disposizioni di mero dettaglio, slegate dal contesto, ma colga l'occasione per provvedere ad un esame più ampio dell'intero sistema normativo, venendo ad intervenire proprio su quelle forme non-standard che si ritenevano al riparo da qualunque necessità di adeguamento al diritto europeo, perché espressioni, semmai, proprio di una corrente di modernizzazione del diritto del lavoro che, come si è provato a dimostrare in queste pagine, non trova nessun saldo fondamento nella disciplina dell'Unione europea.

Cassazione civile sez. lav., 14/05/2020, (ud. 04/03/2020, dep. 14/05/2020), n.8956
Lunedì 21 marzo 2022

Litisconsorzio necessario, danno ed imposizione contributiva: suggerimenti per intendere correttamente una recente sentenza di legittimità*

Vincenzo Ferrante

1. Una sentenza di grande rilievo. 79

2. La ratio decidendi della sentenza 8956 81

3. La generale questione della necessità di una integrazione del contraddittorio, quando il giudice sia chiamato a pronunziarsi in tema di differenze retributive. 82

4. Qualche ulteriore considerazione. 84

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 450/2022

1. Una sentenza di grande rilievo

Nel numero 3 del 2021, la "Rivista di Diritto della Sicurezza sociale" ha ospitato un dibattito a più voci[314]che ha preso spunto dalla sentenza[315] della Sezione lavoro della Corte di Cassazione del 14 maggio 2020, n. 8956 (e da alcune successive pronunzie chiamate a decidere analoghe questioni)[316].

Come correttamente si rilevava nell'intervento introduttivo di quel dibattito[317], per comprendere il significato della pronunzia, e l'ampiezza della sua portata, occorre prendere le mosse dal caso concretamente deciso. Tuttavia, pure si deve segnalare che la sentenza in parola, approfondendo quasi esclusivamente gli aspetti processuali, poco si sofferma sull'esatta ricostruzione della questione sostanziale da decidere, di modo che questa può essere percepita in maniera incompleta (o anche distorta) dal lettore o dal commentatore. Avendo avuto diretta conoscenza della vicenda, posso precisare che il caso deciso è in certo modo singolare ed attiene non già alla contribuzione obbligatoria (o "effettiva"), ma ad una particolarissima ipotesi, che riguarda esclusivamente chi, avendo accettato volontariamente di dimettersi senza opporsi ad un prospettato licenziamento collettivo (che avrebbe potuto direttamente investirlo, lasciandolo privo di ogni tutela), possa qualificarsi, quale lavoratore "esodato" [318].

Mentre, dunque, la contribuzione *effettiva* viene ordinariamente corrisposta, in parte quale trattenuta a valere sulla *retribuzione* pagata a corrispettivo della prestazione di lavoro subordinato resa dal lavoratore, ed in parte mediante versamento all'INPS, direttamente a carico del datore stesso, la contribuzione che viene qui in rilievo (definita "correlata"[319]) costituisce elemento di un

---

[314] *Opinioni a confronto sul litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali*, con interventi di G. MAMMONE, *Controversie di lavoro e litisconsorzio con enti previdenziali. Per un inquadramento del tema*, pp. 529-533; C. COLOSIMO, *Osservazioni brevi di una giudice di primo grado*, pp. 535-546; R. SANTONI RUGIU, *Litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali in secondo grado. Osservazioni di una giudice di appello*, pp. 547-553; S. CENTOFANTI, *Domanda di accertamento di omissione contributiva e insussistenza di litisconsorzio necessario con gli enti previdenziali*, pp. 556-570; P. CAPURSO, *Diritto all'integrità contributiva e litisconsorzio necessario pp. 571-576.* La medesima sentenza è stata commentata, in *VTDL*, 2021, f. 1X, pp. 1465-1484 da A. GIULIANI, *Litisconsorte o terzo? La posizione dell'ente previdenziale nelle controversie lavoristiche e la necessità di una prospettiva costituzionalmente orientata*.

[315] La massima più corretta a riguardo appare la seguente: "Nelle controversie promosse dai dipendenti delle aziende di credito, volte ad ottenere la condanna del datore di lavoro al versamento al Fondo di solidarietà per il sostegno al reddito, istituito presso l'INPS ex d.m. n. 158 del 2000, dei contributi correlati alla retribuzione mensile, utili per la determinazione dell'assegno ordinario di accompagnamento, la natura obbligatoria della contribuzione e la struttura del rapporto dedotto in giudizio, avente ad oggetto una autonoma obbligazione di diritto pubblico, impongono la partecipazione al processo dell'ente previdenziale in qualità di litisconsorte necessario" (*Giustizia civile massimario*, 2020).

[316] Oltre alla sent. n. 8956 del 14 maggio 2020 (rel. L. Cavallaro), all'esito della stessa udienza sono state emanate la sent. n. 17320 del 19 agosto 2020 (rel. Calafiore) e la n. 19679 del 21 settembre 2020 (rel. P. Ghinoy) di contenuto identico. Si apprende dal saggio di CENTOFANTI, *Domanda di accertamento*, sopra cit., che nell'adunanza camerale del 5 marzo 2020 sono state adottate le ordinanze nn. 23142, 23372, 23373, 23374, 23375, 23376, 24925, 24926, 25216, 25217, 25392 del 2020, tutte "di contenuto analogo alla sentenza n. 8956/2020 o che comunque hanno richiamato la sua impostazione". L'ultima sentenza è stata altresì annotata da C.A. NICOLINI, *A proposito di interesse ad agire e litisconsorzio, quando il lavoratore chiede la condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi … e non solo*, in *ADL*, 2021, fasc. 1, pt. 2, pp. 156-170 ed ancora da P. CAPURSO, *La condanna alla regolarizzazione contributiva o delle imprevedibili virtù del litisconsorzio necessario*, in *RDSS*, 2020, fasc. 4, pp. 858-863.

[317] G. MAMMONE, *Controversie di lavoro*, cit., 529.

[318] Per quanto l'aggettivo sia certamente colorito, esso trova preciso riferimento normativo nel noto art. 12, della legge 153 del 1969, che, al co. 4, lett. b), esclude dalla base imponibile «le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'*esodo* dei lavoratori».

[319] Così il d.m. 158 del 2000, di cui subito *infra* nel testo, agli artt. 5, 6 e 10, comma 10.

complessivo "pacchetto", che viene offerto al lavoratore che decida spontaneamente di dimettersi, accedendo quindi allo speciale "Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito del personale dipendente delle aziende di credito", istituito presso l'INPS con d.m. n. 158/2000, nella forma di una apposita gestione autonoma, riservata al settore bancario, secondo quanto previsto dall'art. 2, comma 28, della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

Poiché al momento in cui il lavoratore "accede al Fondo" egli ha già perso per sua scelta il suo lavoro, il Fondo stesso è alimentato da contributi gravanti esclusivamente in capo al datore di lavoro, da determinarsi in misura proporzionale alle retribuzioni corrisposte nel mese antecedente le dimissioni (e da qui la lite, controversa essendo la misura cui fare riferimento a tali fini).

Nel caso oggetto di decisione si trattava di una delle prime ipotesi di "esodo incentivato" (definite sulla base di accordi collettivi e poi venute agli onori della cronaca spicciola a seguito della riforma "Fornero" del 2011), che richiedeva la fattiva collaborazione da parte dell'INPS, il quale, in conformità alle disposizioni del decreto ministeriale prima citato, mediante un proprio provvedimento, aveva ammesso al Fondo l'ex-dipendente, accettando così di ricevere il denaro messo a disposizione dalla banca e di imputarlo *in parte qua* a contribuzione (sostanzialmente *volontaria*) per i mesi che separavano il lavoratore "esodato" dalla maturazione del diritto a pensione. Si tratta, a tutt'evidenza, di un sistema di prepensionamento, gestito senza spese per il sistema pubblico, che ha poi costituito il modello dei fondi bilaterali di cui alla "legge Fornero"[320].

La controversia, collocandosi in questo quadro, aveva, dunque, ad oggetto l'interpretazione dell'art. 10, co. 7 del d.m. 158/2000, secondo il quale «la determinazione dell'assegno ordinario […] è quella individuata secondo le disposizioni contrattuali nazionali in vigore, e cioè la retribuzione sulla base dell'ultima mensilità percepita dall'interessato secondo il criterio comune: 1/360 della retribuzione annua per ogni giornata». Nel caso in questione, poiché nei dodici mesi precedenti le dimissioni si erano registrati dei pagamenti (tardivi) relativi ad un periodo di paga più antico, si discuteva se si dovesse applicare un principio di competenza o un principio di cassa, sulla scorta peraltro delle previsioni del contratto collettivo di categoria, che si pronunzia espressamente a riguardo.

Giova pure riferire che la giurisprudenza della S.C. chiamata a risolvere altre analoghe questioni aveva già respinto, con precedenti pronunzie[321], la tesi dei pensionati "esodati", ritenendo che, ragioni sia letterali, sia di solidarietà sociale, impedissero di riconoscere a costoro somme (nei fatti) financo superiori a quelle che avrebbero altrimenti percepito continuando a lavorare. A differenza che nei casi affrontati in precedenza, la Corte, nel caso ora in esame, ha però deciso di non fare applicazione della massima oramai consolidata (v. conclusioni del p.m.), ma di pronunziarsi con una decisione di rito che, facendo venir meno la sentenza di appello favorevole al pensionato (già dipendente e poi esodato), di fatto ha definito sotto ogni aspetto la vicenda, finendo così per riconoscere (seppur indirettamente) la correttezza dell'operato della banca.

---

[320] V. art. 4 l. 28 giugno 2012, n. 92 ed ancora v. artt. 26 segg. d. lgs 148 del 2015.

[321] Cass. sez. lav., 7 luglio 2016 n. 13873 (rel. E. D'Antoni); Cass. sez. lav., 18 agosto 2016, n. 17162 (rel. U. Berrino); ed ancora da ultimo: Cass., sez. lav., 14 marzo 2017, n. 6535 (rel. A. Doronzo), la cui massima qui di seguito si trascrive: «In tema di previdenza contributiva e in applicazione della disciplina prevista dal d.m. 158/2000, istitutivo, presso l'Inps, del Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito … ai fini della determinazione della retribuzione utile, su cui deve essere calcolata la contribuzione per i periodi di erogazione straordinaria di sostegno al reddito, occorre fare riferimento alla regole previste dai commi 12 e 7 dell'art. 10 del d.m. medesimo (importo della retribuzione quale fissato dalla contrattazione collettiva vigente nel momento della cessazione del rapporto), senza che possano influire variazioni in eccedenza o in difetto dovute a contingenti modalità di svolgimento della prestazione».

Soluzione, quindi, sostanzialmente equivalente all'accoglimento del ricorso proposto dall'impresa, ma che, provocando l'azzeramento dell'intero giudizio, evitava di doversi pronunziare sulle spese di quel grado, condannando così l'originario ricorrente alla rifusione, secondo il principio della soccombenza (che non poteva che trovare applicazione, dati i precedenti, tutti di segno inequivocabilmente contrario ai pensionati ex-dipendenti).

2. La *ratio decidendi* della sentenza 8956

Ove si abbia presente la vicenda che ora si è descritta, apparirà chiaro, innanzi tutto, come sia del tutto corretto il richiamo (che si legge in motivazione) a Cass. S.U. n. 3678 del 2009, che ebbe a pronunziarsi in ordine alla necessità del litisconsorzio per la costituzione della rendita matematica ex art. 13 co. 5° della legge n. 1338 del 1962, posto che qui la domanda del lavoratore esodato era rivolta ad ottenere «la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore dell'ente previdenziale dei contributi omessi». Si trattava cioè, non già di accertare una omissione in relazione alla corresponsione periodica delle retribuzioni, ma di condannare ad un pagamento, nella prospettiva di poter conseguire poi l'effetto di un incremento del futuro trattamento pensionistico (essendo la contribuzione *correlata* utile ai fini della liquidazione della pensione, da calcolarsi nel caso specifico sulla base del solo sistema retributivo).

Per giungere a questo risultato, tuttavia, la Corte, invece di procedere mediante una assimilazione fra gli importi da versarsi quale riserva matematica a quelli posti a carico del Fondo (nell'ambito di sistemi senz'altro alternativi alla contribuzione *effettiva,* mancando il pagamento di una *retribuzione*), imbocca una strada assai più ampia che mira ad una soluzione "coerente con gli approdi ermeneutici generali". In questo percorso, la Corte, richiamata la natura di obbligazione di diritto pubblico del credito contributivo, afferma che deve trovare prevalenza l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di litisconsorzio necessario in caso di costituzione di riserva matematica (e sopra richiamato), poiché l'azione di «regolarizzazione del rapporto contributivo … altro non può essere che una *species* dell'azione risarcitoria». E da qui l'identità di soluzioni sul piano della costituzione del contraddittorio.

Poiché la specialità del *thema decidendum* si è smarrita nell'elaborazione di alcune massime di origine redazionale, la sentenza, ovviamente anche a ragione di quanto in essa si legge, è sembrata destinata ad aprire una nuova epoca, con ricadute pratiche di particolare rilevanza, come può ben comprendere chi abbia anche una minima familiarità con le prassi del foro e con il ruolo che, per disposizione del codice di rito, il Giudice è chiamato a svolgere alla prima udienza di comparizione, essendo obbligato ad esperire un tentativo di conciliazione della lite.

In questo senso, al di fuori della particolare ipotesi decisa nella sentenza n. 8956, c'è da chiedersi quale sia la corretta soluzione, quando, come avviene nella maggior parte dei casi che viene portata all'attenzione delle corti, si chieda, in principalità, la condanna del datore al pagamento di differenze retributive e, quale condanna accessoria e conseguente, la c.d. regolarizzazione del rapporto contributivo, mediante il versamento all'INPS della contribuzione omessa e non prescritta. Ed è stata questa la questione che la *Rivista*, diretta dal prof. Maurizio Cinelli, ha posto agli AA. che, in esordio del presente scritto, si sono richiamati in nota.

Come si vedrà nel paragrafo che segue, pare di poter affermare a riguardo che le pronunzie rese all'esito dell'udienza del 3 marzo 2020 non solo non possano costituire precedenti in senso proprio, venendo a decidere una vicenda particolare, ma seguano un *iter* logico che conduce ad una

non condivisibile assimilazione fra la contribuzione *effettiva* e gli importi da versare ai fini della costituzione di riserva matematica (o a titolo di "contribuzione correlata", come nei casi decisi).

3. La generale questione della necessità di una integrazione del contraddittorio, quando il giudice sia chiamato a pronunziarsi in tema di differenze retributive

A riguardo, esprimendosi in via generale, la sentenza della S.C. n. 8956 evoca, al fine di dar conto della natura del credito dell'Istituto le «obbligazioni pubbliche, equiparabili a quelle tributarie a causa dell'origine legale e della loro destinazione a beneficio di enti pubblici per l'espletamento delle loro funzioni sociali», senza però rendersi conto di una differenza per nulla trascurabile che corre fra le due ipotesi che la Corte così finisce per accomunare. Ed invero, mentre l'obbligazione risarcitoria di cui all'art. 13 della legge 1962 (n. 1338) rientra nella piena disponibilità del lavoratore, tanto che costui viene a perderla per prescrizione ove non la eserciti nel termine decennale decorrente dal momento di prescrizione dei contributi[322], l'obbligazione contributiva è per lui indisponibile, giusta le previsioni di cui all'art. 2115 c.c. terzo comma.

Il riferimento normativo sul quale fondare l'azione di "regolarizzazione del rapporto contributivo" deve rintracciarsi allora nell'art. 2115 c.c., quale accertamento di una situazione in fatto, dalla quale il legislatore fa discendere automaticamente il sorgere di un'obbligazione di diritto pubblico, e non già nell'art. 2116 c.c., comma 2, come si vorrebbe sostenere nella sentenza 8956 qui in esame, sulla scorta della già richiamata parificazione, che fa affermare ai giudici di legittimità che la regolarizzazione «altro non può essere che una *species* dell'azione risarcitoria».

E prova inconfutabile della insopprimibile differenza fra le due ipotesi si rintraccia proprio nella previsione del codice ora citata, che riconosce il diritto al risarcimento solo nel caso in cui danno discenda dalla circostanza per cui «le istituzioni di previdenza e di assistenza, per mancata o irregolare contribuzione, *non sono tenute a corrispondere in tutto o in parte le prestazioni dovute*». In altri termini, è proprio l'assenza di un obbligo in capo all'ente ad integrare o a riconoscere un trattamento previdenziale, che apre la strada al risarcimento del danno ex art. 2116 c.c., comma 2°, quale forma estrema, riconosciuta dall'ordinamento per riequilibrare l'integrità del patrimonio individuale di chi ha reso la prestazione lavorativa senza ottenerne il dovuto.

Con il che la portata della sentenza in esame viene a ridursi rispetto alla questione generale che coinvolge il ruolo che l'Istituto svolge in caso di accertamento di un credito retributivo, posto che la regola da applicarsi in ordine alla corretta costituzione del contraddittorio processuale appare differente, a seconda che si chieda il versamento (seppur tardivo) dei contributi *effettivi*, o il danno ex art. 2116 c.c. e a seconda che si chieda la costituzione della riserva matematica o una forma di risarcimento (monetario) per equivalente.

Rilevante, come segnalato dalla dottrina[323], sarà accertare se il decorso del tempo abbia già provveduto ad estinguere per prescrizione il credito dell'Istituto, di modo che l'adempimento tardivo non sia più possibile, o se, al contrario, per la tempestività della proposizione dell'azione o per

---

[322] V. Cass. sez. un., 14 settembre 2017, n. 21302, secondo la cui massima: "Il diritto del lavoratore alla costituzione, a spese del datore di lavoro, la rendita vitalizia di cui all'art. 13, della l. n. 1338 del 1962, per effetto del mancato versamento da parte di quest'ultimo dei contributi previdenziali, è soggetto al termine ordinario di prescrizione, decorrente dalla data di prescrizione del credito contributivo dell'INPS, senza che rilevi la conoscenza o meno, da parte del lavoratore, della omissione contributiva", in *Foro it.* 2018, 1, I, 264 (si noti che le sezioni unite operano qui come giudici della giurisdizione).

[323] Per tutti, v. CAPURSO, *Diritto all'integrità contributiva*, cit., 575-576.

l'esistenza di atti interruttivi correttamente indirizzati all'INPS, il versamento dei contributi sia ancora possibile.

Ed invero, nel caso oggetto di decisione, l'ex-dipendente aveva, come rileva la Corte, richiesto un ristoro del danno subito e, a tal fine, aveva chiesto l'integrazione della contribuzione correlata, mediante pagamenti all'INPS. Al fine di poter ottenere garanzia che i pagamenti oggetto di richiesta di condanna producessero l'effetto risarcitorio dovuto, era quindi necessario che la pronunzia giudiziale facesse stato anche nei confronti dell'Istituto, anticipando così, per evidenti ragioni di economia di giudizio, tutte le possibili eccezioni che questo avrebbe potuto poi sollevare a fronte della sentenza eventualmente resa in sua assenza. Il litisconsorzio necessario, quindi, si viene a collocare nella scia delle precedenti pronunzie rese in termini di costituzione della riserva matematica, che pure richiedono la presenza di tutti i soggetti quando si tratti di riconoscere il risarcimento in forma specifica, per poter assicurare un risultato utile all'azione (e qui la presenza dell'INPS era resa indispensabile dal brevissimo termine di decadenza previsto per la messa a disposizione dei fondi dall'art. 10, co. 13 d.m. 158/2000 cit.).

Va da sé che se l'ex-dipendente avesse richiesto un risarcimento con un pagamento a carico dell'impresa da operarsi direttamente a sue mani, come pure l'ordinamento gli avrebbe consentito sulla scorta delle previsioni dell'art. 2116 c.c. 2° comma, nessuna necessità vi sarebbe stata di integrare il contraddittorio, posto che l'INPS non avrebbe avuto nessun interesse da far valere in concreto, atteso che il *petitum* lo avrebbe lasciato del tutto estraneo alla vicenda processuale.

Ed invero, se si deve senz'altro convenire con chi sottolinea che la posizione processuale dell'Istituto previdenziale dipende, innanzi tutto, dall'azione in concreto esercitata dal ricorrente (distinguendo a riguardo fra accertamento dell'omissione e condanna al pagamento), pure non si deve dimenticare delle differenze che intercorrono fra un'azione di adempimento dell'obbligazione contributiva e una di danno ex art. 2116 c.c., comma secondo.

Ed invero, in via di sintesi, può affermarsi che la giurisprudenza ritiene l'azione per il diritto al risarcimento del danno ex art. 2116 c.c., suscettibile di essere esercitata solo dopo che si sia prescritto il credito per la contribuzione altrimenti dovuta all'INPS sulla base delle previsioni di legge. Come è noto, secondo un orientamento oramai consolidato si considera prescritto il credito dell'ente previdenziale per lo spirare di un termine di durata quinquennale, con conclusione che viene di fatto ad abrogare le previsioni di legge (che invece sembrano senz'altro ammettere un termine decennale in caso di denunzia del lavoratore[324]). Quanto al diritto al danno da omissione contributiva, il termine di prescrizione deve calcolarsi non già dal momento in cui il lavoratore accede al pensionamento, secondo quanto si era affermato in passato, ma, anche in relazione alla natura contributiva di tutte le pensioni venute a maturare dopo il termine del 1° gennaio 2012, dal momento in cui doveva essere eseguito il versamento all'INPS, da individuarsi quale fatto costitutivo del danno, dal quale discende il sorgere del diritto al risarcimento[325].

---

[324] V. art. 3, co. 9, l. 8 agosto n. 335, che così recita: «Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati: a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie […] A decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti». A riguardo, v. da ultimo Cass sez. lav., 7 giugno 2007, n.13306.

[325] A riguardo, sia consentito rinviare a FERRANTE – TRANQUILLO, *Nozioni di Diritto della previdenza sociale*, WK Cedam, Milano, 2019, IV ediz., 294 ss. anche se si deve ricordare la recente Cass. 8 giugno 2021 n. 15947, che sembra tornare all'orientamento più antico.

In questa prospettiva, quindi, spetta all'iniziativa del lavoratore far sì che il suo credito retributivo trovi allineamento con quello contributivo (che fa capo all'Istituto), al fine di evitare, peraltro, le evidenti complicazioni che, in ogni caso, già derivano dal fatto che, in conformità alla ben nota sent. 63/66 della Corte costituzionale, nel caso di lavoratori privi del diritto alla stabilità non decorre prescrizione retributiva in corso di rapporto (mentre si deve registrare la prescrizione del credito contributivo, anche quando il diritto alla retribuzione resti in vita).

La conclusione logica di questa impostazione è che una volta prescritto il credito contributivo, l'Istituto (che ne è il titolare) esce per così dire di scena (non potendo richiedere alcunché al datore), di modo che tutte le ragioni del lavoratore si indirizzeranno verso il datore che resta tenuto, ove si accerti una omissione contributiva, a risarcire il danno che sul piano della quantificazione dell'assegno pensionistico ha dovuto subire il lavoratore in conseguenza del mancato (o ridotto) versamento dei contributi. Si tratta, come è evidente, di un diritto di cui il lavoratore può liberamente disporre, spesso senza dover rispettare le forme di cui all'art. 2113 c.c. ult. comma quando oramai il rapporto di lavoro si sia estinto, e che consente un ristoro sia, in forma speciale, mediante la costituzione di riserva matematica presso l'INPS (con il versamento *una tantum* di un capitale, idoneo ad assicurare che l'assegno pensionistico non abbia a soffrire per l'intervenuta omissione), ovvero anche con un pagamento a mani del danneggiato, di modo che si dovrà tenere conto anche di questa circostanza, al fine di determinare la necessità di una integrazione del contraddittorio, come sopra già si è detto.

4. Qualche ulteriore considerazione

All'esito di quanto sopra si è esposto in ordine alla questione che la Corte è stata chiamata a definire si possono trarre alcune brevi conclusioni, anche in via di riassunto di quanto detto.

In primo luogo, si deve rilevare che, per quanto ovvio, le affermazioni della Corte in ordine al fatto che l'azione per la regolarizzazione del rapporto contributivo costituirebbe "una *species* dell'azione risarcitoria che al lavoratore spetta ex art. 2116 c.c., comma 2", costituiscono un mero *obiter dictum* della Corte, privo di efficacia di precedente, posto che la questione che essa era chiamata a decidere aveva ad oggetto una relazione triangolare, al pari che nella costituzione di rendita matematica, di modo che il *dictum* non ha a soffrire alcuna conseguenza dalla ricostruzione delle sue motivazioni, che in questa sede si propone.

Senza dover rivedere l'orientamento che la S.C. ha ora adottato, ma correttamente limitando la portata della pronunzia al solo caso deciso, e dunque mantenendo una differenza fra la *ratio decidendi* e quanto in sentenza in via meramente incidentale si scrive a sostegno della decisione presa, sussiste quindi ancora la possibilità di ritenere che il rapporto di lavoro, in quanto consiste in un presupposto in fatto ai fini dell'imposizione (fiscale e) contributiva costituisca un evento che possa essere accertato *incidenter tantum* anche in assenza dell'Istituto[326]. E tanto viene confermato dal fatto che la sentenza non produrrà comunque i suoi effetti, ove dalla condanna del datore dovesse discendere il pagamento dei contributi per i quali sia intervenuta la prescrizione, "stante – come ancora ricorda la sent. 8956/20 – il divieto di ordine pubblico di effettuare versamenti a regolarizzazione di contributi prescritti (Cass. n. 1703 del 1991)".

[326] Concorde a riguardo tutta la dottrina: si v. ad es. CENTOFANTI, *Domanda di accertamento*, cit., *passim.*

L'autonomia che separa il rapporto contributivo da quello che intercorre fra le parti, invero, consente di poter procedere all'accertamento del credito retributivo solamente nei confronti di debitore e creditore, lasciando fuori dal processo l'Istituto. Si tratta di soluzione del tutto ragionevole, ove si tenga conto che l'INPS non ha uno specifico interesse a contraddire in ordine ai fatti che costituiscono oggetto di controversia (e che neanche conosce).

Mi si obietterà che la presenza dell'Istituto in giudizio potrebbe essere finalizzata ad opporsi ad accertamenti fittizi che dovessero derivare da un accordo sottobanco fra i due litiganti. Si tratterebbe però di un pericolo che, in passato, era addirittura maggiore, atteso il fatto che la pensione veniva ad essere determinata, secondo il c.d. metodo retributivo, sulla base dei soli versamenti operati con riferimento agli ultimi anni di servizio. Pericolo antico, invero, che, ritengo, possa essere addirittura reso più concreto da una massiccia presenza dell'Istituto, quale quella che deriverebbe ove il contraddittorio fosse integrato in tutti i casi nei quali si faccia questione di un mancato pagamento (e si tratta a tutt'evidenza della quasi totalità). In realtà, al di là del ricorso agli strumenti previsti dall'ordinamento per opporsi all'estensione del giudicato *ultra partes* (e penso all'opposizione di terzo di cui all'art. 404 c.p.c.), è facile ricordare a riguardo che non sono pochi i casi in cui l'INPS, grazie ai poteri pubblicistici di cui dispone, contesti le risultanze che emergono dalle dichiarazioni mensili rese dall'imprenditore, annullando così la contribuzione eventualmente già versata.

Dunque, lasciando da parte aspetti processuali in relazione ai quali non ho titolo accademico per esprimermi, l'accertamento della sussistenza di un credito retributivo non adempiuto, altro non è che l'accertamento di un fatto, cui potrà poi conseguire, o il tardivo versamento contributivo, qualora il credito dell'INPS non si sia prescritto anche in virtù dell'operato del lavoratore (che si sia fatto parte diligente e che abbia provveduto ad interrompere nei confronti dell'INPS i termini di prescrizione di cui all'art. 3, comma 9 e 10), ovvero, a scelta del lavoratore, la richiesta di risarcimento del danno ex art. 2116 c.c., da operarsi nel termine decennale derivante dalla scadenza di ogni singolo versamento mensile (e non già, come pure in passato si era ritenuto, dal momento di accesso al pensionamento). In tale secondo caso, a fronte della richiesta di condanna indicata dal lavoratore (in denaro o in forma specifica) sarà necessario integrare o meno il contraddittorio, sulla scorta per l'appunto di quanto espresso dalla Corte nella sentenza del 14 maggio 2020, n. 8956 (e già prima dalle più volte citt. SS.UU. del 2009).

Resta invece incerto (poiché la questione non mi pare trattata nella giurisprudenza) se il datore, una volta convenuto per il pagamento di una somma in denaro a titolo di danno, possa opporre la sua disponibilità ad effettuare il versamento all'INPS della riserva matematica. In verità, il recente rinnovo dei coefficienti attuariali a tanto necessari e il passaggio, conseguente alla riforma Fornero del 2011, al sistema contributivo in forma generalizzata per i periodi successivi al 1° gennaio 2012 hanno in certo modo ridotto il rilievo della questione, avvicinando gli importi che concorrono in via alternativa al fine di assicurare un pieno ristoro (anche se continuo a ritenere che la risposta al quesito debba essere positiva, sulla base del generale principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e della necessità che il risarcimento sia limitato al danno effettivamente patito, dovendosi in questo senso sempre preferire, ove non eccessivamente oneroso, il ristoro in forma specifica a quello per equivalente).

Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*

Marzia Barbera- Silvia Borelli

1. La funzione del principio di eguaglianza e non discriminazione. 87

1.1. Il carattere dinamico dei divieti di discriminazione. Interpretazioni testuali e interpretazioni evolutive. 90

1.2. Gli effetti diretti del principio di eguaglianza nella giurisprudenza e il dialogo fra le Corti sulla scelta fra giurisdizioni. 94

2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio. 99

2.1. Le fonti sovrannazionali. 102

2.2. I principi di non discriminazione in ragione del genere. 107

2.3 I principi di non discriminazione in ragione della genitorialità. 109

2.4. I principi di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. 111

2.5. I principi di non discriminazione in ragione della nazionalità. 112

2.6. I principi di non discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica. 118

2.7. I principi di non discriminazione in ragione della religione. 119

2.8 I principi di non discriminazione in ragione dell'età. 120

2.9. I principi di non discriminazione in ragione della disabilità. 121

2.10. I principi di non discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali. 123

2.11. I principi di non discriminazione nella disciplina dei contratti di lavoro non-standard. 125

3. L'evoluzione della nozione di discriminazione. 128

3.1. La struttura del giudizio antidiscriminatorio: comparazione, individuazione del comportamento discriminatorio, eccezioni e giustificazioni. 133

4. Una teoria fluida della discriminazione: ancora alla ricerca di un paradigma comune. 139

Bibliografia. 140

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 451/2022

1. La funzione del principio di eguaglianza e non discriminazione.

I principi di eguaglianza e non discriminazione nascono nell'ambito del diritto costituzionale come forma di controllo dei poteri pubblici e limite a un loro esercizio arbitrario o irragionevole, per poi espandersi gradualmente nell'area dei poteri privati (BARBERA M., 1991). Si tratta di un processo dovuto inizialmente al diritto sovranazionale, in virtù della portata universalistica che detti principi rivestono nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, plasticamente espressa nell'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Nel diritto interno, dottrina e giurisprudenza si sono lungamente opposti all'idea della *Drittwirkung* dei principi in questione (per una ricostruzione del dibattito v. VARI 2017), considerati troppo vaghi e indefiniti per essere imposti al di fuori di precisi interventi del legislatore e potenzialmente in conflitto con gli altri principi che regolano il dominio dei rapporti interprivati, vale a dire la libertà e l'autonomia individuale.

Il senso della disputa è ben reso, nel contesto italiano, dalla vicenda della breve apparizione del principio di eguaglianza nei rapporti di lavoro ad opera di una nota sentenza della Corte costituzionale della fine degli anni Ottanta (C. cost. 9 marzo 1989, n. 103). La Consulta, tracciando una linea di continuità fra l'art. 3 e l'art. 41 della Costituzione, dopo aver osservato che «per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali», vi affermò che «in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana». Il successivo richiamo agli atti e patti norme di diritto internazionale che articolano l'eguaglianza e la non discriminazione in riferimento ai rapporti privati chiariva il significato che la Corte attribuiva a tali principi in funzione di garanzia dall'arbitrio e di tutela della dignità umana.

La sentenza è culmine di una stagione in cui la giurisprudenza, oltre a riferirsi direttamente all'orientamento espresso dalla Consulta affermando l'efficacia interprivata del principio di eguaglianza (CC 8 marzo 1990, n. 1888; CC 9 febbraio 1990, n. 947), impiega le clausole generali di correttezza e buona fede quali strumenti di controllo degli atti unilaterali del datore di lavoro, facendo così strada alla penetrazione del principio nel contratto in funzione integrativa del regolamento delle parti (CC 17 febbraio 1994, n. 1530; conf. CC 8 luglio 1994, n. 6448). È una stagione che non sarebbe durata a lungo, come non sarebbero durati a lungo gli effetti della pronuncia della Corte costituzionale.

Le reazioni della dottrina e, successivamente, delle Sezioni Unite della Cassazione furono molto ostili all'orientamento della Consulta. L'apparizione del principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro venne vista come un'indebita trasposizione del principio dal piano della cittadinanza a quello dei rapporti produttivi (ROMAGNOLI, 1994), come un tentativo antistorico di reintrodurre vincoli inderogabili alla discrezionalità datoriale demoliti dallo stesso legislatore (DE LUCA TAMAJO 1997) come un'arbitraria destrutturazione degli equilibrio raggiunti sul mercato di soggetti individuali e collettivi a opera di altri soggetti estranei alla logica dell'agire economico (MAZZOTTA, 1993), come «una straordinaria dilatazione dei poteri giurisdizionali…che finirebbe per esercitarsi in maniera inevitabilmente soggettiva, relativa, variabile, contrastante (CC SU 20 maggio 1993, n. 630-6034; in senso conforme, più di recente CC 30 novembre 2020, n. 27344; CC 12 dicembre 2014 n. 26236, CC 19 luglio 2007, n.16015, CC 17.maggio 2003 n. 77529), come una pretesa di

sottoporre a controllo gli esiti del regolamento di interessi autonomamente raggiunto in sede sindacale (CC SU 8 luglio 1994, n. 6448).

Queste posizioni (su cui si v. BARBERA M., 2000) si spiegano, oltre che con una petizione di principio circa la mancata operatività dell'eguaglianza in ambito privato, con una particolare costruzione dell'eguaglianza stessa come parità di trattamento, vale a dire come regola di uniformizzazione inidonea a riflettere le legittime scelte di differenziazione compiute dall'autonomia dei privati, espressione di una libertà non finalizzata a scopi predeterminati. Tuttavia, fin dalla formulazione del principio aristotelico di giustizia, l'eguaglianza è stata intesa sempre in senso valutativo, nel senso cioè di ammettere giustificate differenziazioni ove le condizioni siano diverse, traducendosi così, nella sostanza, in un onere di giustificazione dell'esercizio del potere e, in tal guisa, in un criterio di legittimazione del potere stesso. È per questo che, anche nel diritto del lavoro, l'eguaglianza si manifesta principalmente in chiave negativa, quale divieto di discriminazioni arbitrarie che impedisce gli effetti di un comportamento scorretto, e solo in ipotesi stabilite in chiave di comando di parificazione, in virtù di un giudizio di eguaglianza o equivalenza delle condizioni dei soggetti comparabili compiuto *ex ante* dal legislatore (è il caso dell'imposizione dell'obbligo di parità di trattamento a favore dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore, poi abrogato dal d.lgs n. 276/2003, o a favore dei lavoratori somministrati; o, ancora, dell'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori stranieri lungo soggiornanti e regolarmente soggiornanti). Alla parità di trattamento si potrà giungere, semmai, in funzione rimediale, quando si tratterà di sanare la lesione dell'eguaglianza attraverso il riconoscimento dei benefici in questione a chi ne è stato ingiustamente escluso (v. infra § 3).

La ragione per cui l'eguaglianza ha fatto la sua comparsa anche nel diritto del lavoro è, dunque, che il problema dell'eguaglianza è indissolubilmente legato a quello del potere e della sua legittimazione. Ciò vale sia per i poteri pubblici, sia per i poteri privati che si connotano per la presenza di posizioni supremazia di una parte sull'altra, condizione che si verifica nel rapporto di lavoro, ove la natura tipicamente discrezionale e dinamica dei poteri datoriali fa sì che essi, al di fuori dei limiti segnati dalle norme inderogabili, si sottraggano a qualificazioni di illiceità tipizzate a priori (TREU, 1974). Vi è, dunque, una relazione stretta fra le due dimensioni dell'eguaglianza, quella verticale che tende al riequilibrio della relazione di potere fra datore di lavoro e lavoratore, e quella orizzontale che guarda a un'equa distribuzione fra i lavoratori di reddito, risorse, benefici e sacrifici.

Tramontata la possibilità di far ricorso in modo diretto al principio generale di eguaglianza, lo sviluppo dei divieti di discriminazione in tutti gli ambiti del rapporto di lavoro, anche quello precontrattuale, ha consentito all'eguaglianza di continuare a giocare lo stesso ruolo di tutela dall'arbitrio in relazione a gruppi nominati, definiti dalla loro particolare condizione di sistemico svantaggio sociale.

Questa singolare natura dei principi in esame, che ne connota il carattere autonomo rispetto alla norma inderogabile, era stata già rilevata dalla Corte costituzionale nella sentenza prima ricordata, laddove essa annotava che «(c)on l'affermazione del principio di eguaglianza il potere arbitrario viene meno». Ed è stata ribadita, ad anni di distanza, nel sistema di tutela multilivello, dalla Corte di Giustizia, la quale ha chiarito che il principio di eguaglianza e i divieti di discriminazione «che di questo sono espressione» comportano che non sia praticata «alcuna» discriminazione, senza richiedere la presenza di preesistenti diritti o interessi legittimi di cui si lamenta la lesione (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez,*). Ne risulta che detti principi sono potenzialmente

applicabili in ogni ambito oggettivo, con le sole limitazioni stabilite dallo stesso legislatore attraverso un complesso gioco di eccezioni e giustificazioni che si avrà modo di esaminare più avanti.

Va altresì sottolineato che «una disparità può essere giustificata alla stregua della logica interna al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione. Il limite qui è un limite tipicamente esterno, come accade ogni volta che il diritto, ponendo confini all'esercizio di un potere, tutela interessi altri da quelli del titolare del potere stesso» (BARBERA, 2013, 153). Di conseguenza, la sussistenza di un legittimo motivo di licenziamento non esclude di per sé la rilevanza dell'accertamento anche del motivo discriminatorio del licenziamento (Cass. 27 gennaio 2022, n. 2414, ord.).

Alla funzione fin qui descritta è da aggiungersi una funzione ulteriore dei principi, vale a dire una funzione rimediale e redistributiva, già prima richiamata. La realizzazione dell'eguaglianza postula una diversa distribuzione dei benefici e delle opportunità riconosciti ad alcuni e ingiustamente negati ad altri. Il che, però, non significa necessariamente una distribuzione eguale (v. FREDMAN, 2011, 2). Le soluzioni ragionevoli che impongono l'adattamento del luogo di lavoro alla particolare condizioni dei disabili o delle minoranze religiose, o le azioni positive che tendono a colmare lo squilibrio di genere nei luoghi di lavoro o nella rappresentanza politica sono espressione del profilo differenziatore dell'eguaglianza, di una visione sostanziale di giustizia che impone che condizioni diverse e identità diverse vengano trattate in modo diverso. La misura in cui queste diverse condizioni vengono prese in considerazione dipende dalla nozione sostanziale di eguaglianza presa a riferimento. Se si guarda all'eguaglianza di opportunità, si tenderà a una giusta distribuzione delle *chances* della vita attraverso regole del gioco eque che consentano a tutti una eguale partecipazione al gioco, basata sul merito; se, invece, si intende l'eguaglianza anche come eguaglianza di risultati, allora si chiederà che non solo le regole del gioco siano eguali per tutti ma che, almeno in una certa misura, eguali siano anche i risultati della partecipazione al gioco. Questa misura è determinata dal paniere dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento e non coincide soltanto con una giusta distribuzione di benefici e risorse economiche. Come insegnano le teorie sulla *capabilities* (SEN, 1999; NUSSBAUM, 2000), importante non è soltanto il possesso di merci o di beni ma anche l'effettiva capacità di fare le cose che si ritengono di valore.

In questo senso i divieti di discriminazione esprimono anche un progetto di partecipazione politica democratica che consenta che anche le voci sottorappresentate nell'arena politica siano prese in considerazione. È principalmente il carattere antimaggioritario del principio di non discriminazione (affermato per la prima volta nella famosa sentenza *Carolene Products* della Corte Suprema nordamericana), che compensa, a correzione della «metafisica democratica della quantità» (SCHIAVONE, 2019, 238), la mancanza di voce dei gruppi di minoranza nei luoghi di decisione politica, ad essere espressivo della dimensione partecipativa della non discriminazione. Ma lo è anche l'eguaglianza in collegamento con il principio di solidarietà, proclamato dalla Costituzione italiana e riaffermato dalla Carta europea dei diritti fondamentali, il quale postula non soltanto la rimozione delle barriere alla partecipazione ma anche una piena integrazione economica e sociale (FREDMAN, 2011, 33).

Questa concezione dell'eguaglianza comporta anche una critica alla "tirannia del merito". L'eguaglianza di opportunità è un principio riparatore. Ma come ha osservato Michael Sandel (SANDEL, 2021, 225 ss.), se abbattere le barriere è una buona cosa e nessuno dovrebbe essere frenato dalla povertà o dal pregiudizio, «una società buona non può essere fondata soltanto sulla promessa di una fuga. Focalizzarsi soltanto, o principalmente, sull'ascesa fa poco coltivare i legami sociali e gli

attaccamenti civici che la democrazia richiede». L'eguaglianza non richiede solo che i meritevoli siano liberi di accedere a nuove posizioni ma che ciascuna persona sia in grado di vivere una vita dignitosa e che le siano tributati eguale considerazione e rispetto.

In quest'ultima accezione, il principio è espressione del diritto all'eguale rispetto della propria dignità, che è anzitutto rispetto della preziosa differenza di ciascuna persona, profilo che tende ad assumere carattere assoluto e che non richiede perciò, necessariamente, una comparazione, come mostra il divieto della discriminazione-molestia che si intende violato ogni volta che un atto o una condotta siano tali da avere scopo o l'effetto di «violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo», senza che vi sia la necessità di comparare la propria condizione a quella di altri.

1.1. Il carattere dinamico dei divieti di discriminazione. Interpretazioni testuali e interpretazioni evolutive.

Le funzioni fin qui descritte segnalano il carattere dinamico della tutela antidiscriminatoria. Le categorie della discriminazione sono socialmente e storicamente determinate e, dunque, mobili. Così, nel diritto internazionale, i divieti di discriminazione tutelano, in origine, i gruppi di minoranza lasciati senza tutela dagli stati nazionali nella divisione fra le grandi potenze dello spazio geografico; l'*Equality clause* sancita dal 14 emendamento della Costituzione nordamericana nasce come specifica risposta alla sistematica esclusione dai diritti civili degli afro-americani solo formalmente inclusi, dopo l'abolizione della schiavitù, nel cerchio della cittadinanza; nel diritto dell'Unione europea, il sesso e la nazionalità sono stati inizialmente presi in considerazione in quanto caratteristiche soggettive suscettibili di incidere sul processo di integrazione economica; le direttive UE sui lavori atipici degli anni novanta aprono verso discriminazioni nascenti da particolari status contrattuali; il Trattato di Amsterdam, al nuovo articolo 13 del Trattato CE (ora art. 19 TFUE), menziona per la prima volta razza e origine etnica, religione, opinioni personali, orientamento sessuale, età, disabilità, come nuovi fattori vietati per adeguare l'ordinamento sovranazionale a un sentire comune di condanna di forme di discriminazione ormai avvertite come odiose; la Carta dei diritti fondamentali UE aggiunge alla lista nuovi fattori, quali le caratteristiche genetiche, il patrimonio, la nascita per combattere le diseguaglianze di destino e le nuove, possibili diseguaglianze nascenti dalla manipolazione della natura umana a opera della tecnica; la stessa *ratio* di tutela dalla faccia oscura dell'innovazione spinge oggi a combattere le discriminazioni algoritmiche.

È questo contenuto variabile nel tempo della tutela antidiscriminatoria che rende arduo rispondere alla domanda sul carattere tassativo o meno dei divieti di discriminazione. Ragioni testuali (che guardano alla lettera della norma e alla volontà espressa dal legislatore) e funzionali (che guardano all'effettività della tutela) faranno propendere per la prima opzione interpretativa. Se, invece, si adotta un approccio teleologico, si leggeranno i fattori tipizzati come categorie solo esemplificative, suscettibili di essere integrate in via giurisprudenziale da altri fattori che rispondano alla medesima *ratio* che ha mosso il legislatore a vietare quelli enumerati.

Quest'ultima posizione è dotata di più solide argomentazioni nelle giurisdizioni che adottano un modello a lista aperta, come, nel contesto italiano, fa l'art. 3 Cost. e, nel contesto sovranazionale, fanno l'art. 14 della Cedu e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE. In questi casi, espressioni quali «condizioni personali» o «ogni altra condizione» o incisi quali «in particolare» che precedono la lista dei fattori espressi, da un lato, consentono di ampliare la tutela a gruppi non

esplicitamente menzionati e di adeguare il dato normativo alla mutevole realtà sociale (MILITELLO, STRAZZARI, 2019, 88, ove una discussione dei vari modelli a lista aperta o chiusa). Così, a partire dal riferimento a «ogni altra condizione» contenuta nell'art. 14 della Convenzione, la CEDU ha esteso la tutela offerta dalla clausola antidiscriminatoria a gruppi non nominati come gli omosessuali (CEDU 9 gennaio 2003, *L. e V. c. Austria*) e i disabili (CEDU 30 aprile 2009, *Glor. C. Svizzera*), mentre, per quel che riguarda l'ordinamento europeo, l'art. 21 della Carta non è considerato norma attributiva di competenze e tale da ampliare la competenza dell'Unione a combattere le discriminazioni derivanti dall'art. 19 TFUE (FAVILLI 2017; sulle fonti sovrannazionali del diritto antidiscriminatorio v. § 2.1).

La Corte di giustizia ha avuto modo di affrontare la questione in riferimento sia al quadro normativo originario, che a quello successivo all'ampliamento della lista dei fattori vietati seguito alla modifica del Trattato CE e le risposte sono state contrastanti. Nel caso *P.* (CGCE 30 aprile 1996, causa C-13/94), i giudici hanno letto in senso evolutivo il fattore sesso fino a ricomprendervi ogni questione relativa all'identità di genere, a cominciare dal cambiamento di sesso, ritenendo che tollerare una discriminazione fondata sulle scelte di genere significa andar contro il rispetto della dignità e della libertà della persona. A un paio d'anni di distanza, nel caso *Grant* (CGCE 17 febbraio 1998, causa C- 249-96), gli stessi giudici hanno ritenuto di non potersi sostituire al legislatore, ormai abilitato a prendere iniziative a questo riguardo dal nuovo articolo del Trattato, e di non poter operare altre estensioni in via interpretativa del concetto nel senso di includervi anche l'orientamento sessuale.

La Corte ha assunto un orientamento restrittivo anche in riferimento ai fattori razza e origine etnica e disabilità, introdotti dalle direttive degli anni duemila. Nel caso *Kamberaj* (CGUE 24 aprile 2012, causa C-571/10), la Corte ha ritenuto non applicabile il divieto di discriminazioni razziali ed etniche alle discriminazioni basate sulla nazionalità, di cittadini di paesi terzi, fattore esplicitamente estraneo all'ambito di applicazione della direttiva 2000/43, escludendo anche la possibilità considerarle quali discriminazioni indirettamente fondate su razza e origine etnica, motivi vietati dalla direttiva, che sarebbe una delle strade attraverso cui dare rilievo a fattori non citati dall'ordinamento (si pensi alle discriminazioni delle lavoratrici part-time, ora vietate espressamente dalla direttiva 97/81 e prima ricondotte alle discriminazioni indirette di sesso v. CGCE 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*). Va però ricordato che l'ordinamento europeo contiene numerose disposizioni che tutelano la condizione dei lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti e che gli ordinamenti nazionali prevedono tutti norme dirette a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità, sicché, nonostante il silenzio del diritto UE su questo specifico fattore, non può palarsi di anomia in un campo così rilevante per la lotta alle discriminazioni (v. § 2.5). Nel caso dell'ordinamento italiano, gli art. 43 e 44 del d. lgs. 286/1998 (d'ora in poi TUI), fatti salvi dal d.lgs. 215/03 di recepimento della direttiva 2000/43, in virtù anche del cumularsi dei rimedi e delle azioni esperibili in virtù di tale rimando, hanno dato luogo a una esperienza applicativa notevole sia per quantità che per qualità, tanto da costituire un esempio un caso esemplare di lite strategica (GUARISO, 2012).

Quanto alla disabilità, nel caso *Chacon Navas* (CGUE 11 luglio 2006, C-13/05) la Corte si è rifiutata di estendere la nozione alla malattia e l'ha poi ulteriormente ristretta nel caso *Z (*CGUE 18 marzo 2014, C-363/12*),* richiedendo che la disabilità lamentata abbia riflessi diretti sulla vita professionale.

Tuttavia, nella giurisprudenza più recente, sono rinvenibili movimenti di senso opposto. Dopo la

ratifica della Convenzione ONU sulla disabilità, la Corte ha in qualche modo cambiato rotta, aderendo al modello sociale più ampio fatto proprio dalla Convenzione e arrivando a ritenere che anche la malattia possa rientrare nella nozione di disabilità ove comporti anch'essa una limitazione di lunga durata. (CGUE 11 aprile 2013, C-335-11, *HK Danmark*; sul punto v. anche § 2.9).

Un ampliamento dell'operatività dei divieti di discriminazione si è avuta anche a seguito dell'elaborazione in via giurisprudenziale del concetto di discriminazione per associazione. Questa volta il lavoro interpretativo della Corte ha inciso non sui fattori protetti ma sulla nozione di discriminazione, ma l'esito è stato comunque quello di un'estensione dell'ambito dei soggetti protetti. Nella sentenza *Coleman* (CGUE, 31 luglio 2008, C-303/06), la Corte ha affermato che dalla direttiva 2000/78 non risulta in alcun modo che il principio della parità di trattamento che essa mira a garantire sia limitato alle persone esse stesse disabili. La direttiva, al contrario, ha come obiettivo di combattere ogni forma di discriminazione basata sulla disabilità, comprese quelle che colpiscono le persone in qualche modo associate ai disabili, perché, come nel caso in questione, se ne prendono cura. Sono tutte le discriminazioni connesse alla disabilità, sulla base dunque di un nesso di causalità oggettivo, a recare danno alla coesione sociale e non solo quelle che colpiscono in modo diretto i disabili.

La Corte è tornata sulla nozione di discriminazione per associazione nel caso *Chez* (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14), in tema di discriminazioni a danno dell'etnia rom, interpretando in senso oggettivo e non soggettivo il nesso di causalità che lega il trattamento o l'effetto svantaggioso al fattore protetto. La condizione obiettiva dell'essere di origine rom può danneggiare non solo gli appartenenti a tale etnia ma anche coloro i quali si trovano a condividere con i rom le proprie condizioni di vita, circostanza che determina la condivisione di un trattamento meno favorevole o di un particolare svantaggio.

In sostanza, quello che la Corte vuol dirci è che l'ordinamento prende in considerazione non soltanto il torto individuale ma anche il torto collettivo che ogni singola discriminazione produce, perché discriminazione genera altra discriminazione e perché la discriminazione mina non soltanto la considerazione e il rispetto di sé dell'individuo ma anche uno dei fondamenti condivisi su cui le comunità democratiche sono costruite, vale a dire il pari valore e la pari dignità dei singoli e dei gruppi sociali a cui essi appartengono.

Una visione ampia della diseguaglianza è presente anche nella nozione di discriminazione multipla o intersezionale che interviene quando più di un fattore di discriminazione è coinvolto e che è suscettibile, per questa strada, di agire da correttivo ai modelli a lista chiusa. L'ipotesi è testualmente prevista solo nel considerando 14 della direttiva 2000/43 e nel considerando 3 della direttiva 2000/78 in relazione alle discriminazioni multiple che colpiscono le donne; ma è stata poco o per nulla presa in considerazione dalla Corte di Giustizia e dalle corti nazionali. La dottrina, viceversa, attribuisce alla nozione la capacità di riflettere e combattere il carattere complesso della diseguaglianza (XENIDIS, 2019, 41; BELLO, 2019). Le discriminazioni intersezionali esprimono, infatti, una realtà sociale ove i gruppi socialmente svantaggiati sperimentano varie forme di discriminazione che interagiscono fra loro, fino a non essere più distinguibili e separabili, e le identità soggettive sono attraversate da varie appartenenze. Bandire il velo dai luoghi di lavoro, ad esempio (v. § 3.1), può implicare una discriminazione fondata sulla religione ma anche riflettere pregiudizi di genere e razziali.

Il diritto fatica a riflettere questa realtà, come mostra la difficile applicazione giurisprudenziale di

tale nozione di discriminazione, dovuta anche a un apparato normativo che, a cominciare dalle regole sull'onere della prova, tende a favorire una rappresentazione unidimensionale della discriminazione (v. § 2 ss.). La Corte di Giustizia, nel caso *Parris* (CGUE 24 novembre 2016, C-443/15), non ha accolto il suggerimento dell'Avvocato generale Kokott di adottare, nell'esame del caso, la prospettiva delle discriminazioni intersezionali, il che ha concorso a determinare il rigetto della domanda. Ma lo stesso Avvocato generale non aveva fornito indicazioni su come condurre, dal punto di vista operativo, un'analisi di tipo intersezionale, a partire da come compiere un giudizio di proporzionalità che includa due o più fattori.

La proposta di direttiva che dovrebbe estendere l'ambito di applicazione dei divieti sanciti dalla direttiva 2000/78 oltre il lavoro (COM/2008/426) il cui iter normativo è al momento interrotto, non prevede disposizioni in merito alle discriminazioni intersezionali. Lo fanno, invece, gli emendamenti alla Proposta presentati dal Parlamento europeo (Parlamento europeo, risoluzione 2 aprile 2009), che stabiliscono un divieto sistematico di discriminazioni intersezionali che attraversa tutti i fattori vietati, il che denota che, a livello di dibattito politico sovranazionale, il problema è ormai emerso. Non può dirsi lo stesso del contesto nazionale. Neppure il più recente intervento normativo in tema di discriminazione (l. 162/2021) fa menzione delle discriminazioni intersezionali.

Come si accennava prima, spesso è il testo di legge a guidare l'interprete verso soluzioni testuali o teleologiche. Tuttavia le scelte ermeneutiche dipendono da un complesso gioco di fattori che va oltre la specifica vicenda oggetto del giudizio. Se, in via generale, può affermarsi che la distinzione fra modelli a lista chiusa e modelli a lista aperta va attenuandosi (MILITELLO, STRAZZARI, 2019, 95), il dibattito sui pregi e i difetti di ciascuno di essi si mantiene vivo, rinviando a questioni di carattere generale, che attengono ai rischi e ai pregi dell'attivismo giudiziario e rispecchiano mutevoli equilibri fra potere politico e potere giudiziario e, negli ordinamenti multilivello, fra attori nazionali e sovranazionali.

Una pronuncia in tema di discriminazione emblematica dell'ampia portata delle questioni che vengono affrontate e delle conseguenze delle decisioni giudiziali è la sentenza *Bostock v. Clayton County* del 15 giugno 2020 della Corte Suprema nordamericana, in cui la Corte era stata chiamata a decidere se fosse possibile invocare il *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964 – che proibisce qualsiasi discriminazione basata su sesso – anche nel caso di un licenziamento dovuto all'orientamento sessuale o al cambiamento di sesso del lavoratore. La decisione con cui la maggioranza della Corte ha risposto affermativamente, rovesciando l'orientamento espresso dalle corti di merito, è stata scritta dal giudice Gorsuch, noto per le sue posizioni conservatrici e per l'essere uno degli esponenti di spicco del "testualismo" in senso forte (o originalismo), fautore di una interpretazione strettamente letterale della legge e della Costituzione. «Quando i termini espliciti di uno statuto ci danno una risposta e considerazioni extratestuali ne suggeriscono un'altra, non c'è dubbio. Solo la parola scritta è legge e tutti hanno diritto di beneficiarne», scrive il giudice Gorsuch. Una sentenza che segna un deciso passo in avanti nella protezione delle minoranze omosessuali e transgender diventa così, paradossalmente, l'occasione per far guadagnare posizioni al costituzionalismo conservatore, che potrà avvalersene anche in altre arene decisionali e per altri scopi. Conta poco che, nel caso in questione, a prevalere sia stata davvero "la parola scritta", suscettibile, lo si è visto, di molteplici interpretazioni. Conta di più, anche in vista di future decisioni, far affermare il testualismo come dottrina prevalente nel massimo organo giudiziario del sistema giuridico.

1.2. Gli effetti diretti del principio di eguaglianza nella giurisprudenza e il dialogo fra le Corti sulla scelta fra giurisdizioni.

La trasversalità del principio di eguaglianza e non discriminazione e la sua connessione alle dinamiche istituzionali e all' equilibri tra poteri è chiaramente visibile, in riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, anche nella vicenda relativa agli effetti diretti che esso spiega negli ordinamenti nazionali. A partire dalla sentenza *Mangold* (CGCE 22 novembre 2005, C-144/04), in tema di discriminazioni fondate sull'età, la Corte di giustizia ha impresso una spinta nuova a tale principio e ne ha fatto una potente leva di integrazione, ponendolo a fondamento di un controllo di eguaglianza diffuso da parte dei giudici nazionali, garanti, al pari della Corte europea, di un'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione. I divieti di discriminazione stabiliti dalle direttive altro non sono, ha affermato la Corte, che la specificazione di un principio generale di eguaglianza e non discriminazione dotato di efficacia diretta (verticale e orizzontale), principio che preesiste alla loro adozione, con la conseguenza che anche le sue specificazioni producono effetti fra i privati e che i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare ogni disposizione di legge non conforme anche in una controversia fra privati.

Gli sviluppi successivi hanno visto la Corte di Giustizia mitigare in parte le sue posizioni, anche in risposta alle critiche rivolte alla pronuncia da chi vi aveva visto un superamento dei limiti delle competenze comunitarie, degli effetti diretti delle direttive e dei poteri stessi della corte. Nella sentenza *Kücükdeveci* (CGUE 19 gennaio 2010, C- 555/07), in particolare, la Corte ha chiarito che il diritto da far rispettare è il principio di non discriminazione quale «espresso concretamente» dalla direttiva, creando così un rapporto di circolarità fra principi generali e diritto secondario. In che cosa consista tale rapporto lo si può comprendere più chiaramente guardando alla giurisprudenza successiva. Da una parte, sono le concrete disposizioni della direttiva a dare applicazione al principio di eguaglianza e non discriminazione e a fungere da "trigger" del principio stesso, a consentire cioè, attraverso il suo ambito di applicazione, che il caso sia attratto nell'orbita del diritto dell'Unione (seppure, in linea teorica, qualunque altra norma di diritto derivato può fungere da norma *trigger* se si applica nel caso di specie ed è dunque atta a produrre lo stesso effetto di attrazione). Dall'altra, è il principio stesso, in quanto principio generale o in quanto principio sancito dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, a «confe(rire) ai privati un diritto soggettivo invocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio» (CGUE 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, con la quale la Corte contestualmente nega che sia dotata di effetti diretti l'art. 27 in tema di diritto di informazione e consultazione).

Nella sentenza *Dansk Industri* (19 aprile 2016, C-44/14), la Grande sezione della Corte di giustizia ha ribadito l'idoneità del principio generale di non discriminazione in base all'età a produrre effetti diretti orizzontali, entrando poi nel merito del meccanismo di disapplicazione. Già nel caso *Kücükdeveci* la Corte aveva chiarito come, nel momento in cui fosse risultato impossibile risolvere il contrasto attraverso l'interpretazione conforme, il giudice nazionale fosse comunque tenuto ad «assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio». In *Dansk Industri* la Corte, in risposta alla questione pregiudiziale posta dai giudici nazionali in ordine alla necessità di operare un bilanciamento fra obbligo di disapplicazione ed esigenze di certezza del diritto e legittimo affidamento, ha ulteriormente precisato che «[né] i principi della certezza del diritto e della

tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possono rimettere in discussione tale obbligo».

La Corte ha successivamente riconosciuto gli stessi effetti diretti anche al divieto di discriminazione basato sulla religione, in collegamento ancora con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, nelle cause *Egenberger* (CGUE 17 aprile 2019, C- 414/16)*, Achbita* (CGUE 14 marzo 2017, C-157/15), *IR* (CGUE 11 settembre 2018, C- 68/17)*, Cresco* (CGUE 22 gennaio 2019, C-193/17)*, Wabe* (CGUE 15 luglio 2021, C-804/18)*, Szpital Kliniczny* (CGUE 26 gennaio 2021, C-16/19) (per un commento FERRARO 2019), dando risposta a quanti si erano interrogati sulla possibilità di ritenere dotati della medesima efficacia diretta i diversi divieti di discriminazione previsti dall'ordinamento UE. La Corte ha ricordato, in proposito che «(r)iguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati», in particolare genere (CGCE 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*) e nazionalità (CGCE 6 giugno 2000, C-281/98, *Angonese*).

Gli effetti diretti della Carta sono stati riaffermati dalla Corte in riferimento ad altri diritti sociali fondamentali e, segnatamente, al diritto alle ferie, sancito dall'art. 31. In *Bauer* (CGUE 6 novembre 2018, C-569/16) e *Max-Planck* (CGUE 6 novembre 2018, C-684/16) la Corte ha affermato che tale disposizione è di per sé sufficiente a conferire un diritto invocabile in quanto tale in una controversia contro privati e che il giudice nazionale, ove necessario, può fare ricorso alla disapplicazione della normativa interna contraria al diritto UE.

La Corte ha poi chiarito meglio, in pronunce successive, il rapporto fra principio/diritto fondamentale e diritto derivato. Si distingue, a questo proposito, fra principi e diritti che abbiano carattere imperativo e siano sufficienti di per sé a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia fra privati, e altri casi in cui i principi e i diritti della Carta richiedano una concretizzazione ad opera di disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Nel primo caso, ed è quanto accade, come si ricordava prima, per il principio di eguaglianza e non discriminazione e per il diritto alle ferie, il diritto derivato vale solo ad attrarre la controversia nell'ambito del diritto dell'Unione o, al più, a specificare alcune caratteristiche del diritto in oggetto; nel secondo, le direttive che attivano le competenze della Corte sono quelle che contengono disposizioni precise e incondizionate, tali da ridurre i margini di discrezionalità degli Stati che hanno concordato le misure minime da adottare e da produrre un effetto di armonizzazione (SCIARRA 2021). Ciò spiega perché la CGUE abbia dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale in materia di criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, fondato sull'art. 30 della Carta in connessione con direttiva 98/59 (CGUE 4 giugno 2020, C-32/20, *TJ c. Balga srl*), ritenendo che la direttiva in questione avesse prodotto solo un'armonizzazione parziale, in ragione dell'assenza di obblighi specifici statuiti in relazione alla situazione oggetto del giudizio.

La costituzionalizzazione a livello dell'ordinamento europeo del principio di eguaglianza e dei diritti fondamentali e l'affermazione, alle condizioni dette, della loro efficacia diretta sono diventate, dunque, il tramite per un controllo di eguaglianza diffuso da parte dei giudici nazionali, idoneo a *by passare* le giurisdizioni delle corti nazionali. Ciò ha dato luogo ad alcuni episodi di conflitto fra giurisdizioni. È quanto è accaduto, ad esempio, proprio nel caso *Dansk Industri,* quando la Corte suprema danese si è rifiutata di seguire le indicazioni della Corte di Lussemburgo,

sostenendo che questa aveva ecceduto i suoi poteri. Il caso della Corte danese non è rimasto isolato. Vi sono stati altri casi di conflitto, dichiarato o latente, fra la Corte di Giustizia e le alte corti nazionali, compresa la Corte costituzionale italiana, la quale, con la sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017, in un discusso *obiter dictum,* ha inaugurato un nuovo orientamento che ammette una doppia pregiudizialità, consentendo al giudice nazionale di sollevare una questione di legittimità costituzionale laddove una legge sia oggetto di dubbi di legittimità in relazione sia ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, che a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Inizialmente sembrava che ciò dovesse accadere in via prioritaria. Successivamente, dopo i chiarimenti intervenuti con le sentenze nn. 20 del 21 febbraio 2019 e 63 del 21 marzo 2019, con le ordinanze nn. 117 del 10 maggio 2019 e 182 del 30 luglio 2020, nonché, da ultimo, la sentenza n. 254 del 26 novembre 2020, al giudice comune sembra riconosciuta libertà di scelta fra il dare priorità alla questione eurounitaria o a quella costituzionale oppure la possibilità di coinvolgere entrambe le Corti, fatta comunque salva la facoltà di disapplicare la norma nazionale contrastante con i diritti della Carta.

Tale soluzione, tuttavia, presenta aspetti critici: l'assenza di una gerarchia fra le giurisdizioni, che rispecchia l'assenza di una gerarchia fra le fonti, determina incertezze e possibili conflitti (PICCONE, 2021, 7).

Sono pertanto da valorizzare le indicazioni che la Corte Costituzionale ha fornito da ultimo, proprio ragionando di discriminazione, che privilegiano le vie del dialogo e della cooperazione. Si legge nell'ordinanza n. 182/2020 (in cui la Corte italiana rinvia a quella europea due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dei divieti di discriminazione a danno di lavoratori stranieri stabiliti dall'art. 12 della direttiva 2011/98 e 11 della direttiva 2003/109) che, in «un settore nevralgico» per l'integrazione europea e «in un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del «rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea)».

Il divieto di discriminazioni arbitrarie stabilito dalla Costituzione italiana e i vincoli provenienti dall'ordinamento europeo vengono a porsi, nella prospettiva offerta dalla Corte, «in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione» (ord. n. 182 del 30 luglio 2020), affinché sia assicurata «la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico» (sent. n. 269 del 14 dicembre 2017; v. anche l'ordinanza n. 117 del 6 marzo 2019, punto 2).

In una successiva pronuncia, anch'essa di grande rilievo per i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo (sentenza n. 84 del 30 aprile 2021), perché conclude una procedura che aveva visto la Consulta fare ricorso al rinvio pregiudiziale ponendo per la prima volta questioni sia interpretative che di validità, le norme della Costituzione e quelle sovranazionali di origine pattizia ed eurounitarie vengono lette come disposizioni che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione», espressione di un catalogo di diritti che si arricchiscono a vicenda, elevando lo standard di protezione assicurata alla persona.

La logica ispiratrice sembra dunque quella di un pluralismo costituzionale in cui tenere aperti i canali comunicativi fra le corti conta più del pronunciare "l'ultima parola", perché consente «un potenziale accrescimento nella reciproca legittimazione delle due Corti, all'interno di un confronto serrato» (SCIARRA 2021, 45 e 49-50) e favorisce la creazione di standard più elevati di tutela.

Il medesimo tono dialogante è rinvenibile nella Corte di giustizia, che, nella causa prima citata, ha ritenuto ammissibile il rinvio della Corte italiana, pur in assenza, per una delle due questioni di pregiudizialità, di una normativa avente effetti diretti al tempo della causa. La Corte di Lussemburgo ha sottolineato in proposito la natura particolare del giudice del rinvio, che è «un giudice costituzionale a cui è stata rimessa una questione di puro diritto – indipendente dai fatti addotti dinanzi al giudice di merito – questione alla quale esso deve rispondere alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti» (CGUE 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e al.*).

Questa attitudine di confronto e di cooperazione sembra la prospettiva migliore per gestire la complessità che si è prima tratteggiata. Sebbene neppure nei suoi più recenti pronunciamenti la Corte costituzionale abbia offerto indicazioni esplicite riguardo a quale scelta orientarsi quando si prospetta una questione interpretativa avente una doppia rilevanza, essa sembra però ritenere che la strada della disapplicazione o del rinvio pregiudiziale siano da preferire "in settori nevralgici" del processo di integrazione e laddove il diritto dell'Unione abbia inciso più in profondità sul campo da regolare. Tali criteri, è stato osservato in dottrina (BRONZINI 2021), richiamano, a loro volta, altri criteri e altre regole di origine euro-unitaria. È il caso del criterio dell'"interesse europeo" a una pronuncia indicato dalla Corte di giustizia fra le basi dell'obbligo del rinvio pregiudiziale per i giudici di ultima istanza (CGUE 6 ottobre 2021, C- 561/19, *Consorzio italian management*) e di altri casi in cui la preferenza per l'applicabilità immediata del diritto dell'Unione o per il rinvio pregiudiziale è desumibile dalle stesse norme dei Trattati, in particolare dall'art. 2 del TFUE.

È indubbio che, nel caso del principio di eguaglianza e non discriminazione, si sia in presenza di uno dei campi in cui l'impronta del diritto nazionale e della giurisprudenza della Corte di giustizia è più forte. Dunque, in questo ambito, i criteri di preferenza per la via sovranazionale prima indicati paiono presenti. Sembra però che alle considerazioni fin qui svolte se ne possano aggiungere delle altre, di natura più stringente. Se guardiamo al posto che l'eguaglianza riveste nell'ordinamento costituzionale europeo non soltanto in quanto materia ma in quanto valore, destinato a incidere in modo trasversale su altre materie assegnate alla competenza esclusiva o concorrente dell'Unione, ci si dovrà chiedere se tale valore possa essere soggetto a valutazioni difformi nei diversi sistemi nazionali senza che ne venga perso il significato essenziale. Ritenere il contrario significa accettare che venga compromessa la funzione dell'eguaglianza in quanto eguaglianza di fronte alla legge e nell'interpretazione della legge, in quanto porta di accesso a una medesima comunità, in quanto diritto fondamentale della persona alla protezione dalle discriminazioni (CGUE 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *Wabe*, § 62), non suscettibile di essere declinato diversamente a ogni attraversamento di frontiere di una medesima Unione politica e di diritto.

Spetterà perciò anzitutto alla Corte di giustizia compiere quel bilanciamento fra diritti che l'applicazione del principio di eguaglianza richiede, chiarendo «quale bilanciamento tra i diversi interessi in gioco abbia stabilito il legislatore dell'Unione in sede di adozione delle direttive che danno concreta attuazione alla disposizione della Carta» (ROSSI, 2017, citando *Egenberger*, § 47). Ma il caso *Wabe* dimostra la volontà della Corte di giustizia di lasciare spazio, nel test di proporzionalità condotto al fine di accertare la sussistenza di una discriminazione, anche alle tradizioni costituzionali dei paesi Membri e ai diritti sanciti dalle costituzioni nazionali, peraltro riflessi nelle

disposizioni della Carta (§ 70).

Ritenere, viceversa, come fanno alcune pronunce della Corte di Cassazione italiana (CC, ord. 8 aprile 2021, n. 9378, ord. 8 aprile 2021, n. 9379, ord. 17 giugno 2019, n. 16164, ord. 17 giugno 2019, n. 16167) che solo le corti costituzionali nazionali possano valutare la ragionevolezza delle scelte discrezionali di parificazione o differenziazione compiute dal legislatore, a loro volta frutto di un bilanciamento di contrapposti interessi, significa ignorare la cessione di sovranità che si è realizzata anche in questo campo in aree sempre più vaste rispetto ai divieti di discriminazione originari. Il che non comporta che, nel difficile equilibrio fra unità e diversità dei sistemi giuridici e politici che compongono l'Unione, equilibrio al quale anche l'interpretazione e l'attuazione del diritto devono tendere, la seconda ceda interamente alla prima. Non soltanto al giudice nazionale del rinvio spetterà, eventualmente, operare in concreto quel bilanciamento fra le posizioni delle parti in causa richiesto dalla natura della controversia in questione (*Egenberger*; CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*) e tener conto delle previsioni più favorevoli previste dal diritto nazionale (*Wabe*), ma al legislatore nazionale resta la possibilità di ritornare sulla disciplina che viene disapplicata, regolando diversamente i medesimi interessi. Tale facoltà di rimodulare il trattamento all'esito dell'accertamento della discriminatorietà delle regole prima vigenti riguarda però solo il legislatore e si situa *a valle* del giudizio di non discriminazione, quando si tratterà di adottare misure volte a ripristinare la parità di trattamento nei confronti della generalità dei possibili beneficiari, potendosi discutere se l'eguaglianza possa essere raggiunta anche *al ribasso*, vale a dire negando a tutti i benefici in questione, o se quello che non si richiede non sia piuttosto un'eguaglianza *al rialzo*, un intervento redistributivo su una base più equa, come suggerisce il carattere incrementale che l'eguaglianza riveste nel sistema dell'Unione europea e nel nostro sistema costituzionale.

Il giudice investito dalla causa antidiscriminatoria non potrà, invece, che attenersi alla regola paritaria. Come la Corte di giustizia ha precisato più volte, «quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di eguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione… In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria» (*Cresco*, §§ 79-80).

Sembra incorrere perciò in un equivoco interpretativo quella posizione giurisprudenziale che, in un caso in cui una certa provvidenza prevista unicamente dalla legge nazionale era stata illegittimamente negata ai lavoratori stranieri, ha ritenuto non percorribile la strada della disapplicazione perché non sarebbe stata individuabile *una disciplina self-executing* dell'Unione che regolasse direttamente la materia (CC, ord. 8 aprile 2021, n. 9378, ord. 8 aprile 2021, n. 9379). I giudici arrivano a tale conclusione sulla base dell'osservazione che neppure il divieto di discriminazione a danno dei lavoratori stranieri lungo-soggiornanti o regolarmente soggiornanti stabilito dalle direttive 2003/109 e 2011/98 sarebbe di per sé sufficiente a disapplicare la disciplina interna confliggente poiché «è consentito al legislatore nazionale di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia

proporzionata e adeguata». Ne discende che solo la Corte costituzionale può essere investita della questione. Paradossalmente, queste espressioni di "patriottismo costituzionale" sembrano suggerire che l'esito del dialogo fra le corti debba essere non quello della "massima salvaguardia" dei diritti ma il loro abbassamento, il che contrasta con la *ratio* stessa della doppia pregiudizialità, orientata, come si è vista alla massima estensione della tutela dei diritti.

Viene qui dimenticato che il parametro sulla base del quale valutate l'operato del legislatore, ove sussista un divieto di discriminazione di valenza eurounitaria, non è più un parametro meramente interno, ma è un parametro europeo, con la precisazione che l'intervento della Corte di giustizia può procedere in prima persona a tale valutazione oppure può limitarsi a una valutazione in astratto, attribuendo ai giudici nazionali il compito di una valutazione in concreto, che può portare a soluzioni diverse nei singoli casi**.** Così come sembra venga dimenticato, con una confusione dei vari piani temporali in cui opera il giudizio di discriminazione e intervengono i vari attori del sistema (il giudice nazionale, quello europeo e il legislatore stesso), che la portata del divieto in questione assume valenza diversa a seconda che la discriminazione *sia ancora da accertare*, nel qual caso il giudice nazionale può optare fra disapplicazione o, nel caso di dubbi interpretativi, rinvio pregiudiziale, o che invece la discriminazione *sia stata già accertata*, nel qual caso non resta altra strada al giudice (in ipotesi, anche il giudice costituzionale) che applicare la regola paritaria. Nel primo caso, ove sussistano dubbi interpretativi e si opti per il rinvio, vi sarà spazio per un dialogo fra corti in ordine al bilanciamento fra diritti e interessi diversi, e non soltanto se il giudice del rinvio è un giudice costituzionale data la possibilità di formulare il rinvio in termini che portino la Corte di giustizia a valutare gli aspetti che maggiormente rilevano sul piano domestico. In *Wabe*, ma anche in *Taricco* (CGUE 8 dicembre 2015, C-105/14) e *Consob* (CGUE 2 febbraio 2021, C-481/19)*,* la Corte di giustizia ha dimostrato di saper ascoltare le corti supreme nazionali. Se si controverte di diritti fondamentali, pur in presenza di approcci divergenti, l'approccio che si è dimostrato più costruttivo è quello dell'ingaggiare le corti non in una "battaglia sulle competenze" ma in una discussione *open-ended,* finalizzata alla ricerca di un'interpretazione condivisa, fra le molte possibili (SARMIENTO 2021).

2. Le fonti del diritto antidiscriminatorio.

Se, come detto (v. § 1), il diritto antidiscriminatorio persegue le medesime funzioni e, come vedremo, la struttura del sindacato discriminatorio è omogenea (v. § 3), le fonti di tale diritto sono invece molteplici. La frammentazione della normativa antidiscriminatoria è il risultato della stratificazione dei più o meno disordinati interventi legislativi che si sono susseguiti negli anni, anche (ma non solo) al fine di recepire la copiosa normativa sovrannazionale. In diverse occasioni, commentatori e commentatrici hanno sottolineato la pessima qualità dei testi normativi e la scarsa attenzione, da parte del legislatore, alla coerenza e alla sistematicità del diritto antidiscriminatorio. Così, ad esempio, quando si è implementata la dir. 2000/43 non si è tenuto adeguatamente conto degli artt. 43 e 44 TUI (GOTTARDI 2003) e, di conseguenza, sono stati introdotti nuovi divieti di discriminazione per fattori già protetti nel nostro ordinamento. Ciò peraltro è avvenuto anche di recente, con la l. n. 162/2021 che, nel mettere mano ai fattori protetti dall'art. 25 d. lgs. 198/2006, ne ha menzionati taluni (come l'età) per cui vi era già una normativa specifica (CALAFÀ 2022). Emblematico è il caso del fattore "nazionalità" per cui l'ordinamento prevede attualmente tre differenti normative: l'art. 43 TUI; il d. lgs. 215/2003 che, a parere della giurisprudenza interna si applica anche alle discriminazioni ai danni degli stranieri (v. da ultimo T Torino, ord. 21 giugno

2021); e il d. lgs. 216/2003 che, a seguito delle modifiche introdotte con la l. n. 238/2021, annovera ora il fattore nazionalità.

Con l'intervento da ultimo ricordato, il legislatore ha peraltro modificato testi già esistenti, al fine di recepire la dir. 2014/54 il cui contenuto era solo in parte sovrapponibile a quanto già disciplinato nel testo modificato (la vicenda è brevemente descritta al § 2.5). Spesso poi il recepimento delle direttive Ue non è avvenuto in maniera corretta e talora la Commissione europea ha dovuto aprire procedure di infrazione nei confronti del nostro paese per costringerlo a dare esatta attuazione a quanto previsto nel diritto dell'Unione.

Va infine segnalato che, anche quando intenzionato a mettere ordine all'articolato insieme normativo, il legislatore non ha correttamente ricostruito la normativa esistente (emblematico, a tal proposito, è il codice per le pari opportunità tra uomini e donne su cui v. AMATO, BARBERA M., CALAFÀ 2007).

Per questi motivi, quasi tutte le fonti del diritto antidiscriminatorio sono state emendate più volte, dando luogo a quella stratificazione normativa che ne rende assai complessa la conoscenza.

Occorre altresì sottolineare che il puzzle delle fonti del diritto antidiscriminatorio, oltre a essere talora incoerente, è incompleto. Si è già ricordato che la normativa antidiscriminatoria interna spesso implementa direttive dell'Unione le quali, come noto, possono essere adottate solo se esiste un'apposita base giuridica (se cioè l'Unione europea è competente a intervenire su quella specifica materia) e se gli Stati membri (rappresentati nel Consiglio dell'Ue) e il Parlamento europeo trovano un accordo. A seguito del Trattato di Amsterdam, il problema delle competenze può dirsi ormai risolto (sul punto v. § 2.2); al contrario, dopo l'allargamento del 2004, è divenuto ancora più difficile raggiungere l'accordo tra gli Stati membri e il Parlamento europeo. Da un lato, infatti, il modo in cui è stato costruito il mercato interno e la possibilità, per i privati, di utilizzare le libertà economiche al fine di scegliere la legge applicabile (c.d. *regime shopping*), mette in competizione i diversi ordimenti nazionali e accresce le divergenze tra i paesi membri. Dall'altro, le diseguaglianze crescenti tra i cittadini europei che il diritto e le politiche dell'Unione non solo non riescono a correggere ma spesso enfatizzano, ha incrementato le schiere dei gruppi razzisti e xenofobi all'interno del Parlamento europeo.

Di conseguenza, oggi, pare pressoché inverosimile raggiungere l'accordo (i.e. l'unanimità) per adottare la proposta di direttiva sull'applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione, le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale nell'ambito della protezione sociale, dell'istruzione e dell'accesso a beni e servizi (COM/2008/426), il cui *iter* legislativo si era già interrotto nel 2009.

Il diritto antidiscriminatorio forma dunque un puzzle incompleto, le cui tessere spesso non combaciano. Questo genera notevoli problemi agli operatori del diritto i quali, quando intendono agire o resistere in giudizio a fronte di una condotta che si presume discriminatoria, devono orientarsi tra disposizioni che divergono quanto alle deroghe e alle giustificazioni consentite, alla legittimazione ad agire, al rito, all'onere della prova, ai rimedi, alle sanzioni, ecc. (sul punto v. GUARISO, MILITELLO, 2019). Ciò significa che il modo in cui può essere contrastata una discriminazione varia da fonte a fonte, e dunque è diverso per ogni fattore protetto. A ben vedere, la stessa possibilità di agire contro una condotta che si suppone discriminatoria dipende dalla normativa applicabile (e dunque dal fattore protetto che rileva nella fattispecie concreta) dato che, come vedremo, il campo di applicazione dei divieti di discriminazione varia per ogni fattore.

Vi è poi l'annoso problema delle discriminazioni multiple o intersezionali che, non a caso, viene pressoché ignorato dal legislatore interno ed europeo (si v., da ultimo, l'art. 3 co. 3 della proposta di direttiva volta a rafforzare l'applicazione del principio della parità retributiva tra uomini e donne, COM/2021/93). Nell'ipotesi di discriminazioni multiple, il concorso di fattori implica l'applicazione di due o più normative che spesso divergono quanto ai profili procedurali e rimediali, ciò che costringe l'operatore a scegliere tra le disposizioni applicabili. Più complessa ancora è la questione delle discriminazioni intersezionali in cui è la combinazione di due o più fattori a dare luogo alla discriminazione (Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE e della direttiva 2000/78/CE, COM/2021/139, 5; BELLO, 2019, 29).

Per tentare di semplificare la rassegna delle fonti del diritto antidiscriminatorio, nei paragrafi che seguono si è scelto di raggrupparle in base ai fattori protetti. Si è già accennato infatti che l'intervento dell'Unione è settoriale, concerne cioè solo determinati fattori considerati da specifiche basi giuridiche inserite nei Trattati. Di conseguenza, anche il diritto interno segue la medesima ripartizione per fattori.

Come già osservato, la lista dei fattori protetti è dinamica (v. § 1.1), e cioè varia (di regola, si allunga) nel tempo, alla luce del significato che una «differenza ha assunto in un determinato contesto storico, all'interno di una data comunità» (BARBERA M., 2017, 21). Nella presentazione che segue ci si soffermerà dunque sui principali fattori protetti nel nostro ordinamento, ben consapevoli che esistono altresì fattori considerati dal diritto antidiscriminatorio (come la lingua: art. 15 st. lav.) i quali sono stati qui omessi solo per esigenze di spazio (per una completa ricostruzione si rinvia a MILITELLO, STRAZZARI, 2019).

Va anche detto che, nel nostro ordinamento, i fattori protetti non sono solo quelli legati a caratteristiche costitutive dell'identità soggettiva della persona, ma sono anche fattori connessi all'esigenza di garantire l'esercizio di libertà (quali la libertà religiosa e la libertà sindacale) consustanziali a un ordinamento democratico (CC 21 luglio 2021, n. 20819) e «a presidio della dignità umana anche in ambito lavorativo» (A Roma ord. 9 ottobre 2012).

Quella qui seguita non è l'unica maniera per esaminare il diritto antidiscriminatorio. Per dare maggiore sistematicità alla materia, altrove si è scelto, ad esempio, di partire da suoi ambiti di applicazione (BARBERA M., GUARISO, 2019). In tal modo si è potuto mettere in evidenza che, al pari della norma inderogabile, anche il diritto antidiscriminatorio interviene a regolare l'esercizio del potere, pubblico o privato, nei diversi ambiti in cui questo si manifesta (v. § 1). Riflessioni di questo tipo verranno svolte anche nei paragrafi a seguire in cui si tenterà di mettere in evidenza come il ruolo del diritto antidiscriminatorio cresca a fronte della crisi della norma inderogabile (su cui v. da ultimo *In direzione* 2021): laddove cioè l'esercizio del potere non è più strettamente regolato dalla norma inderogabile (si pensi, ad esempio, alla normativa sull'orario di lavoro), si allargano le fattispecie in cui tale esercizio può generare effetti svantaggiosi per una persona o un gruppo individuato in base a un fattore protetto (nel caso di specie, i genitori lavoratori).

Vedremo anche che, per ogni fattore protetto, si sono sviluppati, spesso a partire da decisioni della Corte di giustizia, veri e propri filoni giurisprudenziali in cui le corti nazionali tentano di dare risposte agli svantaggi in cui incorrono le persone individuate sulla base dello stesso. Queste vicende dimostrano, da un lato, il ruolo di cui il diritto antidiscriminatorio investe le corti chiamate a garantire, caso per caso, che la presenza di un fattore che il legislatore ha deciso di proteggere non si traduca, per le persone che sono in qualche modo ad esso associate, in uno svantaggio.

Dall'altro, le vicende che si avrà modo di illustrare evidenziano la funzione suppletiva svolta dalle corti, a fronte dell'inerzia del legislatore o di interventi legislativi non rispettosi della normativa in esame: in sostanza, i giudici sono chiamati, nell'immediato, a dare attuazione al diritto a non subire discriminazioni che il legislatore non ha saputo o non ha voluto rispettare (da ultimo v. TARQUINI 2021). In tal modo, si manifesta chiaramente il carattere antimaggioritario del diritto antidiscriminatorio (v. § 1).

Prima di passare all'analisi delle fonti del diritto antidiscriminatorio, occorre infine osservare che, per evitare che il diritto dell'Unione trovi diversa applicazione all'interno di ciascuno Stato membro, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione autonoma e uniforme del campo di applicazione delle direttive antidiscriminatorie, tenendo conto degli obiettivi che esse perseguono (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 32). E dato che i principi di non discriminazione sono principi generali di diritto dell'Unione europea e diritti fondamentali garantiti dalla Carta di Nizza, il loro ambito di applicazione non può essere oggetto di un'interpretazione restrittiva (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 39; in senso analogo, v. *Chez* § 66).

La Corte di giustizia ha, ad esempio, fornito un'ampia definizione di lavoratore subordinato, qualificando come tale qualsiasi persona che «fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione» (*Abercrombie & Fitch*, § 19), a prescindere dal fatto che esista o meno, per il lavoratore, un obbligo di svolgere la prestazione richiesta dal datore di lavoro.

2.1. Le fonti sovrannazionali.

Prima di passare in rassegna le fonti del diritto antidiscriminatorio dettate dal diritto derivato dell'Unione e presenti nell'ordinamento interno, è opportuno soffermarsi sulle disposizioni che troviamo all'interno delle Carte dei diritti fondamentali adottate da organismi sovrannazionali e ratificate dal nostro paese.

A tal fine, occorre partire dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali il quale afferma che il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione «deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». Dalla lettura di questa disposizione sono subito evidenti le sue due peculiarità: da un lato, la lista dei fattori protetti dall'art. 14 Cedu è aperta; dall'altro, l'art. 14 Cedu ha carattere "ancillare", riguarda cioè i soli diritti protetti dalla Convezione.

Quanto al primo aspetto, su cui ci si è già soffermati (v. § 1.1), basti qui dire che, grazie all'apertura consentita dalla locuzione "ogni altra condizione" e dall'aver specificato che quelli menzionati esemplificano i fattori per cui "in particolare" si producono discriminazioni, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha potuto applicare l'art. 14 anche a ipotesi in cui i fattori da proteggere non comparivano espressamente nella lista ivi prevista (si pensi, ad esempio, all'orientamento sessuale e all'identità di genere: CEDU 16 settembre 2021, *X c. Polonia,* n. 20741/10, § 70).

La questione del carattere "ancillare" dall'art. 14 Cedu è stata invece affrontata in due modi. Da un lato, nelle sue pronunce, la Corte di Strasburgo ha tentano di facilitare l'applicazione della clausola antidiscriminatoria, affermando che la natura ancillare dell'art. 14 non implica la violazione anche della disposizione sostanziale a cui il primo deve necessariamente connettersi (*Guide*,

2021, 6). Dall'altro, gli Stati membri del Consiglio d'Europa hanno adottato un Protocollo aggiuntivo alla Cedu (il Protocollo n. 12) in cui si stabilisce che «il godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione» (art. 1 co. 1). Il Protocollo, che non è stato ancora ratificato dal nostro paese, supera il carattere "ancillare" dell'art. 14 Cedu, ma continua a relegare il ruolo del diritto antidiscriminatorio al solo godimento dei diritti previsti dalla legge, e dunque essenzialmente solo nei confronti di «una qualsivoglia autorità pubblica» (art. 1 co. 2; v. anche *Guide*, 2021, 10). Diversamente, il diritto antidiscriminatorio nell'Unione europea e nell'ordinamento interno ha carattere autonomo, e cioè può (e deve) essere impiegato in tutti i casi di esercizio del potere, pubblico e privato, per evitare che questo produca effetti svantaggiosi per una persona o un gruppo individuato sulla base di un fattore protetto (v. § 1; v. anche *Chez* § 68 in cui la Corte di giustizia ha ritenuto che qualificare come svantaggiosi solo gli atti che recano pregiudizio a un diritto configura una limitazione dell'ambito di applicazione dei divieti di discriminazione non consentita dal diritto dell'Unione).

Dato il suo carattere "ancillare", l'art. 14 Cedu ha assunto, all'interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, un ruolo neppure lontanamente paragonabile a quello svolto dal diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Mediante quest'ultimo, la Corte di giustizia si è potuta occupare di numerose vicende che, al momento della sua pronuncia, non erano direttamente regolate dal diritto dell'Unione (si pensi, ad esempio, all'impiego dei divieti di discriminazione di genere per disciplinare il lavoro a tempo parziale). Al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo spesso si è pronunciata sull'art. 14 Cedu solo se l'applicazione della disposizione sostanziale a cui questo deve legarsi non era sufficiente per risolvere il caso concreto (*Guide*, 2021, 7).

Occorre infine osservare che l'art. 14 Cedu non distingue tra discriminazioni dirette e indirette. Anche sul punto sono intervenute le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha, in più occasioni, ripreso la giurisprudenza della Corte di giustizia (*Guide*, 2021, 11). Va tuttavia segnalato che l'assenza di una distinzione tra discriminazioni dirette e indirette rischia di allargare le maglie del sindacato di proporzionalità che viene svolto nel momento in cui si decide sulla giustificabilità del trattamento differenziato, e di estendere il margine di apprezzamento degli Stati che, in alcuni ambiti (come in materia di diritti sociali), è già molto ampio (la CEDU, in un caso relativo alla Grecia, ha ad esempio ritenuto che il mantenimento della stabilità economica e la ristrutturazione del debito in un contesto di seria crisi politica, economica e sociale configura una ragione legittima che può giustificare un trattamento apparentemente discriminatorio: 30 gennaio 2017, *Mamatas e altri c. Grecia*, n. 63066/14, 64297/14 e 66106/14). Occorre altresì osservare che il margine di apprezzamento che la Corte riconosce varia in ragione dell'esistenza e della portata del consenso tra gli Stati sulla materia in questione (*Guide*, 2021, 20). I giudici di Strasburgo hanno poi ritenuto che, «nel caso di un gruppo vulnerabile che ha subito una discriminazione significativa in passato, il margine di apprezzamento a disposizione dello Stato è ridotto» (CEDU 10 settembre 2020, *G.L. c. Italia*, n. 59751/15, § 54 relativa a persone disabili).

Una formulazione simile a quella dell'art. 14 Cedu si ritrova nell'art. E della Carta sociale europea secondo cui il godimento dei diritti riconosciuti nella Carta «deve essere garantito senza qualsiasi distinzione basata in particolare sulla razza, il colore della pelle, il sesso, la lingua, la religione, le

opinioni politiche o ogni altra opinione, l'ascendenza nazionale o l'origine sociale, la salute, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la nascita o ogni altra situazione». Un divieto di discriminazione per quanto riguarda l'accesso al lavoro e alle condizioni di lavoro è stato dedotto, dal Comitato europeo dei diritti sociali, anche dall'art. 1 co. 2 della Carta sociale riveduta. Ambedue le disposizioni della Carta sociale europea presentano le medesime caratteristiche dell'art. 14 Cedu: una lista aperta dei fattori protetti e il carattere ancillare dei divieti di discriminazione.

Passando ora all'esame dei principi di non discriminazione nel diritto dell'Unione, va ribadito che, secondo l'orientamento seguito dalla Corte di giustizia da *Mangold* in poi (v. § 1.1), si tratta di principi generali di diritto Ue e come tali hanno efficacia diretta orizzontale, riconoscono cioè un diritto che può essere invocato anche nei rapporti interprivati. Questa interpretazione è stata suggellata dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, dopo avere riconosciuto l'eguaglianza di fronte alla legge (art. 20), vieta «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali» (art. 21 co. 1). Il co. 2 dell'art. 21 proibisce poi qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza. A parere della Corte di giustizia, l'art. 21 Cdfue è una norma dotata di efficacia diretta orizzontale che può dunque essere applicata anche nei rapporti interprivati, qualora la materia rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (sul punto v. § 1.1). Merita altresì di essere ricordato l'art. 23 co. 1 Cdfue secondo cui «la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione».

Il carattere autonomo dei principi di non discriminazione, il fatto cioè che questi principi riconoscano direttamente alle persone il diritto di non essere discriminate sulla base dei fattori protetti, non è mai stato messo in discussione dalla Corte di giustizia. E anzi, a ben vedere, fin dal Trattato di Roma, questo modo di intendere il diritto antidiscriminatorio è stato funzionale a perseguire gli obiettivi dell'integrazione europea. Come noto, infatti, nel 1957 i divieti di discriminazione in ragione della nazionalità e del genere erano stati inseriti all'interno del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (rispettivamente agli artt. 39 e 119, oggi artt. 45 e 157 Tfue) al fine di costruire il mercato comune (oggi, mercato interno): la protezione dei lavoratori che si spostavano da uno Stato membro all'altro contro i trattamenti svantaggiosi connessi alla loro nazionalità, così come la garanzia di pari salario per uomini e donne erano cioè funzionali alla creazione di un mercato dove le persone potessero circolare liberamente e dove le imprese potessero competere su un piano equo.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Ue esiste oggi una base giuridica generale che consente di adottare, secondo la procedura legislativa ordinaria (e cioè a maggioranza qualificata), regole volte a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità (art. 18). Analogamente, l'art. 157 Tfue riconosce alle istituzioni dell'Unione il potere di approvare, mediante la medesima procedura, «misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

Come già ricordato, il Trattato di Amsterdam ha introdotto una base giuridica generale che consente di adottare «i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento

sessuale» (art. 19 Tfue). La disposizione è soggetta a due limiti: da un lato, il Consiglio deve deliberare all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, circostanza che non è certamente facile da raggiungere nell'Unione a 27; dall'altro, la lista dei fattori indicati nell'art. 19 è, a parere della Corte di giustizia (*Chacon Navas*), tassativa. Sul primo problema è intervenuto il Trattato di Nizza che ha inserito nell'art. 19 un secondo comma secondo cui «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria [e cioè a maggioranza qualificata], possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi» di lotta alle discriminazioni. Tuttavia, tale procedura non è, ad oggi, mai stata utilizzata.

L'art. 19 Tfue fa salve «le altre disposizioni dei trattati». Difatti, esistono all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea numerose basi giuridiche che hanno consentito l'adozione del diritto antidiscriminatorio derivato. Oltre agli artt. 45 e 157, di cui si è già detto, vanno citati l'art. 48 che ha permesso l'adozione del reg. 883/2004 sulla parità di trattamento dei lavoratori migranti con riguardo alle prestazioni di sicurezza sociale, e l'art. 153 base giuridica delle direttive sui lavoratori non – standard e della direttiva sull'equilibrio vita – lavoro che contengono tutte divieti di discriminazione.

Vanno infine ricordate le disposizioni orizzontali introdotte con il Trattato di Lisbona, le quali impegnano l'Unione, in tutte le sue azioni, «ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne» (art. 8) e «a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale» (art. 10).

Passando alle fonti dell'Organizzazione internazionale del lavoro, dobbiamo ricordare che i principi di non discriminazione figurano in ben tre delle otto *core conventions*, i.e. le convenzioni che, in base alla Dichiarazione OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998, gli Stati aderenti all'Organizzazione devono «rispettare, promuovere e realizzare», anche qualora non le abbiano ratificate. In particolare, secondo la Convenzione OIL n. 98 sul diritto di organizzazione e negoziazione collettiva, «i lavoratori devono beneficiare di un'adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego» (art. 1 co. 1). La Convenzione OIL n. 100 del 1951 assicura invece «l'applicazione a tutti i lavoratori del principio dell'eguaglianza di retribuzione fra mano d'opera maschile e mano d'opera femminile per un lavoro di valore uguale» (art. 2 co. 1), analogamente a quanto è stato poi prescritto dall'art. 119 del Trattato di Roma. La Convenzione OIL n. 111 vieta infine «ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o di alterare l'eguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione», al pari di «ogni altra distinzione, esclusioni o preferenza che abbia per effetto di negare o di alterare l'eguaglianza di possibilità o di trattamento in materia d'impiego o di professione» (art. 1 co. 1). Va altresì ricordata la Convenzione OIL n. 143 (non annoverata tra le *core conventions*) che garantisce, ai lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti, il diritto alla parità di trattamento (art. 8).

Tutte le Convenzioni menzionate sono state ratificate dal nostro paese e possono dunque fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost..

Occorre inoltre ricordare che le Convenzioni OIL sono interpretate dai Comitati creati nell'ambito dell'Organizzazione al fine di monitorare sul rispetto delle stesse da parte dei paesi membri. In particolare, sul divieto di discriminazione in ragione dell'attività sindacale vigila il Comitato OIL sulla libertà di associazione le cui decisioni sono periodicamente raccolte in un compendio ora disponibile online (ILO, 2018). Diversamente, non esiste un Comitato specifico per monitorare sulla corretta applicazione delle Convenzioni n. 100, 111 e 143. Pertanto, queste ultime, al pari di tutte le altre Convenzioni OIL, sono oggetto di controllo da parte del Comitato sull'applicazione degli standard e del Comitato di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni.

Meritano infine di essere ricordare le numerose iniziative intraprese nell'ambito delle Nazioni Unite per contrastare le discriminazioni. In primo luogo, occorre osservare che la promozione del «rispetto e [del]l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione» rientra tra i compiti fondamentali delle Nazioni Unite (art. 55 Carta delle Nazioni Unite del 1945). La Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, dopo avere proclamato l'eguaglianza davanti alla legge, riconosce poi il «diritto ad una eguale tutela contro ogni discriminazione» e «contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione» (art. 7). La Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966 proibisce inoltre «qualsiasi discriminazione e garantisce a tutte le persone una protezione uguale ed efficace contro la discriminazione per qualsiasi motivo, come razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o di altro tipo, origine nazionale o sociale, proprietà, nascita o altra condizione» (art. 26).

Il primo Trattato delle Nazioni Unite in materia di discriminazioni ha riguardato le discriminazioni basate sulla razza (Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 1965). Nel 1979 è stata poi approvata la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne. Nel 1989 è stata la volta della Convenzione sui diritti del fanciullo che protegge quest'ultimo contro ogni forma di discriminazione (art. 2). Ci sono voluti invece molti anni per arrivare alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, approvata solo nel 2006. Altre Convenzioni ONU precisano poi che gli Stati membri devono garantire e rispettare i diritti ivi previsti «senza distinzione alcuna, come quella di sesso, di razza, di colore, di lingua, di religione o di convinzione, di opinione politica o di altro tipo, di origine nazionale, etnica o sociale, di nazionalità, di età, di posizione economica, di proprietà, di stato civile, di nascita o di altra condizione» (art. 7 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie, uno dei pochi Trattati delle Nazioni unite non ratificato dal nostro paese; in senso analogo v. l'art. 2 co. 2 della Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e l'art. 2 co. 1 della Convenzione sui diritti del fanciullo).

Tutte le Convenzioni finora menzionate fanno pare dei c.d. *core international human rights instruments* per ognuno dei quali esiste un Comitato di esperti che monitora sul corretto ed effettivo recepimento da parte degli Stati membri.

Vanno infine ricordate la Dichiarazione sulla razza e il pregiudizio razziale del 1978, la Dichiarazione sull'eliminazione di ogni forma di intolleranza e di discriminazione basata sulla religione o le convinzioni personali del 1981, la Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche del 1992, e la Dichiarazione sui diritti delle popolazioni indigene del 2007, testi non vincolanti ma che contengono importanti principi nella lotta contro le discriminazioni.

2.2. I principi di non discriminazione in ragione del genere.

La normativa antidiscriminatoria connessa al genere è disciplinata da una molteplicità di direttive Ue. Fin dalla loro origine, la Comunità economica europea prima e l'Unione europea poi hanno infatti legiferato sulla parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici, principio che, come già detto, doveva essere sottratto alla competizione tra le imprese all'interno del mercato unico. La dir. 2006/54 riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego ha riunito in un unico testo molte delle precedenti direttive. Al di fuori della dir. 2006/54 rimangono oggi la dir. 79/7 sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, la dir. 2010/41 sulla parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma e la dir. 2004/113 sul principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso e la fornitura a beni e servizi.

Al fine di rafforzare l'applicazione del principio di pari retribuzione tra donne e uomini, nel 2021 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva (COM/2021/93) la quale, oltre a codificare l'orientamento della Corte di giustizia su numerose questioni (come la definizione di lavoratore – art. 2 – e di retribuzione – art. 3 co. 1 lett. a); le modalità di comparazione – art. 4 co. 4; l'ammontare del risarcimento del danno – art. 14), garantisce, a tutte le persone che lavorano, il diritto di ricevere informazioni sui criteri utilizzati per determinare i livelli retributivi e gli avanzamenti di carriera (artt. 6 e 7). Per contrastare le discriminazioni sistemiche, la proposta riconosce altresì diritti di informazione e di monitoraggio, oltre che il diritto di agire per conto o a sostegno dei lavoratori, sia alle organizzazioni sindacali sia ad appositi organismi pubblici.

Nel nostro ordinamento, la normativa antidiscriminatoria connessa al genere si trova, in gran parte, all'interno del d. lgs. 198/2006, c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Dalla sua introduzione, il codice ha subito numerose modifiche, necessarie sia per recepire il diritto antidiscriminatorio dell'Unione, sia per ovviare alle procedure di infrazione attivate dalla Commissione europea a causa del mancato o inesatto recepimento di quest'ultimo.

Prima di soffermarci sull'ambito di applicazione dei principi di non discriminazione contenuti nel codice delle pari opportunità, occorre precisare che i principi in questione hanno natura bidirezionale (IZZI, 2005), si applicano cioè sia in caso di discriminazione delle donne rispetto agli uomini, sia nell'ipotesi opposta.

I principi di non discriminazione in base al genere riguardano inoltre i casi in cui una persona subisce un trattamento svantaggioso per il fatto di avere cambiato il proprio sesso (CGCE 30 aprile 1996, C-13/94, *P. v. S.*).

L'art. 27 co. 1 d. lgs. 198/2006 vieta qualsiasi discriminazione «per quanto riguarda l'accesso al lavoro, in forma subordinata, autonoma o in qualsiasi altra forma, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, nonché la promozione, indipendentemente dalle modalità di assunzione e qualunque sia il settore o il ramo di attività, a tutti i livelli della gerarchia professionale, anche per quanto riguarda la creazione, la fornitura di attrezzature o l'ampliamento di un'impresa o l'avvio o l'ampliamento di ogni altra forma di attività autonoma». Con il co. 3, i divieti di discriminazione sono estesi «alle iniziative in materia di orientamento, formazione, perfezionamento, aggiornamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini formativi e di orientamento». Il codice delle pari opportunità prosegue poi con specifiche disposizioni relative alle discriminazioni retributive (art. 28), alle discriminazioni nell'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e nella

progressione nella carriera (art. 29), nell'accesso alle prestazioni previdenziali (art. 30), nelle forme pensionistiche complementari (art. 30bis), nell'accesso agli impieghi pubblici (art. 31). Per tutte queste disposizioni, la tutela giudiziaria è disciplinata dagli artt. 36-41 *bis* del d. lgs. 198/2006.

L'art. 55 *ter* del d. lgs. 198/2006 vieta invece «ogni discriminazione diretta e indiretta fondata sul sesso nell'accesso a beni e servizi e loro fornitura» (co. 1). La disposizione si applica «a tutti i soggetti, pubblici e privati, fornitori di beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell'area della vita privata e familiare», con esclusione dell'impiego e dell'occupazione (anche nell'ambito del lavoro autonomo nella misura in cui sia applicabile una diversa disciplina), al contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità e all'istruzione pubblica e privata (art. 55 *ter* co. 2 e 3). Una specifica disposizione è poi dedicata alla parità di trattamento tra uomini e donne nei servizi assicurativi e finanziari (art. 55 *quater*). La tutela giudiziaria nei casi da ultimo ricordarti è regolata dagli artt. 55 *quinquies* – 55 *septies* d. lgs. 198/2006.

Lo spezzettamento dei divieti di discriminazione ha comportato, in talune ipotesi, un non corretto recepimento del diritto dell'Unione. Non esiste, ad esempio, nel nostro ordinamento, un generale divieto di discriminazione in materia di sicurezza sociale, come prescritto dall'art. 4 dir. 79/7. L'art. 29 d. lgs. 198/2006 limita poi il divieto di discriminazione all'attribuzione delle qualifiche, delle mansioni e la progressione nella carriera, senza prendere in considerazione, in generale, l'occupazione e le condizioni di lavoro, come prescritto dall'art. 14 co. 1 lett. c) dir. 2006/54. Manca altresì un divieto di discriminazione di genere relativo all'affiliazione e all'attività di sindacati, associazioni datoriali o qualunque organizzazione i cui membri esercitino una particolare professione (art. 14 co. 1 lett. d) dir. 2006/54). Del pari, non pare correttamente recepita la dir. 2010/41 dato che, al di là del richiamo, all'art. 27 d. lgs. 198/2006, alla creazione di un'impresa o all'avvio di ogni altra forma di attività autonoma, non figura, nel nostro ordinamento, un generale divieto di non discriminazione per coloro che svolgono un lavoro autonomo o un'attività di impresa.

Queste lacune possono, certo, essere risolte facendo ricorso al generale principio di eguaglianza di genere di cui agli artt. 3 e 37 Cost. e agli artt. 21 e 23 Cdfue. L'art. 21 della Carta, in particolare, prescrive al giudice nazionale di disapplicare ogni disposizione di diritto interno non conforme al diritto dell'Unione, e riguarda anche i rapporti interprivati. Non è chiaro, tuttavia, se nei casi sopra menzionati possano essere applicate le disposizioni dirette a garantire una reale tutela giurisdizionale e ad applicare sanzioni e rimedi effettivi, proporzionati e dissuasivi, come richiesto dalla normativa eurounionale.

La frammentazione della normativa rende poi estremamente complessa la lotta alle discriminazioni che nella prassi si verificano. A tal fine basti pensare alla lavoratrice autonoma che se discriminata nell'accesso all'impiego dovrà agire in base degli artt. 36-41 del codice, mentre se subisce il recesso discriminatorio da parte del committente dovrà agire in base agli artt. 55 *quinquies* – 55 *septies*.

Per assistere le vittime, svolgere inchieste in materia di discriminazione e favorire lo scambio di informazioni, la dir. 2006/54 obbliga gli Stati membri a designare uno o più organismi di parità (art. 20). Nel nostro ordinamento, si è scelto di mantenere la rete delle consigliere provinciali e regionali di parità, coordinata dalla consigliera nazionale di parità (su cui v. gli artt. 12-20 d. lgs. 198/2006; per approfondimento v. GUARISO, MILITELLO 2019, 493).

Merita infine di essere ricordato che la normativa antidiscriminatoria in esame permette di

adottare misure «che presentano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato» (art. 23 Cdfue; v. anche art. 157 co. 4 Tfue; art. 3 dir. 2006/54 e artt. 42 e ss. d. lgs. 198/2006). Si tratta di misure di regola volontarie che, al fine di porre rimedio a discriminazioni di carattere collettivo, prevedono un trattamento preferenziale per il sesso sottorappresentato (per approfondimenti v. ALESSI 2019).

La l. 162/2021 ha poi istituito, per i datori di lavoro che attuano politiche «per ridurre il divario di genere in relazione alle opportunità di crescita in azienda, alla parità salariale a parità di mansioni, alle politiche di gestione delle differenze di genere e alla tutela della maternità», una certificazione della parità di genere (art. 46 *bis* d. lgs. 198/2006) cui sono connesse misure premiali (art. 5 l. 162/2021).

2.3 I principi di non discriminazione in ragione della genitorialità.

I principi di non discriminazione in ragione del genere sono stati spesso impiegati contro i trattamenti svantaggiosi subiti dalle lavoratrici a causa della maternità. Da tempo, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che «qualsiasi trattamento sfavorevole nei confronti della donna in relazione alla gravidanza o alla maternità costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso» (considerando n. 23 dir. 2006/54 che codifica quanto sostenuto, tra le tante, da CGCE 4 ottobre 2001, C-438/99, *Melgar*) che, peraltro, per essere provata, non necessita di alcuna comparazione, giacché la gravidanza è una condizione che (ad oggi) riguarda solo le donne (CGCE 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*; in senso analogo, v. CEDU 4 maggio 2021*, Jurčić c. Croazia*, n. 54711/15). L'orientamento della Corte di giustizia ha trovato un discreto seguito nelle corti interne le quali hanno, ad esempio, ritenuto discriminatorio la mancata proroga o il mancato rinnovo del contratto a termine (T Pesaro, decreto 7 gennaio 2020; CC 26 febbraio 2021, n. 5476) o del contratto di lavoro in somministrazione (T Roma, ord. 22 aprile 2021) in ragione della gravidanza della lavoratrice.

Nella dir. 2006/54 sono stati precisati alcuni diritti di lavoratrici e lavoratori al rientro del congedo di maternità (art. 15), di paternità e di adozione (art. 16). Analogamente, la dir. 2010/18 attuativa dell'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale riconosceva alcuni diritti ai lavoratori che fruiscono del congedo parentale e obbligava gli Stati membri ad adottare «le misure necessarie per proteggere i lavoratori da un trattamento meno favorevole o dal licenziamento causati dalla domanda o dall'esercizio del congedo parentale» (clausola 5 dell'accordo allegato alla direttiva). Quest'ultima direttiva è stata poi abrogata dalla dir. 2019/1158 sull'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza che, nell'ampliare le tipologie di congedo garantite dal diritto dell'Unione, prevedendo anche un congedo obbligatorio di paternità, utilizza la tecnica antidiscriminatoria per contrastare ogni trattamento svantaggioso causato dalla domanda o dalla fruizione di tali congedi o in caso di esercizio del diritto di chiedere orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (art. 11).

A fronte di tale normativa, il legislatore interno ha modificato l'art. 3 d. lgs. 151/2001, vietando qualsiasi trattamento sfavorevole «in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti». Con lo stesso intervento legislativo, veniva poi introdotto un co. 2 *bis* all'art. 25 d. lgs. 198/2006 in cui si precisava che i suddetti trattamenti configuravano una discriminazione ai sensi del titolo I del codice delle pari opportunità tra uomo e donna. Su quest'ultimo comma è intervenuta la l. 162/2021 che, nel tentativo di allargare la lista dei fattori protetti, che fa ora riferimento, oltre

che a gravidanza, maternità e paternità, anche al sesso, all'età anagrafica e alle esigenze di cura personale o familiare, ha pasticciato il testo normativo. In primo luogo, non è chiaro perché si menzionino fattori – il sesso e l'età (peraltro solo anagrafica) – già protetti da altre disposizioni. In secondo luogo, si richiede che lo svantaggio sia rilevato rispetto «alla generalità degli altri lavoratori», ingabbiando così il giudizio di comparazione che non sempre serve a provare la discriminazione e non deve necessariamente svolgersi in relazione alla generalità dei lavoratori (v. § 3.1). In terzo luogo, vengono esemplificate tre fattispecie che non esauriscono lo spettro delle possibili discriminazioni.

Come abbiamo osservato, a fronte di testi legislativi di qualità scadente, l'interprete deve sforzarsi per tentare di garantire la coerenza e la sistematicità della normativa antidiscriminatoria. Peraltro, nel caso di specie, occorre altresì fornire un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, ciò che conduce, inevitabilmente, a superare le criticità sopra segnalate.

Ci si dovrebbe poi domandare se l'avere vietato le discriminazioni in ragione delle esigenze di cura familiare esaurisce l'insieme dei fattori protetti dalla dir. 2019/1158. In effetti, le esigenze di cura ricomprendono sia tutti i congedi garantiti dalla direttiva sia la richiesta di orari di lavoro flessibili per motivi di assistenza (sul punto v. CALAFÀ, 2022).

Va altresì ricordato che l'aver ricondotto le discriminazioni in ragione delle esigenze di cura all'ambito delle discriminazioni di genere, consente di applicare le disposizioni in materia di tutela processuale, sanzioni e rimedi dettate per queste ultime. Del pari, in caso di discriminazioni in ragione delle esigenze di cura, le consigliere di parità potranno agire o intervenire in giudizio ai sensi degli art. 36 e 37 d. lgs. 198/2006, come peraltro richiesto dall'art. 15 dir. 2019/1158. Ciò è particolarmente rilevante a fronte del crescente utilizzo del diritto antidiscriminatorio a causa degli enormi spazi che la normativa riconosce al potere datoriale di modificare la durata o la collocazione temporale della prestazione lavorativa.

Come ampiamente messo in luce in dottrina (si v. da ultimo i contributi di CALVELLINI, COPPOLA, CENTAMORE, MAFFEI in GAETA 2022), l'attuale normativa in materia di orario di lavoro non solo non garantisce ai lavoratori con responsabilità di cura un potere di modifica delle coordinate temporali della prestazione lavorativa (come peraltro sollecitato dall'art. 9 dir. 2019/1158), ma prevede ben pochi limiti al potere del datore di lavoro di modifica di tali tempi. Di conseguenza, si estendono gli spazi di intervento del diritto antidiscriminatorio mediante il quale si potrà sindacare, caso per caso, se la variazione temporale richiesta dal datore di lavoro ha prodotto effetti svantaggiosi per il lavoratore in ragione delle sue esigenze di cura (v. ad esempio T Firenze, decreto 22 ottobre 2019; T Ferrara, 25 marzo 2019, n. 14).

Un caso emblematico di quanto ora riportato è illustrato nel decreto del Tribunale di Bologna con cui la giudice ha dichiarato il carattere discriminatorio della scelta di adibire i lavoratori a due turni di lavoro che ne rendevano «estremamente difficoltosa – se non francamente impossibile - la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro e la fruizione degli istituti giuridici a ciò preposti» (decreto 31 dicembre 2021, n. 7559 su cui v. CURCIO, 2022; sul carattere discriminatorio della decisione di assegnare la lavoratrice madre a un turno incompatibile con le sue esigenze di cura v. anche T Pesaro, decreto 7 gennaio 2020, n. 14). Va peraltro ricordato che la pronuncia della giudice felsinea interviene dopo che l'ispettorato del lavoro aveva escluso l'esistenza di violazioni della normativa sul lavoro notturno e delle previsioni del CCNL sulle pause retribuite e che le organizzazioni sindacali avevano stipulato ben tre accordi per concordare i turni di lavoro. Su

quest'ultimo punto meritano di essere riportate le parole della giudice secondo cui, se accertata, la discriminazione «è vietata anche laddove abbia trovato l'avallo» delle organizzazioni sindacali.

2.4. I principi di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

La dir. 2000/78 vieta ogni discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, nel settore pubblico e privato, per quanto riguarda le condizioni di accesso all'occupazione, al lavoro sia subordinato che autonomo e alla formazione professionale, l'occupazione e le condizioni di lavoro, l'affiliazione e l'attività in un'organizzazione sindacale o in un'associazione datoriale o professionale (art. 3). Esulano invece dal campo di applicazione della direttiva i «pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale» (art. 3 co. 2). Va tuttavia tenuto presente che, secondo il consolidato orientamento delle Corte di giustizia (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 44), tutti i vantaggi pagati, direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore a motivo dell'impiego di quest'ultimo sono riconducibili alla nozione di retribuzione, e rientrano dunque nell'ambito di applicazione della direttiva.

La dir. 2000/78 è stata recepita dal d. lgs. 216/2003 il cui campo di applicazione, fino al 2021, ricalcava quanto prescritto dall'art. 3 della prima. A seguito della modifica apportata con l. 238/2021, il legislatore ha esteso l'applicazione dei divieti di discriminazione di cui al d. lgs. 216/2003 anche all'accesso all'alloggio e ai vantaggi sociali e fiscali, all'assistenza fornita dagli uffici di collocamento, all'iscrizione alle organizzazioni sindacali e all'eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori (art. 3 co. 1). La modifica non è di poco conto, soprattutto in ragione dell'ampia nozione di vantaggi sociali e fiscali elaborata dalla Corte di giustizia in relazione alla parità di trattamento dei cittadini dell'Unione, di cui si dirà al § 2.5.

Le principali questioni che sono sorte, sia nell'ordinamento interno sia in quello eurounitario, relativamente al fattore in esame, riguardano la condizione giuridica delle coppie omosessuali. Sul punto va detto che la direttiva (considerando n. 22), così come il d. lgs. 216/2003 (art. 3 co. 2 lett. d), lasciano impregiudicate le disposizioni in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano. Tuttavia, a parere della Corte di giustizia, una disparità di trattamento fondata sullo *status* matrimoniale dei lavoratori «è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati» (CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, § 44). Dal canto suo, la CEDU ha affermato che le persone dello stesso sesso conviventi in stabile relazione di fatto sono titolari del diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 Cedu (22 novembre 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, § 94).

Nel nostro ordinamento, la Corte costituzionale ha annoverato le coppie omosessuali tra formazioni sociali tutelate ai sensi dell'art. 2 Cost. e ha loro riconosciuto «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia e di ottenerne il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri, dovendosi escludere che l'aspirazione a tale riconoscimento sia realizzabile solo attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio e spettando al Parlamento il compito di individuare le forme di garanzia e di riconoscimento delle suddette unioni» (sent. n. 170 del 2014). Tali coppie possono pertanto adire il giudice per rivendicare un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alle coppie coniugate «in specifiche situazioni» (CC 15 marzo 2012, n. 4184; la Cassazione ha tuttavia negato al partner superstite di una coppia omosessuale non legata in unione civile il diritto alla pensione di reversibilità: CC, ord. 16 febbraio

2022, n. 8241; CC, sez. lav., 7 aprile 2021, n. 24694).

Nella giurisprudenza più recente, i giudici hanno altresì valorizzato l'esigenza di proteggere lo *status* del minore nell'ambito delle coppie omosessuali; d'altro canto, nel nostro ordinamento, si è progressivamente riconosciuto «rilievo giuridico alla genitorialità sociale, ove non coincidente con quella biologica» (C. cost. 28 gennaio 2021, n. 32). Di conseguenza, i giudici di merito hanno riconosciuto il carattere discriminatorio della decisione dell'ente previdenziale di negare al secondo genitore il diritto ai congedi parentali e ai permessi per malattia del figlio (T Milano, ord. 12 novembre 2020, n. 28663 conf. da A Milano 17 marzo 2021, n. 453). Analogamente, la Corte di giustizia, richiamando il principio di non discriminazione del minore di cui alla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, cui si ispira l'art. 24 Cdfue, ha affermato che, nel caso di un minore cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti di uno Stato membro designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, ogni altro Stato membro è tenuto a riconoscere tale atto e a consentire al minore di esercitare, con ciascuno dei genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione (CGUE 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A.,* § 69).

Altro caso che merita di essere ricordato è *NH* in cui la Corte di giustizia ha affermato che «dichiarazioni pubbliche relative a una determinata politica di assunzioni» rientrano nell'ambito di applicazione della dir. 2000/78 anche quando provengono da una persona che, pur non essendo il datore di lavoro, «è, di fatto o in diritto, capace di esercitare un'influenza determinante» su tale politica (CGUE 23 aprile 2020, C-507/18, *NH*, § 44; sul punto v. anche CGUE 25 aprile 2013, C-81/12, *Asociaţia Accept*). L'espressione di opinioni omofobe nell'ambito di politiche di assunzioni configura, di per sé, una discriminazione, pur se non ha svantaggiato alcuno specifico candidato, in quanto è idonea a dissuadere le persone di un certo orientamento sessuale dal candidarsi a un posto di lavoro (§ 55; sul punto v. anche CC 21 luglio 2021, n. 20819). D'altro canto, la libertà di manifestare il proprio pensiero non è un diritto assoluto e non può spingersi a violare altri diritti fondamentali, quale il diritto a non subire discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale (CC 11 novembre 2020, n. 28646; in dottrina v. RIZZI 2020). La possibilità di impugnare una discriminazione collettiva anche quando non vi siano vittime identificabili presuppone, sul piano processuale, che «vi sia un soggetto diverso dalle singole vittime che possa agire in giudizio» (GUARISO, MILITELLO, 2019, 468; per approfondimenti v. § 3.1).

Infine, va ricordato che la dir. 2000/78 prevede, per tutti i fattori ivi contemplati (orientamento sessuale, religione, convinzioni personali, età, disabilità), la facoltà di mantenere o adottare «misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi correlati» agli stessi (art. 7), facoltà di cui il legislatore interno non si è però avvalso.

2.5. I principi di non discriminazione in ragione della nazionalità.

Nell'esaminare i principi di non discriminazione in ragione della nazionalità, occorre distinguere tra i cittadini dell'Unione e i cittadini dei paesi terzi.

Ai primi (i.e. a coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato membro e acquistano così anche la cittadinanza dell'Unione: art. 20 Tfue) si applicano gli artt. 18 e 45 Tfue. Abbiamo già detto (§ 2.1) che la prima disposizione prevede una base giuridica generale per adottare, secondo la procedura ordinaria (e cioè a maggioranza qualificata), regole volte a vietare le discriminazioni basate sulla nazionalità. L'art. 45 Tfue è invece una disposizione dotata di efficacia diretta orizzontale che impone di abolire «qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati

membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro»; le uniche deroghe ammesse – da interpretare restrittivamente - concernono l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica.

Il reg. 492/2011 precisa poi che il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, la reintegrazione professionale o il ricollocamento (art. 7 co. 1), i vantaggi sociali e fiscali (art. 7 co. 2), l'insegnamento nelle scuole professionali (art. 7 co. 3), l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali (art. 8), e l'alloggio (art. 9). Al fine di favorire la circolazione dei lavoratori nel mercato interno, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione assai ampia di vantaggio sociale, includendovi ogni vantaggio, connesso o meno al contratto di lavoro, attribuito ai lavoratori nazionali, «in ragione principalmente del loro *status* di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale» (CGUE 18 dicembre 2019, C-447/18, *UB*, § 47).

Ai lavoratori autonomi si applicano invece i principi di non discriminazione sanciti dall'art. 49 Tfue sulla libertà di stabilimento e dall'art. 56 Tfue sulla libera prestazione di servizi, anch'esse disposizioni dotate di efficacia diretta orizzontale.

La parità di trattamento con riguardo alle prestazioni e agli obblighi derivanti dai sistemi nazionali di sicurezza sociale è garantita, ai cittadini dell'Unione che svolgono un'attività subordinata e autonoma e ai loro familiari, dall'art. 4 del reg. 883/2004. Il regolamento si applica a tutti i settori di sicurezza sociale, generali e speciali, contributivi o non contributivi, indicati all'art. 3 co. 1 (malattia, maternità, invalidità, vecchiaia, superstiti, infortunio e malattie professionali, assegni in caso di morte, disoccupazione, pensionamento anticipato, prestazioni familiari). Sono escluse le sole prestazioni riconducibili all'assistenza sociale e medica e a favore delle vittime di guerra. Anche in questo caso, per favorire la circolazione dei lavoratori, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione restrittiva delle deroghe, facendo rientrare nei regimi di assistenza sociale le sole prestazioni che, indipendentemente dalle modalità di finanziamento, sono erogate non in forza di requisiti oggettivi predeterminati, ma in virtù di una «valutazione individuale e discrezionale delle necessità del richiedente» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 40; CGUE 15 luglio 2021, C-535/19, *A*, §§ 29 e 37).

Ai cittadini dell'Unione si applica poi l'art. 24 dir. 2004/38 il quale, dopo avere fissato un generale principio di non discriminazione in ragione della nazionalità, autorizza gli Stati membri a negare loro il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o durante il più lungo periodo in cui il cittadino è autorizzato a soggiornare nel paese ospite, pur non lavorando. Del pari, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente, gli Stati membri non sono tenuti a concedere ai cittadini economicamente inattivi gli aiuti di mantenimento agli studi (art. 24 co. 2).

L'art. 24 dir. 2004/38 è stato oggetto di un animato contenzioso davanti alla Corte di giustizia e di importanti iniziative di taluni Stati membri preoccupati dei maggiori costi a carico dei sistemi nazionali di sicurezza sociale che i cittadini migranti economicamente inattivi avrebbero potuto generare (la preoccupazione ora ricordata è stata uno dei principali motivi che ha indotto la maggioranza dei britannici a votare a favore della Brexit). Allo stato attuale e in attesa delle modifiche al reg. 883/2004, in cui probabilmente verrà inserita un'apposita disposizione per codificare l'orientamento della Corte di giustizia, quest'ultima ha negato l'applicazione del principio di parità

di trattamento con riferimento alle prestazioni sociali, durante i primi tre mesi o il più lungo periodo in cui lo straniero può mantenere il diritto al soggiorno, pur non lavorando (CGUE 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*). Di recente, i giudici del Lussemburgo hanno altresì affermato che, durante tale periodo, il cittadino dell'Unione economicamente inattivo «non può avvalersi del diritto alla parità di trattamento per chiedere un accesso gratuito al sistema pubblico di assicurazione malattia» dello Stato ospitante; invero, affinché non diventi «un onere irragionevole per le finanze pubbliche di detto Stato», tale cittadino deve disporre di un'assicurazione malattia privata che consenta il rimborso delle spese sanitarie sostenute da quest'ultimo a suo favore (CGUE 15 luglio 2021, C-535/19, *A,* § 59).

Il nostro paese non si è avvalso delle deroghe di cui all'art. 24 co. 2 dir. 2004/38. Di conseguenza, non esiste una disposizione generale che esclude dalle prestazioni di assistenza sociale i cittadini dell'Unione economicamente inattivi. Va tuttavia precisato che, per accertare se effettivamente il cittadino dell'Unione ha diritto a una prestazione, occorre verificare, caso per caso, in ciascuna normativa specifica, la scelta operata dal legislatore.

Passando ora ai cittadini di paesi terzi, va detto che sia l'art. 21 Cdfue che l'art. 18 Tfue vietano, in generale, le discriminazioni basate sulla nazionalità. Entrambe le disposizioni si applicano tuttavia «nel campo di applicazione dei Trattati» e fanno salve le disposizioni particolari dagli stessi previste (sul punto v. ROSSI 2020). Ciò significa che il generale principio di non discriminazione in base alla nazionalità può trovare applicazione solo se e nella misura in cui l'Unione è competente a regolare una certa materia, e fatte salve le disposizioni specifiche previste nei Trattati. Anche in questa ipotesi si tratta dunque di ricostruire l'ancora più frammentato insieme dei principi di non discriminazione applicabili ai cittadini di paesi terzi.

A tal fine, conviene partire dalla sicurezza sociale, ambito in cui il legislatore eurounitario ha opportunamente esteso il reg. 883/2004 (e il relativo regolamento di attuazione, il reg. 987/2009) ai cittadini di paesi terzi e ai loro familiari che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro e si trovano «in una situazione che non sia confinata, in tutti i suoi aspetti, all'interno di un solo Stato» (art. 1 reg. 1231/2010). Quest'ultima precisazione limita di molto l'ambito di applicazione del regolamento da ultimo ricordato. Infatti, solo nel caso di distacco transnazionale (di cui diremo a breve) il permesso di soggiorno rilasciato da uno Stato dell'Unione deve essere riconosciuto dagli altri paesi membri; in tutte le altre ipotesi, per spostarsi da uno Stato all'altro, il cittadino originario di un paese terzo deve ottenere un permesso di soggiorno nel paese di destinazione, circostanza che ostacola, di non poco, la sua mobilità.

I principi di non discriminazione sono altresì disseminati nelle tante direttive che disciplinano le varie fattispecie di permesso di soggiorno. In tale ambito, merita di essere ricordata, in primo luogo, la dir. 2011/98 sul permesso unico di soggiorno la quale riconosce ai lavoratori dei paesi terzi il diritto allo stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: le condizioni di lavoro, tra cui la retribuzione e il licenziamento nonché la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro; la libertà di associazione; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento di diplomi, certificati e altre qualifiche professionali; i settori della sicurezza sociale definiti nell'art. 3 del reg. 883/2004; le agevolazioni fiscali; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi a disposizione del pubblico; i servizi di consulenza forniti dai centri per l'impiego (art. 14). Il co. 2 dell'art. 14 ammette poi una serie di deroghe (tra cui merita di essere ricordata quella relativa alle prestazioni di sicurezza sociale per i coloro che hanno svolto un'attività lavorativa per un periodo inferiore a 6 mesi) di cui il nostro legislatore, fino al 2021, non si è

avvalso. A parere della Corte di giustizia, le deroghe al principio di non discriminazione devono essere interpretate restrittivamente e possono «essere invocate solo qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l'attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l'intenzione di avvalersi delle stesse» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 26).

La parità di trattamento viene altresì riconosciuta agli stranieri titolari del permesso di soggiorno di lungo periodo per quanto riguarda: l'accesso e l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento di diplomi e altri titoli professionali; le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale; le agevolazioni fiscali; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi; la libertà d'associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria (art. 11 dir. 2003/109). Anche nel caso di specie, si prevedono eccezioni (art. 11 co. 2-4) di cui il legislatore interno non si è avvalso (art. 9 TUI).

Le direttive in esame sono all'origine di un copioso contenzioso finalizzato a «dare effettività ai diritti di coloro che (ed è il caso delle persone migranti) non hanno potere sociale e politico, perché sono, in maniera maggiore o minore, esclusi dalle dinamiche decisorie del processo politico» (RIZZI, *Ancora,* 2021, 2). A tal fine, preme ricordare che il nostro paese ha recepito la dir. 2011/98 con il d.lgs. 40/2014, ma non ha trasposto l'art. 12, omettendo così di garantire la parità di trattamento ivi prevista. Il principio di non discriminazione di cui all'art. 11 dir. 2003/109 è invece stato trasposto nell'art. 9 co. 12 TUI, ma non sempre è stato rispettato nella disciplina relativa a specifiche prestazioni sociali.

In virtù dell'efficacia diretta dei principi di non discriminazione, molti giudici ordinari hanno disapplicato le norme nazionali che negavano determinate prestazioni sociali agli stranieri titolari di permesso unico o di permesso di lunga durata e hanno, di conseguenza, condannato l'amministrazione alla corresponsione delle stesse (CC 7 novembre 2019, n. 28745; T Trieste, ord. 30 aprile 2021). La questione è divenuta poi oggetto di doppia pregiudizialità (su cui v. § 1.2), visto che sia la Corte di giustizia, sia la Corte costituzionale sono state chiamate a esprimersi sul punto. La prima ha costantemente ribadito l'efficacia diretta (verticale) dell'art. 12 dir. 2011/98 e dell'art. 11 dir. 2003/109, e ha dunque invitato i giudici nazionali a disapplicare le disposizioni interne che negano le prestazioni che rientrano nell'ambito della sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3 reg. 883/2004 agli stranieri titolari di permesso unico o di permesso di lunga durata (CGUE 21 giugno 2017, C- 449/16, *Martinez* in tema di assegno famiglie numerose; CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS* e 25 novembre 2020, C-303/19, *VR* sull'assegno per il nucleo familiare; CGUE 2 settembre 2021, C-350/20, *O.D. e altri* sugli assegni di natalità e di maternità; CGUE 28 ottobre 2021, C-462/20, *Asgi e altri* sulla carta della famiglia). In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato che il principio di non discriminazione di cui alla dir. 2011/86 mira a «favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi», «a creare condizioni uniformi minime nell'Unione, a riconoscere che i cittadini di paesi terzi contribuiscono all'economia dell'Unione con il loro lavoro e i loro versamenti di imposte e a fungere da garanzia per ridurre la concorrenza sleale tra i cittadini di uno Stato membro e i cittadini di paesi terzi derivante dall'eventuale sfruttamento di questi ultimi» (CGUE 25 novembre 2020, C-302/19, *WS*, § 34).

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha riconosciuto che esiste «un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione» tra i divieti di discriminazione prescritti dal diritto dell'Unione e i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale (ordinanza n. 182 del 2020, punto 3.2. del considerato in diritto), e che è suo compito «assicurare una tutela sistemica, e non frazionata,

dei diritti presidiati dalla Costituzione, anche in sinergia con la Carta di Nizza, e di valutare il bilanciamento attuato dal legislatore, in una prospettiva di massima espansione delle garanzie» (C. cost. 4 marzo 2022, n. 54, punto 10 del considerato in diritto). Di conseguenza, pur riconoscendo al legislatore «il compito di individuare i beneficiari delle prestazioni sociali, tenendo conto del limite delle risorse disponibili», la Corte costituzionale è intervenuta per valutare la ragionevolezza dei requisiti selettivi per l'accesso a tali prestazioni (C. cost. 4 marzo 2022, n. 54 che ha ritenuto incostituzionale la disciplina dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità in quanto riconosceva tali benefici solo ai titolari di permesso di soggiorno di lunga durata). Il giudice delle leggi ha altresì ribadito che, nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, deve riconoscersi l'efficacia diretta degli obblighi di parità di trattamento di cui alle direttive in esame, invitando così i giudici interni a disapplicare le disposizioni non conformi: si tratta infatti – prosegue la Corte - di obblighi «cui corrisponde il diritto del cittadino di paese terzo – rispettivamente titolare di permesso di lungo soggiorno e titolare di un permesso unico di soggiorno e di lavoro – a ricevere le prestazioni sociali alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro» (C. cost. 11 marzo 2022, n. 67 punto 12 che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in merito alla disciplina dell'assegno per il nucleo familiare).

Al fine di porre termine alla procedura di infrazione aperta a causa dal non corretto recepimento della dir. 2011/98 e all'ampio contenzioso ora ricordato, la l. 238/2021 (c.d. legge europea per il 2019-2020) ha infine modificato l'art. 41 TUI, riconoscendo la parità di trattamento con riguardo alle prestazioni di assistenza sociale a favore degli stranieri titolari di permesso di soggiorno di lungo periodo o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno, diverso da quelli di cui ai co. 1 *bis* e 1 *ter* del medesimo articolo. Il primo dei due commi ora ricordati riconosce il diritto alla parità di trattamento con riguardo alle prestazioni che rientrano nel campo di applicazione del reg. 883/2004, ai titolari di permesso unico di lavoro e ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di studio che svolgono un'attività lavorativa o che l'hanno svolta per un periodo non inferiore a sei mesi e hanno dichiarato la loro immediata disponibilità allo svolgimento di un lavoro (avvalendosi così della deroga di cui all'art. 12 co. 2 dir. 2011/98), nonché ai titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca. Il co. 1 *ter* garantisce invece il diritto alla parità di trattamento con riguardo alle prestazioni familiari di cui al reg. 883/2004 ai soli titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nonché agli stranieri titolari di permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi.

La modifica dell'art. 41 TUI, che abroga implicitamente l'art. 80 l. 388/2000 il cui testo è incompatibile con la nuova disciplina, crea non pochi problemi. L'accesso alle prestazioni sociali segue infatti tre differenti regole e varia dunque in ragione del tipo e della durata del permesso di soggiorno di cui lo straniero è titolare, con profili di irragionevolezza ben evidenziati dalla dottrina (GUARISO 2022).

La dir. 2014/36 sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali riconosce agli stessi il «diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante almeno per quanto concerne»: le condizioni di impiego e di lavoro; il diritto di sciopero e di intraprendere azioni sindacali; i settori della sicurezza sociale elencati all'articolo 3 del reg. 883/2004; l'accesso e l'erogazione di beni e servizi; l'istruzione e la formazione professionale; il riconoscimento dei diplomi; le agevolazioni fiscali (art. 23).

Il co. 2 dell'art. 23 prevede poi delle deroghe di cui il nostro legislatore si è avvalso per negare ai lavoratori stagionali il diritto alle prestazioni familiari e di disoccupazione (art. 25 TUI).

Analoghe disposizioni in materia di parità di trattamento sono contenute nella dir. 2016/801 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di ricerca, studio, tirocinio, volontariato, programmi di scambio di alunni o progetti educativi, e collocamento alla pari (art. 22) e nella dir. 2021/1883 sulle condizioni di ingresso e soggiorno dei cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati (c.d. carta blu) (art. 16). La prima disposizione non è stata espressamente trasposta nel nostro ordinamento. Diversamente, la seconda trova attuazione nell'art. 27 *quater* co. 15 TUI. Va tuttavia osservato che entrambi i principi di parità di trattamento contenuti nella dir. 2016/801 e nella dir. 2021/1883 sono disposizioni sufficienti chiare e precise e sono dotate, dunque, di efficacia diretta verticale.

Regole sulla parità di trattamento, in materia, ad esempio, di condizioni di lavoro (art. 26) e assistenza sociale (art. 29) e sanitaria (art. 30), sono contenute nella dir. 2011/95 sulla protezione internazionale.

La dir. 2003/86 sul diritto al ricongiungimento familiare riconosce infine ai familiari del cittadino di un paese terzo legalmente soggiornante in uno Stato membro il diritto all'accesso all'istruzione, a un'attività lavorativa subordinata o autonoma, all'orientamento e alla formazione professionale (art. 14). Anche in questo caso, la direttiva prevede deroghe (tra cui, la possibilità di limitare l'accesso al lavoro per 12 mesi) di cui il legislatore interno non si è avvalso.

Un discorso a parte meritano infine il distacco transfrontaliero e i trasferimenti infrasocietari, regolati rispettivamente dalla dir. 96/71 (modificata dalla dir. 2018/957) e dalla dir. 2014/66. La prima direttiva, che si applica sia ai cittadini dell'Unione che ai cittadini di paesi terzi, non prevede espressamente un principio di parità di trattamento, ma impone l'applicazione della legge dello Stato di distacco per una serie di materie indicate nell'art. 3 dir. 1996/71, recepito dal d. lgs. 136/2016. La seconda direttiva, che si applica invece ai soli cittadini di paesi terzi, garantisce il diritto alla parità di trattamento per una serie di materie indicate all'art. 18 co. 2. Nel recepire tale disposizione (art. 27 *quinquies* co. 12 TUI), il legislatore interno ha omesso di annoverare il riconoscimento dei diplomi e i settori della sicurezza sociale di cui all'art. 3 reg. 883/2004 tra le materie cui si applica la parità di trattamento. Anche in questa ipotesi, si potrebbe rimediare alla lacuna invocando l'efficacia diretta verticale dei principi di non discriminazione.

Accanto a questo insieme di disposizioni di diritto dell'Unione disordinatamente recepite dal legislatore interno, permangono, nel nostro ordinamento, talune disposizioni di carattere generale che, tuttavia, per il principio di specialità, soccombono di fronte alle prime. Tra queste merita di essere ricordato l'art. 2 TUI secondo cui lo straniero regolarmente soggiornante deve beneficiare di pari trattamento rispetto ai cittadini italiani. Per mettere fine alla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea a fronte dal mancato recepimento della dir. 2014/54 sulle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori, la l. 238/2021 (legge europea 2019-2020) ha poi modificato il d. lgs. 216/2003, aggiungendo la nazionalità tra i fattori ivi protetti. Dal tenore letterale dell'art. 3 co. 1 in cui viene aggiunto il fattore nazionalità senza specificazioni, deve dedursi che quest'ultimo si applica sia ai cittadini dell'Unione che ai cittadini di paesi terzi. Nel contempo, il legislatore ha allargato il campo di applicazione dei divieti di discriminazione di cui al d. lgs. 216/2003, nel senso già indicato al § 2.4.

La l. 238/2021 ha altresì assegnato all'UNAR (Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, di cui si dirà al § 2.6) «il compito di svolgere, in modo autonomo e imparziale, attività di promozione della parità e di rimozione di qualsiasi forma di discriminazione nei confronti dei lavoratori che esercitano il diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione europea» (art. 5 *bis* d. lgs. 216/2003). L'UNAR non si occupa dunque di ogni forma di discriminazione nei confronti degli stranieri ma solo delle discriminazioni subite da (o che potrebbero subire) i lavoratori migranti. Tuttavia, al co. 2 dell'articolo in esame, nell'illustrare alcuni dei compiti che dovrà svolgere l'UNAR, si menzionano i soli lavoratori dell'Unione europea. L'ambito di azione dell'UNAR sembra perciò restringersi ulteriormente.

Va infine ricordato che sono illegittime (perché direttamente discriminatorie) tutte quelle disposizioni che prevedono requisiti di residenza per i soli cittadini stranieri, mentre si discute se sia o meno ragionevole subordinare l'erogazione di talune prestazioni sociali alla permanenza "non episodica" del beneficiario sul territorio o a una certa durata del permesso di soggiorno. Con la sent. n. 44 del 9 marzo 2020 la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole il requisito della residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo in quanto non vi è alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio che connotano la domanda di accesso al sistema di protezione sociale (v. anche T Torino, ord. 21 giugno 2021). Di conseguenza, «qualsiasi valutazione del radicamento territoriale (quand'anche fosse ammissibile) deve essere sempre subordinata al criterio del bisogno, sul quale deve essere parametrato qualsiasi intervento di welfare» (GUARISO 2021, 20). Il requisito della residenza decennale è però stato ritenuto legittimo per l'accesso sia all'assegno sociale (C. cost. 15 marzo 2019, n. 50) che al reddito di cittadinanza (C. cost. 25 gennaio 2022, n. 19; v. anche C. cost. 17 febbraio 2022, n. 34 sul reddito di inclusione).

2.6. I principi di non discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica.

La dir. 2000/43 vieta ogni discriminazione in ragione della razza e all'origine etnica per quanto attiene alle condizioni di accesso al lavoro subordinato o autonomo, alla formazione professionale, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, all'affiliazione e all'attività in un'organizzazione sindacale o in un'associazione datoriale, alla protezione sociale (che include la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria), alle prestazioni sociali, all'istruzione e all'accesso e alla fornitura di beni e servizi (art. 3; sul punto v. la Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2000/43 e della direttiva 2000/78 (COM/2021/139, p. 21). Il co. 2 dell'art. 3 specifica poi che la direttiva «non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri», disposizione che prova, in modo evidente, la volontà degli Stati membri di mantenere il controllo sulle regole di emissione dei permessi di soggiorno, e dunque sui flussi migratori in entrata.

Le disposizioni ora ricordate, inclusa la precisazione relativa alle discriminazioni basate sulla nazionalità, sono state sostanzialmente riprodotte dal d. lgs. 215/2003. Come già osservato, questo decreto è stato approvato senza tenere in adeguata considerazione il fatto che, nell'art. 43 TUI, già si vietavano le discriminazioni basate «sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose».

In *Chez*, la Corte di giustizia ha specificato che la nozione di origine etnica deriva dall'idea che i gruppi sociali siano caratterizzati «da una comunanza di nazionalità, fede religiosa, lingua, origine

culturale e tradizionale e ambiente di vita» (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, § 46). I criteri ora elencati sono meramente esemplificativi. Di conseguenza, il paese di nascita di una persona è «uno dei fattori specifici che consentono di concludere che una persona appartiene ad un gruppo etnico» ma non è, «sotto tale profilo, in alcun modo determinante» (CGUE 6 aprile 2017, C-668/15, *Jyske Finans*, § 18). I giudici del Lussemburgo hanno altresì ricordato che la Convenzione Onu sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale include fra queste ultime anche la discriminazione fondata sull'origine etnica (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez,* § 73; in senso analogo v. CEDU 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, § 43).

Diversamente, la Corte di giustizia non ha ancora chiarito cosa si intenda per razza su cui invece si è espressa la CEDU secondo cui «la nozione di razza è radicata nell'idea di classificazione biologica degli esseri umani in sottospecie sulla base di caratteristiche morfologiche come il colore della pelle o le caratteristiche del viso», idea che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rifiuta, pur combattendo ogni forma di discriminazione che deriva da tale idea (CEDU 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, § 43; si v. anche il considerando n. 6 della dir. 2000/43 secondo cui l'Unione «respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte» e l'art. 4 della Convenzione Onu secondo cui «States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin»).

In *Chez*, la Corte di giustizia ha altresì chiarito che, laddove una condotta svantaggiosa sia fondata (anche, ma non solo) su stereotipi o pregiudizi connessi al fattore protetto, siamo di fronte a una discriminazione diretta (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, § 82). Del pari, i giudici hanno precisato che la nozione di particolare svantaggio, ai sensi dell'art. 2 co. 2 dir. 2000/43, «non designa casi rilevanti, evidenti o gravi di diseguaglianza, ma significa che sono in particolare le persone di una determinata razza od origine etnica che si trovano svantaggiate a causa della disposizione, del criterio o della prassi di cui trattasi» (CGUE 16 luglio 2015, C-83/14, *Chez,* § 109).

Anche per le discriminazioni in esame, il diritto dell'Unione richiede la costituzione di uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento (art. 13 dir. 2000/43; sul punto v. Commission Staff Working Document, *Equality bodies and the implementation of the Commission Recommendation on standards for equality bodies*, SWD(2021)63). Nel nostro ordinamento, tale ruolo è assunto dall'UNAR (Ufficio per la promozione della parità di trattamento e la rimozione delle discriminazioni fondate sulla razza e l'origine etnica), costituito presso il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri (per approfondimenti GUARISO, MILITELLO, 2019, p. 497).

La dir. 2000/43 prevede altresì la facoltà di mantenere o adottare «misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica» (art. 5), di cui il legislatore interno non si è però avvalso.

2.7. I principi di non discriminazione in ragione della religione.

Il divieto di discriminazione in ragione della religione è disciplinato dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato al § 2.4. Il divieto in questione è multidirezionale in quanto si applica a ogni persona o gruppo che pratica una certa religione, oltre che a atei, agnostici, scettici o indifferenti (sul punto v. anche CEDU 1 lulgio 2014, *S.A.S. c. Francia*, n. 43835/11, § 124).

Nell'interpretare il divieto in questione, la Corte di giustizia ha costantemente fatto riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo il cui art. 9, al pari dell'art. 10 Cdfue, riconosce a ogni persona la libertà di pensiero, di coscienza e di religione che include anche la libertà di manifestare la propria religione, individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti (*Achibita*, § 26; CGUE 14 marzo 2017, C-188/15, *Bougnaoui*, § 28; CGUE 15 luglio 2021, cause riunite C-804/18 e C-341/19, *Wabe*, § 81). La libertà in questione costituisce «uno dei fondamenti di una "società democratica"» e contribuisce al pluralismo «consustanziale a una tale società» (CEDU 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera* richiamata da *Wabe* § 48).

Al pari della Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia ha attribuito alla nozione di religione un'accezione ampia che «comprende sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa» (*Achibita*, § 28; *Bougnaoui*, § 30).

Numerosi casi relativi al fattore religione sollevati di fronte alla Corte di giustizia attengono alla c.d. neutralità dell'impresa, ossia alla possibilità, per l'impresa, di praticare politiche dirette a vietare l'esposizione di ogni forma di simbolo religioso (sul punto v. diffusamente RANIERI 2017). A parere dei giudici del Lussemburgo, divieti di questo tipo non configurano una discriminazione diretta giacché trattano in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, «in maniera generale e indiscriminata», una neutralità di abbigliamento (*Achibita*, § 30; *Wabe*, § 52; la questione è trattata al § 3.1).

A parere dei giudici del Lussemburgo, le politiche di neutralità dell'impresa configurano una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione e, come tali, possono essere giustificate da una finalità legittima (quale la volontà di mostrare, nei rapporti con gli utenti, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa che rientra nell'ambito della libertà di impresa di cui all'art. 16 Cdfue), qualora i mezzi impiegati per perseguire tale obiettivo siano appropriati e necessari (*Achibita*, § 37; *Wabe*, § 63). Su quest'ultimo punto, la Corte di giustizia, in *Wabe* (§ 70), ha rivisto, in senso restrittivo, la propria precedente interpretazione, imponendo al datore di lavoro di provare che: la politica di neutralità corrisponde a un'esigenza reale del datore di lavoro che, in assenza della stessa, subirebbe conseguenze sfavorevoli; tale politica è perseguita «in modo coerente e sistematico»; il divieto di indossare segni religiosi sia limitato «allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto».

2.8 I principi di non discriminazione in ragione dell'età.

I divieti di discriminazione in ragione dell'età sono disciplinati dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato al § 4. I divieti in questione sono multidirezionali, possono cioè essere individuati una pluralità di persone o gruppi tutelati dalla normativa antidiscriminatoria. Vi è addirittura chi, in relazione al fattore età, ha parlato di «criterio fluido», che rappresenta un «elemento in una sequenza». (BONARDI 2007).

Il fattore età è stato il primo per cui la Corte di giustizia ha ritenuto che il relativo divieto fosse espressione del principio generale di non discriminazione, annoverabile tra i principi generali di diritto dell'Unione (*Mangold*). Il fattore in esame è tuttavia il solo per cui è possibile giustificare anche le differenze di trattamento direttamente fondate sull'età che perseguano una finalità legittima, tra cui sono ricompresi anche «giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del

lavoro e di formazione professionale», qualora i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (art. 6 dir. 2000/78; art. 3 co. 4 *bis* d. lgs. 216/2003). Di conseguenza, la Corte di giustizia ha riconosciuto agli Stati membri «un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo» (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 31). In tal modo, le maglie del giudizio di proporzionalità sono state allargate a dismisura, giungendo, di fatto, a giustificare ogni politica diretta a promuovere una qualsiasi forma di occupazione, pur se precaria (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 41). La Corte di giustizia giustifica, peraltro, la propria posizione alla luce della «perdurante crisi economica e di crescita rallentata», contesto nel quale la possibilità di essere assunti con un contratto di lavoro precario è preferibile rispetto alla situazione di colui che, in assenza di tale possibilità, rischia di ritrovarsi disoccupato (CGUE 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, § 42; in senso analogo v. CGUE 15 aprile 2021, C-511/19, *Olympiako Athlitiko Kentro Athinon*, § 49 in cui la Corte ha ritenuto non irragionevole la riduzione o la soppressione dell'indennità di licenziamento a cui i lavoratori del settore pubblico avrebbero avuto diritto al momento della cessazione del loro rapporto di lavoro, tenuto conto del contesto economico - ossia della crisi economica in Grecia - che ha dato luogo a tale normativa).

2.9. I principi di non discriminazione in ragione della disabilità.

I divieti di discriminazione in ragione della disabilità sono disciplinati dalla dir. 2000/78, recepita dal d. lgs. 216/2003, del cui ambito di applicazione si è già parlato (§ 2.4). Il legislatore interno ha scelto di vietare le discriminazioni in ragione della disabilità anche oltre l'ambito lavorativo, al fine di garantire alle persone con disabilità «il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali» (art. 1 l. 67/2006).

Nel definire i soggetti beneficiari del diritto a non subire discriminazioni, la l. 67/2006 rinvia all'art. 3 co. 1 l. 104/1992 secondo cui «è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione». Questa definizione è oggi superata da quanto stabilito nella Convenzione Onu sulla disabilità secondo cui sono persone con disabilità «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di eguaglianza con gli altri» (art. 1 co. 2; sul fatto che il fattore disabilità ai fini del diritto antidiscriminatorio sia autonomo rispetto alla disabilità di cui alla l. 104/1992 v. CC, sez. lav., 27 settembre 2018, n. 23338). Non è dunque la menomazione di per sé a dar luogo alla discriminazione, ma la sua interazione con barriere esterne che, appunto, impediscono l'eguaglianza reale delle persone che presentano tale menomazione. La definizione delle Nazioni unite non stigmatizza dunque la disabilità ma, al contrario, si focalizza sugli ostacoli esterni che la trasformano in uno svantaggio, di cui prescrive la rimozione, anche mediante l'adozione di accomodamenti ragionevoli.

La Convenzione Onu è stata ratificata anche dall'Unione europea (decisione del 26 novembre 2009), ciò che ha indotto la Corte di giustizia a rivedere il suo precedente orientamento sulla nozione di disabilità (CGCE 11 luglio 2006, C-13/05, *Chacon Navas*, § 36). In *H.K. Danmark* (11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, § 47), la Corte ha ritenuto che la nozione di disabilità includa anche «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da

menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata» (la pronuncia della Corte di giustizia è ripresa anche da molti corti interne: v. ad esempio T Spoleto, ord. 3 marzo 2019; T Milano, ord. 24 settembre 2018; CC, sez. lav., 28 ottobre 2019, n. 27502).

Nella stessa pronuncia, la Corte di giustizia ha considerato non conforme alla direttiva 2000/78 una disposizione nazionale che consente di computare, nel calcolo del periodo di comporto, le giornate di assenza per malattia causata dalla disabilità (§ 92). Il lavoratore disabile è infatti esposto al rischio ulteriore di una malattia legata alla sua disabilità e pertanto ha una maggiore probabilità di accumulare giorni di malattia. I giudici di Lussemburgo fanno però salva la possibilità di provare che la regola sul calcolo del periodo di comporto persegue un obiettivo legittimo e non va al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo (sul punto v. anche CGUE 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero*).

Questo orientamento ha generato un diffuso contenzioso davanti alle corti interne. Da un lato, vi sono coloro che sottolineano l'esigenza di preservare «l'interesse del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile per l'impresa» e, pertanto, a «non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che le assenze cagionano all'organizzazione aziendale» (A Torino 3 novembre 2021, n. 604). Ne consegue che – a parere dei giudici in questione- non esiste un obbligo, per il datore di lavoro, di «espungere dal comporto le assenze collegate allo stato di invalidità del dipendente» e che comunque, se anche tale obbligo esistesse, il lavoratore avrebbe «l'onere di comunicare quali assenze siano riconducili alla malattia invalidante stante l'oggettiva impossibilità per il datore di lavoro di controllare detto nesso causale» (A Torino 3 novembre 2021, n. 604; in senso analogo v. CC, sez. lav., 5 maggio 2021, n. 11761).

Diversamente, altre corti hanno ritenuto che l'esclusione dal computo del periodo di comporto dei giorni di assenza per malattie connesse alla disabilità del lavoratore non configuri «un carico eccessivo per il datore di lavoro che ha a disposizione tutta una serie di misure e sostegni per poterlo sopportare», tra cui quello di controllare, in modo costante, l'idoneità alla mansione del lavoratore disabile, secondo la procedura di cui all'art. 10 della l. 68/1999 (A Genova 21 luglio 2021, n. 211; così anche T Milano, 28 ottobre 2016, n. 2875; T Milano, 25 febbraio 2020, n. 487; T Verona, ord. 21 marzo 2021). Nell'ambito dell'orientamento in esame si è anche sottolineano che occorre tenere distinta la «conoscenza dei motivi delle singole assenze computate ai fini del comporto» e la «conoscenza del c.d. fattore di rischio»: dato che al datore di lavoro è nota la disabilità del dipendente, è suo onere verificare se le assenze di quest'ultimo siano o meno riconducibili alla sua disabilità (A Firenze 26 ottobre 2021). Di conseguenza, le corti hanno ritenuto discriminatorio il licenziamento intimato dal datore di lavoro per superamento del periodo di comporto (T Spoleto, ord. 3 marzo 2019; T Savona, ord. 13 gennaio 2022; T Mantova 22 settembre 2021, n. 126; T Imperia 27 luglio 2020, n. 80; in dottrina v. da ultimo BONO, 2022).

Altro filone giurisprudenziale aperto dalle pronunce della Corte di giustizia è quello relativo alla discriminazione per associazione, quando cioè una persona è discriminata a causa non della sua disabilità, ma della disabilità dell'assistito (CGUE 17 luglio 2008, C-303/06, *Coleman*; sul carattere discriminatorio del trattamento svantaggioso subito dal lavoratore che assiste un disabile v. CC, sez. lav., 3 novembre 2015, n. 22421; CC, sez. lav., ord. 8 giugno 2017, n. 14187; CC, sez. lav., 12 ottobre 2017, n. 24015; CC, ord. 11 agosto 2018, n. 2466; 2 novembre 2020, n. 24206; A Torino 12 aprile 2021, n. 91; T Milano 29 ottobre 2018).

Merita infine di essere ricordato che il diritto dell'Unione, al pari della Convenzione Onu sulla disabilità, impone al datore di lavoro di prendere «i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili» (art. 5 dir. 2000/78; v. anche l'art. 26 Cdfue che riconosce «il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità»). Dal canto suo, la Corte di giustizia ha precisato che, come previsto dalla Convenzione Onu sulla disabilità (art. 2), il rifiuto di adottare accomodamenti ragionevoli configura una discriminazione (CGUE 18 gennaio 2018, C-270/16, *Ruiz Conejero* e 11 settembre 2019, C-397/18, *DW*; sul tipo di misure che il datore di lavoro deve porre in essere v. CGUE 10 febbraio 2022, C-485/20, *HR Rail*; sull'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli v. anche CEDU 2 luglio 2018, *Enver Şahin c. Turchia*, n. 23065/12, § 60 ss.).

L'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli è stato introdotto all'art. 3 co. 3 *bis* d. lgs. 216/2003 solo a seguito della condanna del nostro paese da parte della Corte di giustizia per il non corretto recepimento della direttiva (CGUE 4.7.2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*). Tale obbligo è stato oggetto di diverse pronunce delle corti nazionali le quali hanno precisato che il datore di lavoro deve adottare adeguamenti organizzativi appropriati (i.e. idonei a consentire al disabile lo svolgimento della prestazione lavorativa), ragionevoli (i.e. tali da imporre all'imprenditore un sacrificio accettabile secondo la comune valutazione sociale) e proporzionati (i.e. che non comportano oneri finanziari eccessivi) (CC, sez. lav., 9 marzo 2021, n. 6497; CC 26 ottobre 2018, n. 27243; 7 marzo 2019, n. 6678; 21 maggio 2019, n. 13649; 10 luglio 2019, n. 18556; 19 novembre 2019, n. 34132; T Milano, ord. 11 maggio 2021; A Firenze, 18 maggio 2021; T Venezia, 21 ottobre 2021, n. 618; T Cassino, 11 ottobre 2021, n. 816; T Pavia, ord. 29 aprile 2020).

A parere della Corte di Giustizia, l'obbligo di adottare accomodamenti ragionevoli si applica nei confronti del disabile (*Coleman,* § 42). Non è chiaro, invece, se debba applicarsi anche nella ipotesi di discriminazione per associazione che, peraltro, a seguito della modifica operata con la l. 162/2021, rientra tra le discriminazioni per ragioni di cura (sul punto v. da ultimo TARQUINI, 2022).

La dir. 2000/78 prevede infine la possibilità di mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza dei disabili sul posto di lavoro o dirette a salvaguardarne o promuoverne l'inserimento lavorativo (art. 7 co. 2), ciò che ha consentito di preservare la l. 68/2009 e altre misure specifiche nei confronti dei disabili.

2.10. I principi di non discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali.

La discriminazione in ragione delle convinzioni sindacali è stata la prima forma di discriminazione a essere vietata nel nostro ordinamento dall'art. 15 St. lav., insieme alla discriminazione politica e religiosa. Come messo in rilievo nell'acuta analisi di TIZIANO TREU (1974, 144), l'art. 15 si applica a qualsiasi tipologia di atti lesivi, a prescindere dal soggetto che li pone in essere; ciò corrisponde «alla qualificazione della libertà sindacale quale diritto assoluto di libertà facente capo al lavoratore, che, una volta affermatane la efficacia interprivata, è tendenzialmente protetto contro tutte le manifestazioni di potere privato capaci di lederlo effettivamente».

La normativa antidiscriminatoria in esame tutela il diritto di ciascuna persona, considerata come

singola o come parte di una collettività, a non subire discriminazione in ragione dell'appartenenza o dell'attività sindacale, e come tale si distingue dalla condotta antisindacale che protegge invece l'interesse collettivo del sindacato all'esercizio del diritto di sciopero e della libertà sindacale (A Roma, ord. 9 ottobre 2012).

Le corti interne hanno altresì precisato che le discriminazioni sindacali vanno annoverate tra le discriminazioni per convinzioni personali vietate dall'art. 3 d. lgs. 216/2003 e hanno, di conseguenza, consentito l'applicazione delle regole sull'onere della prova e sulla legittimazione ad agire previste da tale decreto, oltre che del rito disciplinato dall'art. 28 d. lgs. 150/2011. Merita, in particolare, di essere ricordata l'ordinanza della Corte di Appello di Roma del 9 ottobre 2012 in cui viene evidenziato che «il concetto di convinzione personale evoca una sorta di "credo" laico (non contrapposto, ma complementare a quello religioso)», che riecheggia nella formulazione dell'art. 9 CEDU e dell'art. 10 Cdfue laddove «denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza […] Sicuramente l'affiliazione sindacale rappresenta la professione pragmatica di una ideologia di natura diversa da quella religiosa, connotata da specifici motivi di appartenenza ad un organismo socialmente e politicamente qualificato a rappresentare opinioni, idee, credenze suscettibili di tutela in quanto oggetto di possibili atti discriminatori vietati». La categoria delle convinzioni personali si caratterizza, pertanto, per «l'eterogeneità delle ipotesi di discriminazione ideologica» tra cui deve essere ricompresa anche la discriminazione per motivi sindacali (CC, sez. lav., 2 gennaio 2020, n. 1).

A parere delle corti interne, «tra le manifestazioni di tale piena adesione alla politica seguita da un determinato sindacato deve inserirsi anche la posizione da questo assunta nei confronti di un determinato strumento negoziale stipulato da altra sigla sindacale» (A Palermo, 23 settembre 2021). Pertanto, configura una condotta discriminatoria la decisione del datore di lavoro (o del committente, nei casi di etero-organizzazione di cui all'art. 2 co. 1 d. lgs. 81/2015), di recedere dal contratto di lavoro assunta nei confronti dei lavoratori che non accettano l'applicazione di un contratto collettivo non firmato (e anzi, osteggiato) dai sindacati cui gli stessi sono iscritti.

Diversamente, nell'ordinamento eurounitario, non è ancora chiaro se le convinzioni sindacali ricadano fra le convinzioni personali di cui alla dir. 2000/78. L'*obiter dictum* contenuto al § 47 della sentenza *Wabe* non fa certo ben sperare: a parere della Corte di giustizia, «ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione. Come risulta dall'articolo 21 della Carta, il motivo di discriminazione fondato sulla religione o sulle convinzioni personali deve essere distinto dal motivo attinente alle «opinioni politiche o [a] qualsiasi altra opinione» e pertanto include tanto le convinzioni religiose quanto le convinzioni filosofiche o spirituali». Vi sono tuttavia altre ragioni che farebbero propendere per una diversa interpretazione: il carattere democratico del processo di integrazione europea che annovera, fra i suoi valori fondamentali, il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani» (art. 2 TUE); l'esigenza di interpretare estensivamente i principi di non discriminazione in quanto principi generali di diritto Ue e diritti fondamentali garantiti dalla Cdfue; la rilevanza della Cedu nell'interpretazione della Cdfue; il fatto che numerose disposizioni del diritto dell'Unione tutelino i rappresentanti dei lavoratori (v. da ultimo l'art. 17 dir. 2019/1152).

Nell'ambito delle discriminazioni sindacali merita infine di essere ricordato il caso *Deliveroo* oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Bologna del 31 dicembre 2020. Si tratta della prima ipotesi in cui i divieti di discriminazione sono stati applicati all'esercizio del potere organizzativo mediante

l'utilizzo di un algoritmo. Nell'attenta ricostruzione operata dalla giudice, viene precisato che l'algoritmo impiegato dalla piattaforma di *food delivery* assegnava ai lavoratori un punteggio, elaborato sulla base della loro affidabilità (i.e. la loro partecipazione effettiva alle sessioni di lavoro prenotate) e della loro partecipazione (i.e. la loro disponibilità per gli orari più rilevanti per il consumo di cibo a domicilio). Così programmato, l'algoritmo penalizzava i lavoratori che aderivano a uno sciopero in quanto, non partecipando a una sessione di lavoro prenotata, il loro punteggio sarebbe diminuito.

L'ordinanza rileva per diverse ragioni. Con riguardo all'onere della prova, la giudice chiarisce che spetta alla piattaforma indicare «quali specifici criteri di calcolo vengano adottati per determinare le statistiche di ciascun rider». Rimane tuttavia che, data la scarsissima trasparenza degli algoritmi, può risultare assai difficile, per il lavoratore, provare gli elementi di fatto da cui si può presumere la discriminazione (sul punto v. anche l'ordinanza del Garante della privacy del 10.6.2021 nei confronti di Foodinho). Vero è che la mancanza di trasparenza assume, essa stessa, rilevanza probatoria (BARBERA, 2021, I-9); tuttavia è di fondamentale importanza rafforzare le disposizioni sulla trasparenza degli algoritmi, come peraltro intende fare la proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali (COM/2021/762; sul punto v. PERUZZI, 2021).

Altro aspetto rilevante è quello della presunta neutralità dell'algoritmo. «Quando vuole – scrive la giudice bolognese – 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». La programmazione dell'algoritmo è dunque «frutto di una scelta consapevole dell'azienda». Ed è fuor di dubbio che una condotta posta in essere intenzionalmente per svantaggiare persone o gruppi individuati in base a un fattore protetto configura una discriminazione diretta (BARBERA M., 2021, I-14; BALLESTRERO, 2021). Anche in questo caso, sono fondamentali le disposizioni contenute nella già menzionata proposta di direttiva che mirano proprio a ricondurre all'essere umano le decisioni operate, in maniera solo apparentemente neutra, dall'algoritmo.

Va poi osservato che il caso *Deliveroo* riguardava rider qualificati come collaboratori etero-organizzati, cui la normativa antidiscriminatoria è applicabile in virtù dell'art. 2 co. 1 d. lgs. 81/2015. Rimane, tuttavia, il problema dell'applicabilità di tale normativa a tutti i lavoratori autonomi, non solo in fase di accesso al lavoro. Come si è tentato altrove di dimostrare (BORELLI, RANIERI, 2021), tale problema potrebbe essere superato valorizzando l'interpretazione sistematica della normativa antidiscriminatoria, alla luce delle fonti sovrannazionali di cui si è detto al § 2.2.

Occorre infine ricordare che gli algoritmi non sono impiegati solo in ambito lavorativo, ma possono riguardare moltissimi aspetti della vita di ogni persona. Per questa ragione, è di estrema importanza prevedere specifici divieti di discriminazione all'interno della normativa in materia di intelligenza artificiale, oltre a vietare l'impiego di quegli algoritmi che dilatano a dismisura l'ampiezza e l'intensità del potere organizzativo e direttivo.

2.11. I principi di non discriminazione nella disciplina dei contratti di lavoro non-standard.

Ognuna delle direttive con cui l'Unione europea ha disciplinato talune forme di lavoro non-standard contiene un principio di non discriminazione (clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla dir. 97/81; clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a termine

allegato alla dir. 1999/70; art. 5 dir. 2008/104 relativa al lavoro tramite agenzia interinale). Tali principi permettono di fissare, a favore dei lavoratori non-standard, un trattamento economico e normativo minimo, facendo riferimento alla disciplina del lavoro standard. In questo ambito, dunque, i principi di non discriminazione sono unidirezionali; del pari, non rilevano le differenze tra determinate categorie di lavoratori non-standard (CGUE 13 gennaio 2022, C-282/19, *YT e altri*, § 72).

Il legislatore interno, oltre a recepire i principi di non discriminazione dettati dalle direttive dell'Unione (art. 7 d. lgs. 81/2015 sul lavoro a tempo parziale; art. 25 d. lgs. 81/2015 sul lavoro a termine; art. 35 d. lgs. 81/2015 sul lavoro in somministrazione), ha impiegato gli stessi anche per regolare altre forme di lavoro non-standard, quali il lavoro intermittente (art. 17 d. lgs. 81/2015).

La Corte di giustizia ha finora insistito soprattutto sulla regola della parità di trattamento, mentre sono rimaste in secondo piano le discriminazioni indirette, ossia gli effetti svantaggiosi connessi all'applicazione del medesimo trattamento a situazioni, quali quelle dei lavoratori non-standard, che sono diverse rispetto a quella in cui si trovano i lavoratori assunti a tempo pieno e indeterminato. A ben vedere, però, la copiosa giurisprudenza sul calcolo dell'anzianità di servizio, pur se non si sofferma sul carattere indiretto della discriminazione, può essere ricondotta a quest'ultimo ambito. Nei casi di specie, infatti, la Corte di giustizia, al pari delle corti interne, ha ritenuto discriminatoria la regola che prescrive il calcolo dell'anzianità all'interno di ciascun rapporto di lavoro, ciò che comporta il mancato computo del periodo di servizio svolto nell'ambito di un pregresso contratto a tempo determinato ai fini dell'inquadramento al momento dell'assunzione (CGUE 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza*), delle progressioni di carriera verticali (Tar Veneto 4 giugno 2010; CGUE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*) od orizzontali (T Milano 13 dicembre 2011; v. anche CC SU 23 settembre 2010, n. 20074 sul contratto di formazione e lavoro), e del calcolo dell'anzianità necessaria per accedere a talune prestazioni sociali (Circ. INPS n. 30/2012).

La Corte di giustizia, oltre a riconoscere l'efficacia diretta (verticale) dei principi di non discriminazione in esame (CGUE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*), ha affermato che una disparità di trattamento ai danni di lavoratori non-standard «può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguano le modalità di lavoro e che attengono alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate» (CGUE 18 ottobre 2012, cause riunite C-302/11 e C-305/11, *Valenza*) o dal perseguimento di una finalità legittima di politica sociale di uno Stato membro (CGUE 25 luglio 2018, C-96/17, *Vernaza Ayovi*, § 39).

Altro problema che è stato portato all'attenzione della Corte di giustizia e delle corti interne è quello relativo all'applicazione del principio di *pro rata temporis*. Quest'ultimo dovrebbe permettere il riproporzionamento del trattamento garantito ai lavoratori non – standard, ma solo quando il trattamento in questione è strettamente connesso all'orario di lavoro nel caso del part-time o alla durata del rapporto nel caso del lavoro a termine. In realtà, questa regola non è stata sempre seguita dalla Corte di giustizia che ha, ad esempio, applicato il principio di *pro rata temporis* agli assegni familiari (CGUE 5 novembre 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*). Del pari, il nostro legislatore ha talora esteso il criterio del riproporzionamento, consentendo, ad esempio, di ridurre la durata di ferie e congedi (art. 17 d. lgs. 81/2015 in materia di lavoro intermittente).

Nell'ambito in esame potrebbe inoltre risultare complessa la scelta del termine di comparazione; non sempre, infatti, è possibile individuare, all'interno della stessa unità produttiva, un lavoratore a tempo pieno e indeterminato che svolge le stesse mansioni. Nella dir. 2008/104, la questione è stata risolta facendo riferimento a un termine di comparazione ipotetico, si fa cioè riferimento alle condizioni di lavoro che si applicherebbero ai lavoratori somministrati se fossero direttamente impiegati dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro (art. 5 co. 1).

Il legislatore interno utilizza diversi criteri per individuare il termine di comparazione, facendo riferimento ai lavoratori «di pari inquadramento» (art. 7 d. lgs. 81/2015), «di pari livello» (artt. 17 e 35 d. lgs. 81/2015), o «inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva» (art. 25 d. lgs. 81/2015). Come noto, nel nostro ordinamento, i livelli di inquadramento sono fissati dai contratti collettivi che, tuttavia, non hanno efficacia *erga omnes*. Ciò significa che il trattamento dei lavoratori standard cui deve essere parametrato quello dei lavoratori non - standard, varia da caso a caso, a seconda del contratto collettivo applicato dal datore di lavoro.

Permane poi la questione della frammentazione del ciclo produttivo che, come scriveva anni fa UMBERTO ROMAGNOLI (1994, 558), trasforma l'eguaglianza in un valore «più predicabile che praticabile». Su questo punto è intervenuta la Corte di giustizia (CGCE 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, §§ 45 e 46; CGCE 17 settembre 2002, C-320/00, *Lawrence*, § 17; CGUE 3 giugno 2021, C-6244/19, *Tesco*), ammettendo la comparazione tra lavoratori impiegati in stabilimenti diversi o assunti da diversi datori di lavoro, ma solo quando il trattamento loro riservato è riconducibile a un'unica fonte (tale orientamento è codificato dall'art. 4 co. 4 della proposta di direttiva COM/2021/93).

Altro orientamento che facilita l'applicazione dei principi di non discriminazione a fronte della frammentazione del ciclo produttivo è quello sostenuto in *Asociaţia Accept* e in *NH* secondo cui l'autore della condotta discriminatoria non deve essere necessariamente il datore di lavoro (v. § 2.5).

Più problematica è l'imputazione "a catena" della condotta discriminatoria quanto questa è il risultato di decisioni prese a monte della filiera produttiva. Emblematico, sul punto, è il già ricordato caso *Yoox* in cui la giudice ha condannato la sola cooperativa datrice di lavoro, rea di avere imposto turni di lavoro insostenibili per i genitori lavoratori, mentre non è stato condannato l'appaltante, nonostante si fosse riconosciuto che la cooperativa «operava all'interno di una filiera produttiva, da cui risultava condizionata sia nelle modalità sia nella tempistica di effettuazione delle lavorazioni», come peraltro dimostrava la partecipazione dell'appaltante alla contrattazione collettiva aziendale per definire l'organizzazione dei turni di lavoro (T Bologna, decreto 31 dicembre 2021).

Occorre infine sottolineare che, sempre per usare le parole di ROMAGNOLI (1994, p. 558), «la concezione del rapporto di lavoro come atomo giuridicamente irrelato», connessa all'esaltazione dell'autonomia privata individuale che si ritrova in molta della legislazione degli ultimi decenni, rischia di rendere impossibili i confronti in funzione perequativa, in quanto le variabili da valutare sono «innumerevoli» e le distanze da colmare «incommensurabili». La differenziazione dei trattamenti, resa possibile anche dalla giungla dei contratti collettivi aventi efficacia *inter partes* e dalla possibilità, per i contratti aziendali, di derogare alla legge e ai CCNL (art. 8 d.l. 138/2011),

facendo venire meno l'unicità della figura standard di lavoratore, rende di fatto impossibile, per i principi di non discriminazione, svolgere alcuna funzione perequativa.

3. L'evoluzione della nozione di discriminazione.

La nozione giuridica di discriminazione nasce da una lunga sedimentazione, risultato soprattutto delle risposte che la giurisprudenza ha dato alle domande di giustizia provenienti dai diversi attori sociali che, nel tempo, hanno fatto propria la lotta contro le discriminazioni. La biforcazione della nozione inizialmente unitaria di discriminazione in quelle di discriminazioni dirette e indirette e di molestia; la specificazione che la discriminazione può essere intenzionale e non, individuale o collettiva, per associazione e intersezionale, attuale, potenziale o ipotetica, giustificabile o meno, che può consistere anche in un ordine di discriminare o in una ritorsione o nella negazione di una soluzione ragionevole che può richiedere o meno una comparazione, tutti questi elementi sono parte di una costruzione che i giudici hanno elaborato nel corso di alcuni decenni e di una *cross-fertilization* fra gli ordinamenti nazionali e sovranazionali cui le giurisdizioni nazionali e sovranazionali hanno partecipato in egual misura (per una visione di stampo comparativo si v. MERCAT BRUNS, OPPENHEIMER SARTORIUS, 2018 e OPPENHEIMER, FOSTER, HAN, 2012). Il che non significa che il legislatore sovranazionale e nazionale, a sua volta, non abbia giocato un ruolo attivo, raccogliendo gli spunti offerti dalla casistica o frenandoli, ampliando o restringendo il numero dei fattori protetti, anticipando la giurisprudenza e reagendo in modo più o meno simpatetico all'attivismo mostrato in questo campo dalle corti.

Per altro verso, aspetti quali il regime dell'onere della prova o l'apparato dei rimedi sono strettamente connessi alla nozione giuridica di responsabilità in cui trasliamo differenti concezioni sostanziali dell'eguaglianza e della discriminazione. È cosa diversa considerare l'autore della condotta responsabile solo delle discriminazioni di cui è dimostrata la natura intenzionale o, come è oggi pacificamente ritenuto, considerare l'intento irrilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità a fronte di una condotta idonea a pregiudicare un gruppo protetto (così, nettamente, CC, sez. lav., 5 aprile 2016, n. 6575). Nel primo caso, l'ottica sarà quella del perpetratore e ad essere colpita sarà soltanto una condotta di tipo volontaria o negligente; nel secondo, l'ottica sarà quella della vittima e ad essere colpita sarà qualunque condotta idonea a pregiudicare, comparativamente o in senso assoluto a seconda che si discuta di discriminazione diretta o indiretta o di molestia, i soggetti protetti e a lederne la dignità. A seconda poi che si guardi al diritto a non essere discriminati come un diritto di natura solo individuale e azionabile solo retrospettivamente o di natura collettiva e azionabile anche prospettivamente, anche i rimedi avranno una portata diversa, potendosi fondare solo sul risarcimento dei danni subiti dalla vittima (ma non per danni punitivi, i quali hanno sempre una valenza non solo individuale) oppure su sanzioni di tipo prospettico, come i piani di azione positiva che hanno la funzione di modificare lo status quo per l'intero gruppo protetto e non unicamente per la vittima individuale della discriminazione e su una tutela risarcitoria di valenza anche collettiva .

Come si è detto prima, questi processi non sono interamente riconducibili alle sole dinamiche giuridiche o politiche. Mai forse come in questo campo l'azione dei soggetti sociali e il loro ricorso al diritto come forma di mobilitazione politica (PROTOPAPA 2021) sono stati in grado di incidere sull'evoluzione delle categorie giuridiche. Si considerino quale ad esempio di queste interconnessioni fra dinamiche giuridiche e dinamiche sociali, fra teorie normative e tecniche regolative, l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta come nozione distinta da quella di

discriminazione diretta e l'allargamento delle competenze dell'Unione europea in questo ambito a seguito di due distinti processi normativi e politici: da un parte le modifiche al Trattato originario a opera del Trattato di Amsterdam, dall'altra l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nel primo caso, la spinta a diversificare la nozione di discriminazione in una direzione che rispecchiasse sia il profilo paritario dell'eguaglianza, quello per cui chi è eguale va trattato in modo eguale (espresso dal divieto di discriminazioni dirette), che quello differenziatore, quello per cui chi è diseguale va trattato in modo diseguale (espresso dal divieto di discriminazioni indirette), è dovuta alla richiesta avanzata nel caso *Griggs v. Duke Power* 401 U.S. 424 (1971) alla Corte suprema nordamericana da un gruppo di lavoratori di colore di considerare discriminatorio l'effetto di norme apparentemente neutre ma disegnate sulle caratteristiche personali e sulle carriere professionali dei lavoratori bianchi e destinate per questo, inevitabilmente, a svantaggiare chi come loro, per nascita e per passate discriminazioni, non possedeva né le une né le altre. Assumendo il punto di vista degli attori, la Corte elabora il test del «*disparate impact*», secondo il quale pratiche, criteri o test usati per l'assunzione o la promozione apparentemente neutre, anche in termini di intento, non possono essere mantenute se operano nel senso raccontato dalla favola della cicogna e della volpe. La Corte osserva che «il Congresso ha ora richiesto che si tenga conto della posizione e della condizione di chi cerca lavoro. Ha previsto - per ricorrere ancora alla favola – che il recipiente in cui viene offerto il latte sia uno che tutti possano usare. La legge vieta non solo la discriminazione palese, ma anche le pratiche eque nella forma, ma discriminatorie della sostanza. La pietra di paragone è la necessità aziendale. Se non è possibile dimostrare che una pratica di lavoro che opera per escludere i neri sia correlata alle prestazioni lavorative, la pratica è vietata». La nozione di discriminazione indiretta guarda, dunque, agli *effetti* di regole di trattamento eguali ma che incidono, per questo, in modo diverso su soggetti che hanno condizioni di vita, passate o presenti, diverse. Poiché la catena causale che permette di stabilire la discriminatorietà dell'atto si allunga fino a prendere in considerazioni situazioni che non ricadono nella sfera decisionale dell'autore della condotta (in questo caso non solo le passate discriminazioni subite in azienda ma anche gli effetti di un'educazione segregata per razza), alla ricerca di un bilanciamento fra libertà di impresa e tutela antidiscriminatoria, la Corte lascia più spazio a possibili giustificazioni, consentendo però che il requisito o la prassi in questione siano mantenute a condizione che rispondano a una obiettiva e genuina *necessità* aziendale e non a ragioni di mera opportunità.

La nozione di discriminazione indiretta è poi transitata negli ordinamenti europei, dapprima attraverso la legislazione britannica degli anni '70 (*Sex Discrimination Act* 1975; *Race Relations Act* 19769; successivamente attraverso la sua adozione da parte della Corte di Giustizia nella materia delle discriminazioni a causa della nazionalità (12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu)* e poi del genere (*Bilka*), e il recepimento di tale orientamento dal legislatore europeo e dai legislatori nazionali, a partire dalla direttiva 97/80 sull'onere della prova; infine, attraverso l'accoglimento della dizione eurounitaria anche da parte della CEDU nel caso *D.H*. (13 novembre 2007, *D.H. and others v. Czech Republic,* n. 57325/00)**.** A dare l'idea della circolarità di questi processi di *transplant* basterà ricordare come la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni basate sull'identità di genere (CGCE 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*; CGCE 7 gennaio 2004, C-117/01, *KB*), di orientamento sessuale (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko* e CGUE 12 dicembre 2013, C–267/12, *Hay*) di religione (*Achibita*, *Cresco*, *Wabe*) siano stati profondamenti influenzati, loro

volta, dagli orientamenti espressi in questi ambiti dalla Cedu.

Quanto al peso delle condizioni politiche e sociali, del *tempo* del diritto, l'ampliamento dei fattori di discriminazione compiuto dal Trattato di Amsterdam del 1997 è stato favorito, anzitutto, dall'intento delle istituzioni europee di rilegittimare il processo di integrazione, indebolito dalla persistente asimmetria fra integrazione negativa (volta a eliminare tutti gli ostacoli che si frappongono alla creazione di un mercato transnazionale) e integrazione positiva (volta alla ricostruzione di un nuovo assetto regolativo in grado anche di correggere il mercato), nella direzione di un rafforzamento della dimensione sociale dell'Unione. Si cerca così di rimediare al deficit di legittimazione del sistema europeo derivante dalla riduzione della capacità dei singoli paesi di perseguire gli obiettivi sociali democraticamente scelti, non compensata da un aumento della capacità di intervento a livello sovranazionale. Il Trattato apre nuovi spazi alla costruzione di una cittadinanza sociale europea, oltre che con l'individuazione di nuovi spazi di armonizzazione in materia di tutela delle condizioni di lavoro, dei consumatori, dell'ambiente, con un inedito impegno nella lotta alle discriminazioni.

Come si è detto (v. § 2.2), il nuovo art. 13 del TCE (ora art. 19, dopo la rinumerazione seguita al Trattato di Lisbona) istituisce una nuova competenza del Consiglio che può prendere, previa approvazione del Parlamento, «i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale». Le nuove disposizioni del Trattato tacciono su alcuni degli odierni, principali motivi di esclusione: la povertà e la condizione di straniero. La mancanza di "voce" di questi gruppi sociali spiega queste assenze, così come la loro presenza nell'arena politica quali gruppi sociali forti e organizzati spiega la nuova attenzione riservata ai disabili o alle organizzazioni di tendenza di carattere religioso.

Il carattere contingente che presenta da sempre l'evoluzione del diritto antidiscriminatorio e il suo essere frutto di spinte diverse ricevono un'ennesima conferma dalla rapida adozione, da parte dell'Unione europea, a partire dall'anno 2000 e negli anni successivi, delle cd. direttive di nuova generazione (v. § 2.3 e ss.). In particolare, l'adozione della direttiva 2000/43 vuole essere una netta risposta alle manifestazioni di xenofobia e alle tendenze autoritarie di alcuni governi nazionali che si andavano manifestano con particolare chiarezza nelle società europee già all'inizio del nuovo millennio. Viceversa, la mancata adozione della proposta di direttiva del 2008, finalizzata a estendere l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, segnala un indebolimento della spinta verso l'ampliamento della tutela antidiscriminatoria, dovuta a ragioni che riguardano le sorti di questo specifico settore del diritto, quali le resistenze della cultura giuridica tradizionale ad ampliare ulteriormente il raggio della tutela antidiscriminatoria nel dominio dei rapporti interprivati (si v. ad esempio REICH, 2013) ma che vanno anche al di là di esso, esprimendo le resistenze che gli Stati nazionali oppongono ad un ampliamento ulteriore delle competenze dell'Unione.

Questo imponente apparato normativo viene costituzionalizzato con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali UE, i cui effetti sono stati descritti nelle pagine precedenti. La Carta positivizza per la prima volta espressamente un principio generale di eguaglianza (art. 20) e articola il divieto di discriminazione in una lista al tempo stesso aperta e analiticamente più ampia di quella fino ad allora vigente. Ciò segna, sul piano delle fonti, un processo di ridefinzione degli stessi principi di eguaglianza e non discriminazione e dei diritti fondamentali e della loro capacità di incidere nella sfera pubblica e in quella privata. Quella che abbiamo sotto gli occhi, come si è visto in precedenza, è una riformulazione della teoria degli effetti diretti delle norme di rango costituzionale i

quali sembrano prescindere dalla formulazione letterale di tali norme in termini di principi o di diritti.

Con il Trattato di Amsterdam e con la Carta si compie il processo di mutamento della funzione dei divieti di discriminazione previsti dal Trattato originario, ove erano disegnati in chiave prevalentemente funzionalista quali strumenti di contrasto agli ostacoli posti al funzionamento del mercato comune. L'art. 19 TFUE e la Carta ridefiniscono i confini del significato dell'eguaglianza nella direzione dell'inclusione dei soggetti esclusi dalla cittadinanza attiva, con una proiezione, nel caso della Carta, verso l'insieme delle condizioni personali, economiche e sociali che connotano la vita delle persone e perfino verso le generazioni future, se si volesse interpretare il riferimento alle caratteristiche genetiche come una forma di protezione anche delle donne e degli uomini da venire.

Negli anni successivi questo apparato normativo, insieme a quello preesistente, si è andato sempre più configurando come un autonomo sottosistema normativo, dotato di concetti base fondanti e tecniche di regolazione proprie, grazie anche all'opera di riassetto sistematico compiuta dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale.

Si prenda il concetto di discriminazione, nelle sue varie declinazioni: discriminazione diretta, consistente nel diverso trattamento, fondato sui criteri vietati, di persone poste nelle medesime condizioni; discriminazione indiretta, consistente in disposizioni, criteri o prassi apparentemente neutri che possono mettere le persone appartenenti ai gruppi protetti in una situazione di particolare svantaggio senza essere giustificati da una finalità legittima perseguita attraverso mezzi proporzionati; molestia, che si sostanza in un comportamento indesiderato, adottato anch'esso per uno dei motivi vietati, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo; e i connessi divieti relativi all'ordine di discriminare e alle ritorsioni. Ebbene, è possibile ritrovare questi concetti in tutto lo spettro della tutela antidiscriminatoria, perfino quando si ragiona di discriminazioni basate sulla nazionalità nella tassazione dei liquori prodotti dalla distillazione del grano o dalla distillazione da frutto, trattato dalla Corte di Giustizia come un caso di discriminazione indiretta (art. 90 TFUE) (CGCE 27 febbraio 1980, causa 168/78, *Commission v. France*).

Lo stesso accade per il regime dell'onere della prova o per i rimedi. La strumentalità del regime agevolato della prova rispetto alla tutela delle posizioni soggettive protette dai divieti di discriminazione fa sì così che tale regime debba trovare applicazione ogni volta che si tratti di difendere in giudizio quelle posizioni, a prescindere dal rito processuale applicabile (così CC, sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31054 e 2 gennaio 2020, n. 1). Occorre, tuttavia, rimarcare che, a causa della frammentazione normativa sopra illustrata, i meccanismi di agevolazione dell'onere della prova a carico della persona che lamenta una discriminazione variano a seconda del fattore protetto (per approfondimenti v. GUARISO, MILITELLO, 2019, 463 ss.).

Quanto ai rimedi è la funzione redistributiva stessa del diritto antidiscriminatorio e il principio di effettività che guidano la scelta dei rimedi a far privilegiare provvedimenti di tipo ripristinatorio e un risarcimento del danno che include anche il ristoro del danno non patrimoniale. Di conseguenza, la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che, quando viene accertata una discriminazione e «finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, l'osservanza del principio di eguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della

categoria privilegiata» (CGUE ord. 16 gennaiio 2008, cause riunite da C-128/07 a C-131/01, *Molinari e altri*, § 23). Nel nostro ordinamento, si è anche prevista la possibilità, per il giudice, di ordinare l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni accertate, idoneo a impedirne la ripetizione (art. 28 co. 5 d. lgs. 150/2011; art. 37 co. 3 d. lgs. 198/2006).

Quando al risarcimento del danno, occorre in primo luogo osservare che questo deve compensare integralmente i danni subiti, non essendo ammessa la fissazione *a priori* di un massimale. Del pari, va risarcito anche il danno non patrimoniale il cui importo è determinato in via equitativa dal giudice, tenendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, al fine di ristorare effettivamente il pregiudizio subito dalla vittima della discriminazione (CC, sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31071).

Nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, il risarcimento del danno svolge altresì una funzione sanzionatoria, come dimostrano le disposizioni che ne prevedono una maggiorazione in caso di ritorsione (art. 28 co. 6 d. lgs. 150/2011; in giurisprudenza v. da ultimo CC, sez. lav., ord. 15 dicembre 2020, n. 28646 e T Napoli, 26 novembre 2021, n. 5192). La Cassazione è persino giunta a configurare un "danno comunitario", ossia un «danno presunto con valenza sanzionatoria» (CC SU 15 marzo 2016, n. 5072) che il giudice deve liquidare qualora riscontri un "deficit di tutela" rispetto ai principi di effettività, proporzionalità e dissuasività fissati dal diritto dell'Unione in tema di rimedi.

Il concetto di discriminazione indiretta a sua volta, con la sua attenzione alla diversità di trattamento come mezzo per raggiungere l'eguaglianza, è stata la premessa per intendere le azioni positive non come una deroga all'eguaglianza (così erano originariamente definite dall'art. 2.4 della direttiva 76/207) ma come un'espressione dell'eguaglianza sostanziale e uno strumento di genuine pari opportunità (così ora nell'art. 157 TFEU).

Per molti anni è stato soprattutto nel campo delle discriminazioni di genere che si è sviluppata una teoria giurisprudenziale della discriminazione e si è avuta una straordinaria produzione di diritto derivato, che si estende dal diritto sostanziale a quello processuale e rimediale (v. § 2.3). È in riferimento a questo fattore che la Corte di giustizia ha sviluppato le diverse nozioni di discriminazione (in particolare quelle di discriminazione indiretta) ed enunciato il principio dell'effettività, dissuasività e proporzionalità delle sanzioni, la cui portata ha oggi valenza generale (CGCE 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*; 10 aprile 1984, causa 14/83, *Van Colson*); oppure ha tracciato i confini di legittimità delle azioni positive (CGCE 17 ottobre 1995, C-450/93, *Kalanke* e 11 novembre 1997, C-409/95, *Marshall*). Ed è sempre in questo ambito che il legislatore ha codificato per la prima volta la nozione di discriminazione indiretta o ha sperimentato un regime alleggerito dell'onere della prova a favore di chi allega la sussistenza di una discriminazione.

Negli anni più recenti il divieto di discriminazione di genere è andato perdendo centralità in quanto modello di riferimento e sono stati i nuovi fattori (razza e origine etnica, religione e opinioni personali, età, orientamento sessuale, disabilità) a diventare occasioni di sviluppo di una teoria giurisprudenziale della discriminazione, rispetto sia alla costruzione del giudizio di discriminazione che alla specificazione dei caratteri propri dei fattori vietati.

Va, inoltre, ricordata la particolare funzione che il principio di non discriminazione ha giocato nella tutela del lavoro atipico, come il lavoro part-time o di durata limitata, quale vero e proprio «principio regolatore del ricorso alla flessibilità» (ALESSI 2017), che tende a controbilanciare il progressivo declino della tecnica della norma inderogabile (BONARDI 2017). In questo caso, il diritto

antidiscriminatorio finisce per essere uno strumento trasversale di verifica degli effetti, in termini di giustizia distributiva, delle regole che riguardano il mercato del lavoro e il *welfare* (BARBERA M., 2017).

Se si guarda al significato attribuito ai diversi fattori da parte della giurisprudenza, è arduo tracciare un bilancio dai contorni netti. Taluni fattori, come razza e origine etnica o religione, stentano a trovare un'identità precisa, anche in ragione di un contenzioso giudiziario le cui dimensioni non rispecchiamo la dimensione reale dei rispettivi fenomeni sociali sottostanti (v. §§ 2.6 e 2.7). Il numero predominate di casi discussi davanti alla Corte di giustizia riguarda il fattore età, mentre quelli in tema di discriminazione razziale si contano sulle dita di una mano; ma certo ciò non a motivo della minore gravità o del minor numero dei casi di discriminazioni di questo genere. Si deve piuttosto pensare a una minore capacità di far valere in giudizio le proprie ragioni da parte delle minoranze razziali o etniche, anche in via mediata dagli organismi di parità o dalle associazioni, come pure la legge prevede.

Una casistica ancora scarna a livello sovranazionale spiega, in parte, l'assenza di una definizione precisa della nozione di razza. La Corte di Giustizia avrebbe potuto cogliere la possibilità di fornirne una in alcuni importanti casi giunti alla sua attenzione e la circostanza che non l'abbia fatto denuncia una riluttanza a inoltrarsi nella questione che ha suscitato le critiche dei commentatori. In parte ciò può spiegarsi con un'oggettiva difficolta di definire un concetto – quello di razza umana - che la direttiva 2000/43, al considerando 6, dichiara di ritenere inesistente, pur rimarcando, nel resto del suo testo, la necessità di combattere le discriminazioni fondate su una caratteristica che nella società si continua a ritenere abbia un significato dispregiativo. Ma, per altro verso, la Corte sembra rifiuti di vedere la connessione esistente fra i diversi profili che denotato socialmente il possesso del fattore vietato. Così, in *Jyske Finans* (CGUE 6 aprile 2017, C-668/15) e in *Maniero* (CGUE 15 aprile 2018, C-457/17), la Corte ha ritenuto di non dover considerare il luogo di nascita o il possesso di uno specifico titolo scolastico come criteri usati per fini o effetti xenofobi o razzisti (v. anche § 2.6). Neppure la giurisprudenza italiana si è cimentata nel compito di definire cosa significhi razza e origine etnica ma, in questo, caso la lacuna interpretativa è in parte colmabile in ragione della previsione, nell'ordinamento nazionale, di una serie di fattori di discriminazione strettamente connessi a tali fattori, a cominciare dalla nazionalità e dalla lingua, cosicché le discriminazioni razziali ed etniche sono aggredibili, sulla base della legge nazionale, dai diversi fronti in cui esse si manifestano. Nella giurisprudenza europea è invece avvertibile un ritrarsi dal concreto contesto sociale in cui le discriminazioni si compiono, il che impedisce di cogliere anche le intersezioni fra diversi motivi di discriminazione (FARKAS, 2007).

3.1. La struttura del giudizio antidiscriminatorio: comparazione, individuazione del comportamento discriminatorio, eccezioni e giustificazioni.

Vi è un passaggio ermeneutico di tipo tecnico che spiega in parte gli esiti del sindacato antidiscriminatorio e cioè una particolare costruzione del giudizio di comparazione, il quale è suscettibile da sempre di incidere in modo cruciale sulla decisione, tanto che si può dire che la decisione è anticipata dalla comparazione. Per comprendere come ciò possa avvenire è necessario aver presente che la struttura del giudizio antidiscriminatorio segue un iter prestabilito. Alla parte attrice spetta individuare il termine di comparazione (che può essere anche ipotetico o non più esistente); provare l'esistenza di una molestia o di un trattamento più svantaggioso o di un particolare svantaggio a suo danno; provare che questi sono fondati su uno dei fattori vietati. Nel caso della molestia, la prova degli elementi della fattispecie prescinde dalla necessità di una

comparazione. Una volta che la parte attrice abbia assolto l'onere della prova (attraverso un regime probatorio alleggerito, che fa leva su presunzioni, anche di natura statistica), spetterà alla parte convenuta provare l'inesistenza della condotta lamentata oppure l'esistenza di una giustificazione. Lo standard di giustificazione è diverso a seconda del tipo di discriminazione allegata. Se si discute di molestie, non è possibile alcuna giustificazione; in relazione alle discriminazioni dirette, in via generale, sono previste eccezioni limitate alla presenza di un requisito essenziale, ma giustificazioni sono ammesse riguardo all'età e alla fornitura di beni e servizi con riferimento al divieto di discriminazione di genere; in relazione a quelle indirette, è prevista una clausola generale di giustificazione che richiede la presenza di una finalità legittima e l'uso di mezzi appropriati e necessari. Mentre le eccezioni costituiscono deroghe poste *ex ante* al principio di non discriminazione (e sono tendenzialmente tipiche), le giustificazioni si pongono *ex post* (e sono tendenzialmente atipiche) nella fase di valutazione in concreto del comportamento allegato. Infine, eccezioni e giustificazioni giocano attraverso un sistema di casi generali e casi specifici, fra i quali rientrano le già citate giustificazioni ammesse per l'età e la fornitura di beni e servizi e quelle per le organizzazioni di tendenza, con la possibilità di introdurre differenze di trattamento basate sulla religione da parte di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private (va segnalato che la normativa italiana di recepimento della direttiva non precisa, come richiesto invece dalla direttiva, che l'etica di tali enti deve fondarsi sulla religione). Infine, richiamandosi alla Cedu, anche la direttiva 2000/78 stabilisce che restano impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui.

Sia in *Jyske Finners* che in *Maniero* la Corte afferma che può parlarsi di discriminazione indiretta basata sull'origine etnica solo se la misura che si asserisce essere discriminatoria abbia l'effetto di svantaggiare un'etnia *in particolare* e non, invece, come nei casi in questione, se riguarda anche gli appartenenti ad altre etnie. Il risultato paradossale di questo modo di intendere la comparazione è che il massimo effetto di esclusione realizzato da un criterio che svantaggia tutte le etnie non sarebbe da considerarsi discriminatoria: se tutti, allora nessuno. Ma anche non ragionando per paradossi e in astratto e guardando invece, come invita a fare la Corte di giustizia, al caso specifico e concreto, il modo più ragionevole di condurre la comparazione sembra quello di raffrontare la persona svantaggiata appartenente a una determinata etnia con quelle appartenenti a un'altra etnia (o a nessuna in particolare), che svantaggiate non sono. In caso contrario, non c'è modo di raddrizzare il torto inflitto all'una e risparmiato alle altre.

Che la maniera di intendere il giudizio di comparazione possa condizionare in modo determinante la struttura del giudizio antidiscriminatorio, ed è dunque un elemento cruciale di tale giudizio, lo si è potuto notare anche in altri casi riguardanti la religione e le convinzioni personali.

In *Achbita* la Corte di giustizia, ha ritenuto che il divieto posto dal datore di lavoro di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, nella misura in cui riguardava qualsiasi manifestazione di tali convinzioni, trattasse in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa che ne avessero una, e non costituisse, dunque, una discriminazione diretta. In quella circostanza, tuttavia, i giudici, diversamente da *Maniero*, hanno ipotizzato che fosse almeno sussistente una discriminazione indiretta, giacché tale obbligo apparentemente neutro comportava, di fatto, un particolare svantaggio per le persone la cui religione prescrive particolari regole di abbigliamento, con la conseguenza di aprire il giudizio al bilanciamento, che questa forma di discriminazione richiede, fra gli interessi della presunta vittima e le esigenze dell'impresa. In *Acbita*, il

bilanciamento si è risolto a favore di quest'ultima, avendo la Corte ritenuto che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, debba essere considerata legittima, in particolare qualora il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti. La Corte di giustizia cita a sostegno della propria decisione l'orientamento espresso dalla CEDU nel caso *Eweida e altri c. Regno Unito* (CEDU 15 gennaio 2013, su cui fra gli altri SORDA) ma il richiamo risulta, in verità, parziale. Il risultato del bilanciamento nei casi appena citati era stato più articolato e, proprio in tema di simboli religiosi indossati sul luogo di lavoro, la Corte di Strasburgo era arrivata a conclusioni diverse sulla base di una serie di considerazioni cui la Corte di Lussemburgo ritiene di non prestare attenzione. I giudici, infatti, sebbene abbiano ritenuto legittima la necessità del datore di lavoro, ha ritenuto prevalente l'interesse della lavoratrice di indossare la croce perché il simbolo era di dimensioni ridotte e non avrebbe potuto incidere sull'immagine professionale della dipendente, e perché la compagnia aveva già permesso ad altri lavoratori di indossare simboli religiosi (come turbanti o hijab). Infine il fatto che a distanza di pochi mesi il datore di lavoro avesse deciso di modificare il proprio codice di abbigliamento, ammettendo la presenza di simboli, dimostrava l'insussistenza di una reale necessità aziendale.

Nella decisione *Wabe* la Corte di giustizia ha provato anch'essa ad articolare maggiormente il giudizio antidiscriminatorio, quando ha paragonato la condizione dei lavoratori la cui religione prescriva di indossare segni molto visibili con quella di coloro che indossano segni di piccole dimensioni, per arrivare alla conclusione che sanzionare solo il comportamento dei primi sarebbe una discriminazione diretta. Sul punto permane dunque un contrasto di orientamenti fra le due alte corti.

In parte ciò si spiega con la necessità per la Corte di giustizia di mantenersi coerente con i suoi assunti di partenza. La Corte aveva ragionato allo stesso modo in *Szpital* (26 gennaio 2021, C-16/19), in riferimento questa volta alla disabilità, quanto aveva stabilito che anche una differenza di trattamento che si verifica all'interno di un gruppo di persone disabili può rientrare nella nozione di discriminazione, giacché il divieto di discriminazione previsto dalla direttiva 2000/78 non è limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone disabili e persone non disabili. Richiamando tale decisione, la Corte riafferma in *Wabe* che il divieto di discriminazione previsto dalla medesima direttiva non può ritenersi limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone che aderiscono o non aderiscono a una religione o a determinate convinzioni. Ma, sulla base sempre della paradossale premessa per cui se tutti sono discriminati allora non lo è nessuno, si rifiuta invece comparare la situazione di *tutti* coloro che portano segni religiosi con quella di lavoratori che, essendo privi di qualsiasi religione o credenza, non sono tenuti a farlo. Sarebbe, in questo caso pervenuta facilmente alla conclusione che si tratta di una discriminazione diretta, essendo l'obbligo o la scelta di portare un segno intimamente legato alle proprie convinzioni religiose (PROTOPAPA, 2017).

Sempre in tema di comparazione va considerato che in qualche caso la comparazione può essere meramente ipotetica o non contestuale, come è ormai previsto espressamente dalle fonti eurounitarie, sia in via generale dal testo delle nuove direttive, che in riferimento a specifiche categorie di lavoratori. Ad esempio, quando si tratta di applicare la regola della parità di trattamento stabilita dall'art. 5 della direttiva 2008/104 a favore dei lavoratori somministrati, sarà sempre possibile effettuare la comparazione fra il trattamento di questi ultimi e quello di qualsiasi lavoratore di pari livello dell'impresa utilizzatrice oppure quello che si applicherebbe loro se fossero

direttamente impiegati dall'impresa utilizzatrice. Non sarà invece possibile comparare i lavoratori dipendenti da datori di lavoro diversi se la disciplina dei rapporti di lavoro non è riconducibile a un'unica fonte legislazione o a uno stesso contratto collettivo (CGCE 17 settembre 2002, C-320/00, *Lawrence* e 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*). Nel caso in cui, ai fini dell'applicazione del principio di parità retributiva fra i sessi, non sia presente nell'impresa un lavoratore dell'altro sesso comparabile sarà possibile far riferimento a un lavoratore precedentemente occupato presso la stessa impresa con le stesse mansioni (CGCE 27 marzo 1980, causa 129/79, *Macarthys*)

Infine, in qualche caso la comparazione può anche non esservi, come accade – lo si è detto - nel caso delle molestie, in cui il bene della dignità della persona è tutelato in modo diretto e il carattere relazionale della tutela emerge semmai dall'individuazione di specifici fattori identitari idonei a far ritenere sussistente una discriminazione. O come accade quando il trattamento svantaggioso può incorrere solo a danno di particolari soggetti, come in caso di una differenza di trattamento dovuto alla gravidanza che, come rilevato dalla Corte di giustizia «può opporsi solo alle donne e rappresenta quindi una discriminazione diretta a motivo del sesso (CGCE 8 novembre 1990, C-177/88, *Dekker*).

Più in generale, sulla base di quanto precedentemente affermato dalla stessa Corte di giustizia (v. *Dekker*, e CGCE 26 febbraio 2008, C-506/06, *Mayr*; in materia di orientamento sessuale vedi CGCE 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko* e CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*) e da alcune corti nazionali (A Milano 20 maggio 2026, n. 579, in RIDL, 2016, 827) il riferimento a qualsiasi condizione che risulti intimamente legata a uno dei fattori vietati dà luogo a una discriminazione diretta: così, in materia di genere, la gravidanza o la fecondazione assistita (v. § 2.2); in materia di orientamento sessuale, il matrimonio che non sia consentito celebrare (v. § 2.4).

I casi relativi al velo islamico e, più in generale, relativi al fattore religione hanno suscitato un vasto dibattito dottrinale. Si è osservato in proposito che considerare taluni segni distintivi come espressioni di una data *religione* e non di una data *cultura*, suscettibile anche di cambiare nel tempo, rischia di privilegiare i sottogruppi dominanti dentro ciascuna di esse e le visioni più conservatrici a danno di quelle più innovative, e di legittimare pratiche e stereotipi razzisti, sessisti o omofobi (McColgan, 2009, 23). Quanto meno nel caso delle organizzazioni di tendenza, il pericolo che la tutela di un fattore protetto avvenga a danno di un altro è espressamente neutralizzato a opera del disposto dell'art. 4 della direttiva 2000/78 il quale che stabilisce che, mentre una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, essa rappresenti un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tale eccezione va intesa in modo restrittivo. In particolare essa si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto eurounitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi. Questa specifica interpretazione del requisito essenziale, peraltro, andrebbe riferita non solo alle organizzazioni di tendenza ma a qualsiasi datore di lavoro. In un'articolata decisione della Corte d'appello di Trento (A Trento, 1 settembre 2016, n. 63, con nota di Tarquini, 2017) che ha ritenuto discriminatorio per ragioni di orientamento sessuale il mancato rinnovo di un contratto a termine a un'insegnante di una scuola paritaria cattolica, a seguito delle rimostranze che sarebbero pervenute alla direzione della scuola circa la relazione omosessuale e la convivenza con una compagna dell'insegnante medesima.

La Corte di giustizia ha assunto un'attitudine più severa di quella assunta nei casi *Jyske Finners* e

Maniero prima ricordati in altre cause riguardanti le discriminazioni su base razziale ed etnica in cui erano in discussione diritti di rango fondamentale (come il diritto al lavoro) o la lotta agli stereotipi, utilizzando un test di giudizio più restrittivo, con precisazioni importanti che valgono anche al di fuori di questo specifico ambito.

Così, nel caso *Feryn* (CGCE 10 luglio 2008, C-54/07) i giudici del Lussemburgo hanno chiarito che il trattamento meno favorevole che connota le discriminazioni razziali possono consistere anche in una dichiarazione pubblica con la quale il datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori aventi una certa origine etnica o razziale. E ciò in quanto «siffatte dichiarazioni sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e, quindi, a ostacolarne l'accesso al mercato del lavoro». La discriminazione si verifica a prescindere dalla presenza o meno di vittime identificabili che asseriscano di essere stato colpite da tale discriminazione. La Corte sul punto è abbastanza lapidaria: l'effetto di dissuasione si verifica anche ove non vi sia un soggetto identificabile che agisca contro la discriminazione subita. Sul punto dice di più l'Opinione dell'Avvocato generale Maduro che ha scritto un formidabile pezzo di teoria della discriminazione.

Anche le parole sono atti, afferma l'Avvocato generale, nel senso che anche le parole creano la realtà che abitiamo. Quando il datore di lavoro dichiara che non assumerà persone di una determinata origine razziale o etnica perché non sono bene accetti dai suoi clienti queste parole creano una realtà in cui la discriminazione è già accaduta, non soltanto perché si produce un effetto immediato di scoraggiamento ma perché questi lavoratori sono già categorizzati come "gli esclusi": «Egli non si limita a parlare di discriminazione, bensì discrimina. Non si limita a pronunciare parole, bensì compie un "atto linguistico" ("speech act")».

La dottrina *Feryn* (ripresa anche nel caso *Chez*) è stata estesa al di fuori dell'ambito delle discriminazioni razziali, dando luogo prima alla decisione *Asociaţia Accept*, poi alla decisione *N.H.* (un caso originato dal rinvio di un giudice italiano), tutte e due in tema di orientamento sessuale (su cui v. § 2.4).

È importante precisare che in casi come questi, in cui le vittime del comportamento discriminatorio possono anche non essere immediatamente identificabili, e l'azione viene portata in giudizio da enti esponenziali o istituzionali, non può comunque parlarsi di discriminazione potenziale o ipotetica (RIZZI, *L'algoritmo,* 2021). La discriminazione è sempre attuale e concreta. Quella che può essere ipotetica è la comparazione e quello che può essere potenziale è l'effetto di svantaggio.

Lo stesso può dirsi in riferimento alle ipotesi in cui atti di portata generale (quali bandi di concorso, circolari, procedure pubbliche o private di ammissione a benefici) contengano requisiti di natura discriminatoria. Anche in questo caso, l'effetto di esclusione si realizza immediatamente, sia pure in riferimento a soggetti non immediatamente individuabili o in forma potenziale.

Nei casi di discriminazione collettiva, la legittimazione ad agire spetta, come detto, a organismi che il legislatore reputa in grado di tutelare il diritto o l'interesse leso. Data la frammentazione della normativa antidiscriminatoria, i soggetti legittimati variano da fattore a fattore. Ciò crea due problemi: in primo luogo, in caso di discriminazione multipla, l'organismo potrebbe essere legittimato ad agire contro la discriminazione basata su un fattore ma non sull'altro; in secondo luogo, le regole cui è condizionata la legittimazione ad agire di tali soggetti sono diverse per ogni fattore.

Ne consegue che, in alcune ipotesi, è più semplice, per gli organismi rappresentativi, agire in giudizio, mentre in altre devono affrontare maggiori difficoltà.

Così, ad esempio, l'art. 5 co. 2 d. lgs. 216/2003 prevede una lista aperta che legittima tutte le «organizzazioni sindacali, le associazioni e le organizzazioni rappresentative del diritto o dell'interesse leso», i quali però possono agire solo se non sono individuabili in modo diretto e immediato i soggetti lesi (CC. 20 luglio 2018, n. 19443 e 15 dicembre 2020, n. 28646). Per i fattori considerati dall'art. 43 TUI (alcuni dei quali – come la nazionalità e la religione – coincidono con quelli tutelati dal d. lgs. 216/2003), la legittimazione ad agire in caso di discriminazioni collettive in ambito lavorativo spetta alle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, anche qualora non siano individuabili in modo immediato e diretto i lavoratori lesi dalle discriminazioni (art. 44 co. 10 TUI). Diversamente, per i fattori razza e origine etnica (previsti anche dall'art. 43 TUI), il legislatore richiede l'iscrizione ad apposito elenco (art. 5 co. 2 d. lgs. 215/2003), a cui possono essere iscritte le associazioni che svolgono «attività a favore degli stranieri immigrati» (art. 52 d.P.R. 349/1999), con la conseguenza che per il fattore nazionalità esistono attualmente ben tre differenti regole sulla legittimazione ad agire; anche nel caso di specie, è possibile agire solo se non sono individuabili in modo diretto e immediato i soggetti lesi. Una regola analoga è prevista nel caso di discriminazioni di genere relative all'accesso di beni e servizi (art. 55 *septies* d. lgs. 198/2006). Contro le discriminazioni collettive di genere in ambito lavorativo, possono invece agire le sole consigliere di parità, anche se i soggetti lesi sono individuabili (art. 37 d. lgs. 198/2006). Un elenco dei legittimati ad agire esiste anche per le discriminazioni basate sulla disabilità, al di fuori dell'ambito lavorativo (art. 4 l. 67/2006).

Altri campi in cui il nuovo diritto antidiscriminatorio ha prodotto progressi evidenti in termini di tutela è quello delle discriminazioni basate e sulla disabilità e sull'orientamento sessuale. Della disabilità si è già detto (v. § 2.9). Quanto all'orientamento sessuale, il caso *Maruko* (CGCE 1 aprile 2008, C-267/06; nello stesso senso CGUE 10 maggio 2011, C-147/08, *Romer*) è un caso di straordinaria inventiva giuridica, costruito ancora una volta intorno al giudizio di comparazione. In questo caso l'ostacolo alla possibilità di effettuare una comparazione era costituito dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che, in passato, aveva negato che potessero essere comparabili la situazione di soggetti omosessuali uniti da un'unione stabile registrata (esclusi dall'assegno di famiglia) con quella dei dipendenti uniti in matrimonio (beneficiari invece della prestazione), il che aveva portato ad escludere la sussistenza di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale (CGCE 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 e C 125/99, *D. e Regno di Svezia*). Lo scarto compiuto dalla Corte rispetto a questa impostazione consiste nell'affermare che ciò che il legislatore (tedesco) avevo reso eguale (vale a dire la condizione di un soggetto eterosessuale avente lo *status* matrimoniale a quella di un soggetto omosessuale legato al suo partner da unione solidale) non poteva poi rendere diseguale sulla base proprio del fattore vietato, negando la pensione di vedovo a titolo di prestazione ai superstiti. Poiché il signor Maruko e il suo partner non avrebbero potuto in nessun caso contrarre matrimonio, la differenza di trattamento era dovuta al loro orientamento sessuale. Di lì a poco la Corte sarebbe andata ancora più avanti, affermando che ciò che essa stessa considerava comparabile (la situazione delle coppie sposate eterosessuali e quella delle coppie unite un Patto civile di solidarietà, prevista questa volta dalla legislazione francese), non poteva essere reso diseguale dal contratto collettivo, riservando alcuni benefici solo ai dipendenti sposati (CGUE 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*). Seppure la differenza di trattamento è fondata sullo *status* matrimoniale, afferma la Corte, si tratta pur sempre

di una discriminazione diretta, perché i lavoratori omosessuali non possono soddisfare la condizione prevista, in quanto il matrimonio è riservato solo alle persone di sesso diverso (v. § 2.4).

La particolare costruzione del giudizio di comparazione posta in premessa del ragionamento dalla Corte in entrambi i casi le ha inibito nuovamente la possibilità di ritenere sussistente una discriminazione quando l'ordinamento nazionale non prevedeva alcuna forma di riconoscimento per le unioni di persone dello stesso sesso (così in *Parris*, CGUE 24 novembre 2016, C-443/15). Cosa che non ha però impedito al giudice nazionale di riconoscere una pensione di reversibilità al partner di un lavoratore deceduto, facendo affidamento in modo diretto sull'art. 2 della Costituzione (A Milano 26 luglio 2018, n. 1005). Ma a un regime di tutela equivalente si è arrivati, nell'ordinamento italiano, solo con la legge 20 maggio 2016, n. 76, sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, emanata dopo la sentenza monito della Corte costituzionale italiana del 15 aprile 2010, n. 138).

In *Parris* la Corte sarebbe potuta giungere a una diversa conclusione se avesse adottato un'analisi di tipo intersezionale. Il ricorrente aveva, in questo caso, subito una discriminazione dovuta al suo orientamento sessuale e all'età, poiché la legge che aveva introdotto nel sistema irlandese l'unione per coppie dello stesso sesso era entrata in vigore dopo l'età prevista per poter beneficiare di una pensione ai superstiti. Nonostante il caso fosse stato prospettato in questa doppia chiave anche dall'Avvocato generale, i giudici si sono rifiutati di leggerlo attraverso la relazione sinergica dei due fattori di discriminazione, sostenendo che non vi è una nuova categoria di discriminazione risultante dalla combinazione di più fattori e che non è dunque possibile rinvenire una discriminazione sulla base di più fattori quando non la si è rinvenuta in relazione a ciascuno isolatamente dall'altro (XENIDIS, 71).

Infine il fattore età è stato per lungo tempo oggetto della maggior parte dei rinvii pregiudiziali da parte dei giudici nazionali che sono stati l'occasione per esplorare la latitudine delle eccezioni ai divieti di discriminare e delle giustificazioni delle differenze di trattamento ammesse dall'ordinamento. Il divieto di discriminazioni fondate sull'età è, infatti, il divieto più nuovo e insieme quello più soggetto a restrizioni (v. § 2.8).

L'area delle eccezioni e delle giustificazioni ammesse è dunque anch'essa cruciale nel delimitare o ampliare la tutela antidiscriminatoria. Di qui l'importanza di intenderle in modo *oggettivo*. Sul punto sia la Corte di giustizia che il giudice nazionale hanno escluso con nettezza la possibilità di dare rilievo ai gusti soggettivi discriminatori della clientela, e ciò anche se ne possa risultare un pregiudizio per gli interessi economici dell'impresa, destinati a cedere, in questo caso al diritto a non subire categorizzazioni ingiuste (si veda *Feryn, Bougnaoui, Wabe* e, nella giurisprudenza domestica A Trento 1 settembre 2016, n. 63).

4. Una teoria fluida della discriminazione: ancora alla ricerca di un paradigma comune.

È difficile tracciare un bilancio di questi anni di applicazione del nuovo diritto antidiscriminatorio in termini netti. Guadagni e perdite di tutela sono entrambi presenti. La giurisprudenza nazionale più recente ha seguito per lo più sentieri interpretativi innovativi, grazie a un risveglio di interesse e attenzione per la materia stimolato da un uso strategico del diritto antidiscriminatorio da parte da parte di giuristi pratici provenienti dalla società civile. Si è così giunti a vietare la discriminazione algoritmica e la discriminazione basata sulle convinzioni sindacali o a riconoscere la legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali anche nelle cause in materia di discriminazioni

basate sulla nazionalità (CC 7 novembre 2019, n. 28745).

La Corte di Giustizia talvolta è stata altrettanto coraggiosa, altre volte più prudente, altre volte ancora decisamente deludente per chi nutriva aspettative sulla sua disponibilità ad ampliare i confini della tutela antidscriminatoria.

Se si volessero capire le ragioni di questa diversa attitudine si dovrebbero studiare più a fondo il *background* nazionale dei casi, la composizione della Corte e il numero dei decisori, le contingenze politiche in cui le decisioni sono state rese, i rapporti fra le corti e così via. Se si volesse avanzare un'ipotesi, si potrebbe dire che la Corte di giustizia sembra avvertire che alcuni temi, come nel caso della religione e delle convinzioni personali, sono particolarmente sensibili sia in termini politici che di impatto sull'opinione pubblica e hanno un fondamento soggettivo, variabile e connesso a attitudini di tipo personale. In questo caso, la Corte è riluttante ad assumere un ruolo antimaggioritario. Ciò spiegherebbe gli esiti compromissori delle cause in tema di velo islamico o di etnia connessa alla condizione di straniero, e l'*obiter dictum* sulle convinzioni personali. In altri casi, in particolare quando sono in discussione questioni relative alla razza, in assonanza alla giurisprudenza della CEDU, la Corte è pronta ad assumere una posizione più ferma, perché ritiene la lotta alle discriminazioni razziali una questione "non negoziabile".

In altri casi ancora, quando si tratta di difendere diritti che hanno una spiccata dimensione individuale prima ancora che collettiva, che incidono in profondità sul corpo, sulla persona, come nel caso dell'orientamento sessuale e della disabilità, la Corte è pronta ad adottare un atteggiamento di maggiore fermezza e di ragionata espansione della tutela. Si potrebbe parlare di una teoria fluida della discriminazione, ancora alla ricerca di un paradigma comune.

D'altro canto, il modo in cui emergono e sono trattati i casi di discriminazione in un ordinamento giuridico è una cartina tornasole della società cui quell'ordinamento fa riferimento, delle scelte politiche e valoriali a essa sottese. Non è un caso, dunque, che vi siano asimmetrie fra la giurisprudenza nazionale, la Corte di giustizia e la CEDU: ognuna di esse fa riferimento al proprio insieme di valori che spesso coincidono, ma che talora possono divergere, creando così fratture che il dialogo tra le corti cerca di risolvere, ma che talora rimane conflittuale. È in queste ipotesi che si lascia spazio alle tradizioni costituzionali nazionali, nelle quali dovrebbe anche risolversi la tensione tra i diversi orientamenti delle corti sovrannazionali (SUPIOT, 2016).

In conclusione, basta tutto questo per dire che il diritto antidiscriminatorio europeo continua a restare una stella polare della tutela antidiscriminatoria? La risposta è: sì. Ma va aggiunto che la stella polare brilla in mezzo ad altre costellazioni. La Corte di giustizia avrebbe potuto e potrebbe poco se non ci fossero stati i giudici nazionali a interrogarla, talvolta ad anticipare le sue pronunce, sempre o quasi sempre dovremmo dire ad adeguarvisi, dando così corpo a quell'idea dell'unità nel progresso che costituisce il volto migliore, quello più umano, dell'Unione europea. E se, a loro volta, non ci fossero stati singoli e associazioni abbastanza determinati a far valere le proprie ragioni da rivolgersi all'una e agli altri. Le vittime e la loro azione contano quando i giudici nel fare avanzare la giustizia.

Bibliografia.

ALESSI 2017, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile,* O. BONARDI (a cura di), Roma, 2017; ALESSI, *Le azioni positive*, in *La tutela*

antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 501 ss.; AMATO, BARBERA M., CALAFÀ, *Codificazioni mancate: riflessioni critiche sul codice delle pari opportunità*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, BARBERA M. (a cura di), Milano, 2007, 227 ss.; BALLESTRERO, *Ancora sui "rider". La cecità discriminatoria della piattaforma*, in *Labor* 2021, 1, 104 ss.; BARBERA M., *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991; BARBERA M., *La sfida dell'eguaglianza,* RGL. 2000, 245 ss.; BARBERA M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale,* Milano, 2007; BARBERA M., *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in RGL 2021, I, 139; BARBERA M., *Il cavallo e l'asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, BONARDI (a cura di), Roma, 2017, 17 ss.; BARBERA M., *Discriminazioni algoritmiche e forme di discriminazione*, in Labour & Law Issues 2021, vol. 7, n. 1, I-1 ss.; BARBERA M., GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019; BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, 2020; BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, BARBERA M. (a cura di), Milano, 2007, 138 ss.; BONARDI, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile,* Roma, 2017; BONO, *Disabilità e licenziamento discriminatorio per superamento del periodo di comporto*, https://www.italianequalitynetwork.it/disabilita-e-licenziamento-discriminatorio-per-superamento-del-periodo-di-comporto/, 2022; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *Labour & Law Issues* 2021, vol. 7, n. 1, I-21ss.; BRONZINI, *Verso la fine dell'italica discriminazione dei migranti lavoratori regolari dall'accesso alle prestazioni familiari? La Corte di giustizia stigmatizza la legislazione italiana*, in *Lavoro Diritti Europa,* n. 4/2021; CALAFÀ, *Il dito, la luna e altri fraintendimenti in materia di parità tra donne e uomini*, https://www.italianequalitynetwork.it/il-dito-la-luna-e-altri-fraintendimenti-in-materia-di-parita-tra-donne-e-uomini/, 2022; CURCIO, *Lavoratrici madri e discriminazione per genitorialità in caso di modifiche di orario lavorativo: la cura dei figli riguarda ancora soprattutto le donne...*, in QG, 2022; DE LUCA TAMAJO, *Prefazione* a SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzativa*, Torino, 1997; FARKAS, *Segregation of Roma children in education. Addressing structural discrimination through the Race Equality Directive,* Lussemburgo, 2007; FAVILLI, *Commento all'art. 21*, in *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), Milano, 2017; FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in Federalismi, 2019, n. 10, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38645; FREDMAN, *Discrimination Law,* Oxford, 2011; GAETA (a cura di), *La famiglia nel prisma giuslavoristico: valori, rapporti, tutele*, Napoli, 2022; GOTTARDI, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, in GDLRI, 2003, 447 ss.; GUARISO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, Milano; GUARISO, *Assegno unico universale e nuova Legge europea: novità e contraddizioni*, https://www.italianequalitynetwork.it/assegno-unico-universale-e-nuova-legge-europea-novita-e-contraddizioni/, 2022; GUARISO, MILITELLO., *La tutela giurisdizionale,* in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 445 ss.; GUARISO, *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali e ai servizi*, ASGI, 2021; *Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention*, 2021; *In direzione ostinata e contraria. Alcune domande obbligate sul diritto del lavoro a una Signora del secolo scorso. Intervista di Vincenzo Antonio Poso*

a Maria Vittoria Ballestrero, in Lavoro Diritti Europa, 2021, 1, 1 ss.; ILO, *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 2018, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_632659.pdf; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005; MAZZOTTA, *La resistibile ascesa della parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, in FI, 1990, 2887; MCCOLGAN, *Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace*, Industrial Law Journal, 2009, 23 ss.; MERCAT BRUNS, OPPENHEIMER, SARTORIUS (a cura di), *Comparative Perspectives on the Enforcement and Effectiveness of Antidiscrimination Law,* Cham, 2018; MILITELLO, STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, BARBERA M., GUARISO (a cura di), Torino, 2019, 85 ss.; NUSSBAUM, *Women and Human Development*, Cambridge, 2000; OPPENHEIMER, FOSTER, HAN (A CURA DI), *Comparative Equality and Anti-discrimination Law*, New Yprk, 2012; PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in Labour & Law Issues, 2021, vol. 7, n. 1, I-50 ss.; PICCONE, *Vulnerabilità del singolo e universalità dei diritti: un nuovo corso per la nomofilachia*?, in *QG*, 2021; PROTOPAPA, *I casi Achbita e Bougnaoui. Il velo islamico tra divieto di discriminazione, libertà religiosa ed esigenze dell'impresa*, ADL, 2017, 1079 ss.; PROTOPAPA, *Uso strategico del diritto e azione sindacale*, Bologna, 2021; RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporto di lavoro,* Padova, 2017; REICH, *The Impact of the Non-discrimination Principle on Private Autonomy*, in *The Involvement of EU Law in Private Relationships*, LECZYKIEWICZ, WEATHERILL (a cura di), Oxford 2013; RIZZI, *L'algoritmo Frank: un caso di discriminazione ipotetica?*, in Labour Law Community, 2021, https://www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/lalgoritmo-frank-un-caso-di-discriminazione-ipotetica/; RIZZI, *Ancora sulla doppia pregiudizialità. I diritti dimenticati nel dialogo tra le Corti, tra resistenze e deresponsabilizzazioni nell'attuazione del diritto dell'Unione*, in QG, 2021; RIZZI, *Il caso N.H. I rimedi del diritto agli atti linguistici di discriminazione e la libertà di fare cose con le parole*, in RGL, 2020, 4, II, 575 ss.; ROMAGNOLI, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro,* in GDRLI, 1994, 545 ss.; ROSSI, *Framing the Principle of Non-Discrimination on Grounds of Nationality. Art. 18(1) TFEU in the ECJ case law*, in DUE, 2020, 237 ss.; SANDEL, *La tirannia del merito*, Milano, 2021; SARMIENTO, *The Consob way – or how the Corte costituzionale taught Europe (once again) a masterclass in Constitutional dispute settlement*, in EU LAW LIVE, 2021, n. 54, 1 ss., https://issuu.com/eulawlive/docs/weekend_edition_54; SCHIAVONE, *Eguaglianza*, Torino, 2019; SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in Federalismi.it, 2021, https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=44831&dpath=document&dfile=27012021105016.pdf&content=Lenti%2Bbifocali%2Be%2Bparole%2Bcomuni%3A%2Bantidoti%2Ball%E2%80%99accentramento%2Bnel%2Bgiudizio%2Bdi%2Bcostituzionalit%C3%A0%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B; SEN, *Development as Freedom,* New York, 1999; SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d'accordo e il "margine di apprezzamento" non aiuta a chiarire le cose*, in Diritti comparati, https://www.dirittocomparati.it/eweida-and-others-v-the-united-kingdom-ovvero-quando-fede-e-lavoro-non-vanno-daccordo-e-il-margine-d/, 2013; SUPIOT (a cura di), *Les gardiens des droits sociaux en Europe*, in Semaine sociale Lamy, 2016, n. 1746; TARQUINI, *Discriminazione diretta per orientamento sessuale e organizzazioni di tendenza (nota a Corte d'appello di Trento, 23 febbraio 2017*), in QG, 2018; TARQUINI, *La doppia pregiudizialità alla prova dell'effettività della tutela: riflessioni di una giudice di merito a margine del caso ANF*, in QG, 2021; TARQUINI, *Obblighi di cura e organizzazione del lavoro: alcune osservazioni alla luce della l. 162/2021*, in *Labor,* 2022, 1, 129

ss.; TREU, *Condotta antisindacali e atti discriminatori,* Milano, 1974; VARI , *L'affermazione del principio dell'eguaglianza nei rapporti fra i privati. Profili costituzionali*, Torino, 2017; XENIDIS, *Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law: Towards Redressing Complex Inequaliries?*, in *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender,* BELAVUSAU, HENRARD (eds.), Oxford-Portland, 2019.

Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze*

Luigi de Angelis

1. Ancora una riforma del processo civile. 145
2. Il tramonto del c.d. rito Fornero sulle controversie in tema di licenziamenti. 145
3. Le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro. 147
4. Le controversie sulle discriminazioni. 147
5. La corsia preferenziale. 148
6. Le sofferte vicende interpretative delle controversie sui licenziamenti nelle cooperative. 149
7. La nuova disciplina di delega in quest' ultima materia. 151

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 452/2022

1. Ancora una riforma del processo civile.

Affidato, ora, ad una legge di delegazione, con poche disposizioni, che qui non interessano, non bisognose di decreti attuativi il tormento del processo continua, spinto dall'idea che alla sua inefficienza possa ovviarsi attraverso la modifica delle regole processuali; un' idea ora accompagnata, però, come fu per la prima volta con la legge n. 533 del 1973[327], da una diversa misura organizzativa, l'ufficio per il processo, che ci si può permettere, così sottraendosi alla mannaia delle riforme a costo zero, per le risorse date dall'ormai famosissimo PNRR[328]. Nel frattempo, le misure dettate dalla legislazione della pandemia, pur lontane dai principi chiovendiani immanenti alla legge n. 533, hanno assicurato la salvezza – direi la sopravvivenza - del processo e pertanto sono tra le modifiche che personalmente apprezzo pur a bocca amara, e non condivido affatto l'*obiter dictum* contenuto in Cass. ord. 10 novembre 2021, n. 33175, che, in una controversia in materia di separazione tra coniugi, si badi bene, ha affermato l'incompatibilità del c.d. rito cartolare con il processo del lavoro, e ciò con ordinanza della sezione VI!

Per il resto, continuo a ritenere[329] che le regole processuali dovrebbero essere lasciate in pace (la frenesia legislativa soprattutto dell'ultimo decennio mi ha fatto maturare l'idea che l'immobilismo in certi periodi, persino in quelli tumultuosamente in movimento come gli attuali, non sia poi così male); che l'efficienza del processo dipenda da altro[330]; che del resto l'efficienza *di per sé* non sia un valore, ma lo sia, e di cruciale importanza malamente trascurata per tanto tempo dal sistema giudiziario, solo se finalizzata all'effettività dei diritti o ad altri valori e non alle sole ragioni, pure degne di considerazione, di tipo economicistico. Ragioni che hanno in prevalenza animato gli interventi normativi processuali (e non solo) del corrente secolo, per quel che riguarda le controversie di lavoro specie in materia di licenziamenti, e che, assorbite a volte burocraticamente, non hanno risparmiato la conduzione del processo da parte di giudici del lavoro.

Faccio poi ricorso all'ottimismo della volontà per credere nelle virtù salvifiche dell'istituto dell'ufficio per il processo, che peraltro al nord del paese sta trovando grandi difficoltà nel reclutamento degli addetti.

2. Il tramonto del c.d. rito Fornero sulle controversie in tema di licenziamenti.

Questo non significa che, come i più, non apprezzi che si voglia porre fine al famoso – direi famigerato stante la miriade di problemi complicati e delicati che ha posto e pone – *rito Fornero*

---

[327] Cfr. V. DENTI, *La giustizia civile Lezioni introduttive*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 45.

[328] Su cui cfr. A. DI FLORIO, *L'Ufficio per il processo*, in AA. VV., *La riforma della giustizia civile Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, Cacucci, p. 121 ss.

[329] Cfr., se vuoi, l. de ANGELIS, *Sguardo su effettività dei diritti e deflazione delle controversie di lavoro*, in *Labor*, 2016, p. 85 ss., spec. 93; ID., *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in AA. VV., *Risistemare il diritto del lavoro* Liber amicorum *Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. CORAZZA, L. NOGLER, Milano, 2012, p. 906 ss.

[330] Cfr. Aut. ult. cit., *La motivazione della sentenza (di lavoro): una vita complicata,* in AA. VV., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. DALFINO, RomaTre press, Roma, 2016, p. 203 ss., anche in *VTDL*, 2016, p. 785 ss.; da ult. P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *RTDPC*, 2022, p. 46.

(art. 1, commi 47 ss., l. n. 92/2012) il cui ambito di applicazione il decreto legislativo n. 23 del 2015 ha ridimensionato dando però vita ad una delle stravaganze processuali (se non vogliamo chiamarle ingiustizie, o come detto con maggiore eleganza nella relazione finale dei lavori della commissione Luiso istituita con d.m. 21 marzo 2021 presso il Ministero della giustizia[331], "di dubbia compatibilità con il principio di ragionevolezza") più clamorose, quella di distinguere le regole in ragione della data di origine dei rapporti di lavoro (lo spartiacque del 7 marzo 2015). Un rito che sembrava moribondo nel 2016 quando fu approvato alla camera il disegno di legge delega n. 2953, approdato in senato con il n. 2284, che ne prevedeva la immediata abrogazione ma che è poi rimasto lettera morta a seguito delle successive vicende politiche.

Ora, lo accennavo, vi è una legge (26 novembre 2021, n. 206) che tocca anche qualche aspetto[332] delle controversie di lavoro cui però si aggiungono le regole del processo civile ordinario ove non derogate da quelle speciali del processo del lavoro, che, come è noto, non è autosufficiente; in particolare tocca le norme delle controversie in materia di licenziamenti (art. 1, comma 11)[333]. Si tratta di modifiche ispirate ai lavori della Commissione Luiso e al disegno n. 2284 cit., e che, a differenza di quanto previsto dal citato disegno di legge, vanno riempite di contenuti dai decreti delegati nel rispetto dei principi e criteri direttivi dalla legge stessa fissati e i quali pertanto avranno rilievo decisivo.

Si deve ritenere delegato l'abbandono del rito Fornero. Il testo, in parziale conformità a quello licenziato dalla Commissione Luiso, dice di unificazione e coordinamento della disciplina dei procedimenti d' impugnazione dei licenziamenti (per il vero il testo della predetta Commissione faceva riferimento alla sola unificazione[334]) e non di abrogazione, quest' ultima contemplata invece espressamente dalla Commissione[335] e dal disegno di legge n. 2284. Ciò sembrerebbe poter comportare anche la permanenza del solo rito Fornero esteso ai licenziamenti in regime di c.d. tutele crescenti. Ma da quanto previsto alla lettera c) del citato comma 11 per le azioni di nullità dei licenziamenti discriminatori, in cui si fa riferimento alla possibilità di *ricorso* ex *art. 414 c.p.c.* e alle azioni speciali in materia di discriminazioni, si comprende che l'unificazione debba avvenire a danno del rito del 2012[336], come è del resto la storia della delegata modifica: sarebbe quindi contraria alla delega una norma di segno differente.

Sempre nella delega è previsto debba esserci una disciplina transitoria, la quale è invece mancata nella legge Fornero e nel decreto legislativo n. 23/2015. Disciplina che opportunamente non è quindi lasciata ai principi generali i quali non sono di generale condivisione (si pensi al principio

---

331 Cfr. Ministero della giustizia Ufficio legislativo, *Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi* presieduta, da F.P. Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, in *www.giustizia.it*, § 2, p. 98.

332 Si è prevista l'estensione della negoziazione assistita alle controversie individuali di lavoro e una disciplina delle controversie sui licenziamenti.

333 Cfr. A. D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, in AA. VV., *La riforma della giustizia civile*, cit., p. 209 ss.

334 Cfr. art. 7, comma 1, lett. C): "*prevedere l'unificazione dei procedimenti di impugnazione dei licenziamenti, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi…".*

335Art. 7, comma 1, lett. C, n. 1:)"*stabilire l'applicabilità della disciplina vigente a tutte le impugnazioni successive alla data di entrata in vigore del decreto legislativo medesimo, con conseguente superamento dell'applicazione della disciplina di cui all'articolo 1, commi da 47 a 66, della legge 28 giugno 2012, n. 92".*

336 Conf. A. D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, cit., p. 210.

tempus regit actum, messo in discussione soprattutto da Remo Caponi[337] a favore del principio *tempus regit processum* il quale ultimo ha avuto ingresso anche in una pronuncia della corte costituzionale[338] e che pare accolto nel progetto Luiso[339]). È poi auspicabile che le regole transitorie siano abbastanza puntuali da assicurare una ragionevole certezza.

3. Le questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.

L'unificazione ed il coordinamento deve comprendere, come previsto nella legge, i casi in cui vadano risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto. Una analoga dizione era contenuta nella legge n. 92 del 2012 ed il significato andava inteso, come ha ritenuto condivisibilmente la corte di cassazione, quale formula esplicativa della "volontà del legislatore di non precluderne l'utilizzo per barriere imposte dall'apparenza della forma"[340]: Non ha quindi giustamente trovato conforto la formalistica giurisprudenza espressa ad esempio da Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012[341]secondo cui il ricorso proposto con le forme di cui all'art. 1, comma 48, l. n. 92/2012, avente ad oggetto la reintegrazione presso un datore di lavoro diverso da quello che formalmente risulta essere il datore di lavoro del ricorrente, va dichiarato inammissibile in quanto richiede un accertamento estraneo all'ambito di applicazione del nuovo rito speciale. Qui la direttiva per il legislatore delegato potrebbe apparire superflua se si considera il solo rito *ex lege* n. 533/1973 posto che quest' ultima sarebbe in ogni caso applicabile; non lo è però se si considerano i riti speciali per le discriminazioni cui pure la legge dedica attenzione con lo stabilire, in conformità al d.l. n. 2284 (art. 2, comma 5) e ai lavori della Commissione Luiso (art. 7 comma 5), il criterio *electa una via altera non data* e cioè precludendo la proposizione della stessa controversia con rito diverso così evitando il sorgere di problemi che si erano posti con la legge n. 92.

4. Le controversie sulle discriminazioni.

A proposito delle controversie in tema di discriminazioni è opportuno fare alcune osservazioni:

A) La natura sostanziale dell'alleggerimento dell'onere della prova per le (sole) discriminazioni nominate – si rammenta che non a caso la disciplina generale sull'onere della prova è contenuta nel codice civile (art. 2697), che ammette anche la stipulazione di patti diretti a

---

[337] Cfr. R. CAPONI, Tempus regit processum- *Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *RDP*, 2006, p. 449 ss., e in altri lavori.

[338] Cfr. Corte cost. 30 gennaio 2018, n. n. 13, in *FI*, 2018, I, c. 707, per la quale *È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 829,comma 3, c.p.c., come sostituito dall'art. 24 d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, in combinato disposto con l'art. 27, comma 4, stesso d.lgs., nella parte in cui prevede, secondo il "diritto vivente", che la preclusione alla sindacabilità del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto relative al merito in assenza di espressa previsione delle parti o della legge si applica ai procedimenti nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, con esclusione di quelli azionati in forza di convenzioni di arbitrato stipulate prima della riforma, in riferimento agli art. 3 e 41 cost*.

[339] V. *supra*, nota 5.

[340] Cfr. Cass. n. 8 settembre 2016, n. 17775, in *ADL*, 2016, p.1199, con nota di A. DE GIUDICI, *Codatorialità e licenziamento: riflessioni a margine di alcune recenti sentenze*.

[341]In *FI*, 2013, I, c. 674, con nota di S. CALVIGIONI,

modificarlo[342] e nella cui relazione, al n. 6, 5° capoverso, si legge di "norme apparentemente processuali"[343] – induce a ritenere che tale misura operi anche quando il rito utilizzato sia stato altro[344]. Non vi è del resto ragione per legare al tipo di procedimento una misura la cui logica è piuttosto correlata dal diritto dell'Unione europea alle posizioni giuridiche tutelate (v. art. 8 direttiva 2000/43, art. 10 direttiva quadro 2000/78; altresì Corte giust. CE, 27 ottobre 1993, n. 127/92; 17 ottobre 1989, n. 109/88)[345].

Mi sento poi di dire che lo stesso è per quel che riguarda la peculiare sanzione risarcitoria prevista dall'art. 28, comma 5, d.lgs. n. 150/2011 e dall'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 198/2006, nonostante le sedi che la contemplano e pur se gli enunciati normativi facciano riferimento all'ordinanza e, rispettivamente, al decreto. Infatti, se la sanzione è la risposta dell'ordinamento ad un comportamento illegittimo, ciò deve prescindere dal mezzo che tale comportamento accerta. Quanto alla forma del provvedimento che deve infliggerla, si dice di ordinanza perché è appunto l'ordinanza che definisce in primo grado il procedimento e che è poi appellabile (e il giudice d' appello decide con sentenza che ovviamente potrà contenere la statuizione risarcitoria e che per questo fa capire lo scarso valore del dato formale). E si dice di decreto perché il d.lgs. n. 198 cit. considera la sanzione già nella fase sommaria; sanzione che però può essere inflitta anche nella fase d' opposizione e in grado d' appello, che si chiudono entrambe con sentenza. Non si deve d' altronde dimenticare che anche in questo caso il diritto eurounitario[346] prescinda dalla forma processuale con la quale la tutela viene assicurata al soggetto danneggiato. Forse un discorso analogo può essere fatto anche circa alcune misure processuali quali l'ordine di pubblicazione, che, ad esempio, pure previsto dallo Statuto dei lavoratori per le controversie di repressione della condotta antisindacale, può essere inflitto dal giudice che decide l'eventuale opposizione.

B) Certamente non sono comprese nella delega l'azione collettiva contro le discriminazioni e l'art. 28 Statuto, cui la legge non fa riferimento alcuno.

5. La corsia preferenziale.

Scarna è l'indicazione di quella che nel gergo si definisce "corsia preferenziale", affidata alla formula "abbia carattere prioritario" sulla falsariga delle indicazioni della Commissione Luiso. La

---

[342] In punto si fanno proprie le considerazioni di S. PATTI, *Prove Disposizioni generali,* in *Commentario al codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna, Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, p. 46 ss., spec. 48-49. A tale contributo, sempre p. 46 ss., si rinvia per efficace sintesi del tradizionale dibattito in argomento, "in verità sopito negli ultimi anni", come *ivi* evidenziato.

[343] Al riguardo cfr. già L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, XIX, 1, Torino, Utet, 1985, p. 169.

[344] Conf. F. DE MICHIEL, *Questioni sull'onere della prova nel diritto del lavoro*, Milano, Wolters Kluwer- Padova, Cedam, 2019, p. 177 ss., anche nota 53 per richiami giurisprudenziali conformi; M. PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Torino, Giappichelli, p. 137; D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *RGL*, 2016, I, p. 879; L. de ANGELIS, *Il giudizio*, in AA. VV., *Jobs Act Il contratto a tutele crescenti,* a cura di M. T. CARINCI e A. TURSI, Torino, Giappichelli, 2015, p. 252; E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano, Giuffré, 2015, p. 33; P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi «funzionali» alla luce dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *DLRI*, 2014, p. 346 ss.; *contra*, F. CARINCI, *Ripensando il nuovo articolo 18*, in *DRI*, 2013, p. 318 ss.; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in AA. VV., *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, Cedam, Padova, 2013, p. 98 ss.; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in AA. VV., *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, Milano, Giuffré, 2012, p. 313 ss.

[345] Rispettivamente in *MGL*, 1994, p. 363, con nota di R. FOGLIA, *Ancora in tema di parità uomo-donna: la corte di giustizia affila le armi contro le discriminazioni sessuali*, e in *DL*, 1990, II, p. 286, con nota sempre di R. FOGLIA, *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della corte di giustizia-Cee*.

[346] Cfr. i riferimenti normativi in E. TARQUINI, *Le discriminazioni sul lavoro*, cit., p. 42, anche nota 30.

corsia preferenziale è qui riservata alle cause di licenziamento in cui sia proposta domanda di reintegrazione e non a quelle di cui all'art. 18 st. lav. come diceva invece la legge Fornero la quale così creava ingiustificate disparità di trattamento tra cause volte tutte a far ottenere somme di denaro sulla base dell'entità delle stesse. Continuo però ancora a non convincermi, anche alla stregua dell'odierna formula, che lo svantaggiato sul piano sostanziale debba esserlo anche sul piano processuale.

La formula, dicevo, è scarna; lo era meno quella prevista dalla l. n. 92, dalla Commissione Luiso e dal disegno di legge n. 2284. Una disciplina più dettagliata potrà esserci - e lo si auspica - nei decreti delegati, magari anche con riguardo alle conseguenze e alle responsabilità della eventuale violazione.

6. Le sofferte vicende interpretative delle controversie sui licenziamenti nelle cooperative.

A parte quanto detto circa l'abrogazione del rito speciale, l'aspetto di maggiore rilievo della riforma delegante sembra riguardare le controversie sui licenziamenti nelle cooperative; tema, questo, che ha tormentato gli interpreti[347] a seguito della modifica della l. n. 142/2001 da parte della l. n. 30/2003 che ha aperto crepe nell'idea di fondo della l. 142: la duplicità di rapporto societario e rapporto di lavoro ("ulteriore e distinto") con le relative conseguenze sul piano processuale e sostanziale[348]. In particolare, la l. n. 142 superava la tesi unitaria delle sezioni unite della corte di cassazione che conduceva ad affermare che qualora in una cooperativa di produzione e lavoro l'attività svolta dal socio si traducesse in prestazioni volte a consentire alla cooperativa il raggiungimento dei suoi fini istituzionali con esclusione di ogni concomitante prestazione del socio in favore della società esorbitante dall'oggetto sociale, i rapporti fra le parti trovassero fondamento nel contratto di società e solo in esso, dovendosi escludere la sussistenza non solo di un rapporto di lavoro subordinato ma anche di parasubordinazione (art. 409 c.p.c.) pure questa implicando un rapporto tra due centri di interessi distinti; con la conseguenza, che in particolare interessa in questa sede, che le controversie insorte tra società e socio non rientrassero nella competenza dell'allora pretore in funzione di giudice del lavoro salvo che si deducesse l'esistenza non pretestuosa di rapporto di lavoro subordinato[349]. Tesi poi, quasi dieci anni dopo sempre le sezioni unite, ferma la affermazione dell'unicità del rapporto cooperativo e della sua natura associativa, lo avevano equiparato ai fini della competenza del pretore alle controversie di cui all'art.

---

[347] Cfr., di recente, L. de ANGELIS, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore e la corte di cassazione: brevi riflessioni critiche*, in *WP CSDLE M. D' Antona*, 2020, n. 409, p. 1 ss., ed *ivi* riferimenti in nota, anche in corso di pubblicazione in un volume in onore di O. Mazzotta.

[348] Il testo originario dell'art. 5, comma 2, l. n. 142 cit. prevedeva che "Le controversie relative ai rapporti di lavoro in qualsiasi forma di cui al comma 3 dell'articolo 1 rientrano nella competenza funzionale del giudice del lavoro; per il procedimento, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile. In caso di controversie sui rapporti di lavoro tra i soci lavoratori e le cooperative, si applicano le procedure di conciliazione e arbitrato irrituale previste dai decreti legislativi 31 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni, e 29 ottobre 1998, n. 387. Restano di competenza del giudice civile ordinario le controversie tra soci e cooperative inerenti al rapporto associativo". E l'art. 2 della legge stessa stabiliva che "Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo.". Siffatta esclusione costituiva l'unica, comprensibile deroga alla distinzione dei due rapporti.

[349] Cass. s.u. 28 dicembre 1989, n, 5813, in *GC*, 1990, I, p. 1537, con nota di F. FERRONI, A*ccertamento ed interpretazione delle prestazioni di lavoro, nelle società cooperative*.

409 n. 3 in considerazione della progressiva estensione ad esso di istituti e discipline propri del lavoro subordinato[350].

La l. n. 30 cit. ha aperto, si è accennato, crepe nel tessuto normativo del 2001[351] sia sul fronte sostanziale che su quello processuale, eliminando dal testo l'aggettivo "distinto" e utilizzando, nell'attribuire la competenza al tribunale ordinario (nel frattempo le preture erano state soppresse), una formula - le cause inerenti la prestazione mutualistica - che ha dato luogo a forti tensioni interpretative che si sono successivamente accentuate a seguito del d.l. n. 1 del 2012, convertito nella della l. n. 27 del 2012, che, dopo la breve vita del c.d. rito societario[352], ha stabilito, all'art. 3, comma 2, lett. *a*), la competenza delle sezioni specializzate per l'impresa (c.d. tribunale delle imprese[353]) "*per le cause e i procedimenti: a) relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario ...*". Inoltre, il comma 3 ha stabilito che "*Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2*". Il testo della disposizione pare *onnicomprensivo* nell'attribuire al tribunale delle imprese le cause e i procedimenti connessi alle cause e procedimenti societari relativi all'estinzione dei rapporti, e quindi anche quelli di cui all'art. 409 c.p.c. La corte di cassazione, però, non senza critiche da una parte della dottrina, si è pronunziata a favore della competenza del giudice del lavoro in caso di risoluzione del rapporto associativo e conseguente risoluzione del rapporto di lavoro[354]. Ciò sulla base dell'argomento per cui il principio della forza di attrazione del rito del lavoro, di cui all'art. 40, comma 3, c.p.c., costituisce regola alla quale deve riconoscersi carattere generale e

---

[350]Cass. s.u. 30 ottobre 1998, n. 10906, in *GC*, 1999, I, p. 62.

[351] Art. 9, comma 1: "Alla legge 3 aprile 2001, n. 142, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) all'articolo 1, comma 3, primo periodo, le parole: "e distinto" sono soppresse……
d) all'articolo 5, il comma 2 è sostituito dal seguente:
2. Il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto delle previsioni statutarie e in conformità con gli articoli 2526 e 2527 del codice civile. Le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario."

[352]L'art. 1 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, disciplinante le controversie soggette al rito societario, con un disposto tranciante optava incontestabilmente a favore della competenza del giudice ordinario ("Si osservano le disposizioni del presente decreto legislativo in tutte le controversie, incluse quelle connesse a norma degli articoli 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile…"). Tale disposizione non fu presa in considerazione da Cass. ord. 18 gennaio 2005, n. 850, in *FI*, 2006, I, c. 872, con nota di richiami, che ritenne devoluta alla competenza del giudice del lavoro ed al relativo rito la controversia inerente la delibera societaria di esclusione e contestuale risoluzione del rapporto di lavoro del socio di cooperativa, sul rilievo del carattere di norma generale dell'art. 40, comma 3, c.p.c. e della lettera e *ratio* dell'eccezione contenuta nell'art. 9 cit. e della conseguente stretta interpretazione di quest' ultima, da intendersi limitata alle controversie relative alle prestazioni mutualistiche, "cioè quelle prestazioni che - per eliminare l'intento speculativo delle società capitalistiche - si traducono in prestazioni che la società assicura ai suoi soci in termini più vantaggiosi rispetto ai terzi". Non la ignorò, invece, Cass. ord. 6 dicembre 2010, n. 24692, in *RIDL*, 2011, II, p. 1206, con nota di M. VINCIERI, *Sulla dibattuta questione dell'applicabilità del rito ordinario alle controversie tra soci lavoratori e cooperative*, che si pronunziò per la competenza del giudice ordinario appunto in forza dell'art. 1 l. n. 5/2003.
Per mancanza di delega in punto la norma di cui al citato art. 1 d.lgs. n. 5/2003 venne travolta nel 2008 dalla corte costituzionale (Corte cost. 28 marzo 2008, n. 71, in *FI*, 2008, I, c. 1361, con nota di D. DALFINO, *L'(automatica) prevalenza del rito societario è incostituzionale: fine di un primato e ritorno (per il lavoratore) alle garanzie*) nella parte riguardante la connessione delle cause societarie con quelle di cui all'art. 409 c.p.c.; poco dopo, la l. 18 giugno 2009, n. 69 eliminò dall'ordinamento lo stesso rito societario (art. 54, comma 5).

[353] Che giudica con rito ordinario e a composizione collegiale e che è operativo dal 21 settembre 2012.

[354] Cass. 21 novembre 2014, n. 24917, in *LG*, 2015, p. 243, con nota di L. A. COSATTINI, *Esclusione e concorrente licenziamento del socio di cooperativa: per la cassazione la competenza spetta al tribunale in funzione di giudice del lavoro*; Cass. 17 maggio 2017, n. 12460, in *MFI*, 2017, c. 437, e altre successive.

preminente, per gli interessi di rilevanza costituzionale che la norma processuale è preordinata a garantire[355]. Un argomento, questo, che offre però il fianco non tanto alla classica obiezione per cui la norma speciale deroga alla generale, quanto al rilievo per il quale nella materia processuale il legislatore incontra, per costante giurisprudenza costituzionale, il solo limite della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà[356], che però qui non sussistono posto che la regola processuale è anzi coerente espressione della opzione legislativa della preferenza accordata al rapporto associativo su quello di lavoro. E siffatta opzione potrebbe forse essere ritenuta inopportuna specie con riguardo all'aspetto della competenza territoriale, ma, in quanto solo inopportuna, rientrante nell'area dell'attività insindacabile del potere legislativo, non certo irragionevole. A tale argomento se ne aggiungerebbe altro, quello dell'inesatto richiamo all'art. 40, comma 3, c.p.c., se si aderisse all'indirizzo, contraddetto però dalle sezioni unite che hanno ritenuto di ravvisare anche uno spunto di conforto in Corte cost. 14 dicembre 2004, n. 386[357], per cui quella del c.d. tribunale delle imprese è vera e propria competenza[358].

Le sezioni unite sono intervenute anche sul delicato profilo sostanziale relativo ai rapporti tra esclusione e licenziamento del socio affermando che *ove per le medesime ragioni afferenti al rapporto lavorativo siano stati contestualmente emanati la delibera di esclusione ed il licenziamento, l'omessa impugnativa della delibera non preclude la tutela risarcitoria contemplata dall'art. 8 l. n. 604 del 1966, mentre esclude quella restitutoria della qualità di lavoratore*[359]. Si è quindi adottata una soluzione di compromesso, a mio avviso non convincente, tra la soluzione che ritiene in tal caso preclusa ogni azione del lavoratore e quella per cui addirittura può essere riconosciuta la tutela dell'art. 18 l. n. 300 cit.[360]

7. La nuova disciplina di delega in quest' ultima materia.

Sugli aspetti sostanziali la delega della l. n. 206 cit. ha taciuto e forse sarebbe stata invece opportuna qualche parola.

---

[355] *Contra*, V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, *VTDL*, 2017, p. 330 ss., per il quale sarebbe stato più corretto sollevare questione di costituzionalità. Per la competenza del giudice del lavoro anche nel caso s' impugni la sola esclusione cfr. R. RIVERSO, *La competenza in materia di socio lavoratore tra delibera di esclusione e licenziamento*, *in RIDL*, 2015, II, p. 603 ss.; *contra*, giustamente, D. DALFINO, *Rimedi e tutele in favore del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, in AA. VV., *Vivere il diritto. Scritti in onore di Carlo Maria Barone*, a cura di A. BARONE e R. PARDOLESI, Roma-Piacenza, Il Foro italiano-La Tribuna, 2020, p. 113.

[356] Tra le tante Corte cost. ord. 28 dicembre 2006, n. 460, in *RIDL*, 2007, II, p. 540, con nota di L. IMBERTI, *Disciplina processuale per le controversie tra socio lavoratore e cooperativa: la corte costituzionale non prende posizione e il problema rimane aperto*, in materia di lavoro cooperativo; Corte cost. 2 aprile 1992, n. 155, in *NGL*, 1992, p. 342.

[357] In *FI*, 2005, I, c. 657, con nota di G. CASABURI, *Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale: la corte costituzionale risolve il "caso" Cagliari*.

[358] Cass. s.u. 23 luglio 2019, n. 19882, in *FI*, 2019, I, c. 3553, con nota di P. FARINA, *Sui rapporti tra sezioni specializzate e ordinarie dello stesso ufficio giudiziario: la soluzione delle sezioni unite*. Cass. ord. 30 gennaio 2019, n. 2723, in *FI*, 2019, I, c. 1220, con nota di richiami, aveva rilevato contrasto di pronunce di legittimità in punto e rimesso la questione al primo presidente per l'assegnazione alle sezioni unite.

[359] Cass. s.u. 20 novembre 2017, n. 27436, in *FI*, 2018, I, c. 3677, con nota di D. DALFINO, *In tema di rimedi e tutele processuali del socio lavoratore di cooperativa escluso e licenziato*, e altre pronunce successive tra cui, da ult., Cass. 16 novembre 2021, n. 34721, in *FI*, 2022, I, c. 619, con nota di richiami.

[360] Su tali aspetti e sui relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici cfr. L. de ANGELIS, *L'esclusione ed il licenziamento del socio lavoratore*, cit., 2020, p. 9.

La legge è invece intervenuta sul piano processuale disponendo, all'art. 1, comma 11, lett. b), che "*le azioni d' impugnazione dei licenziamenti dei soci delle cooperative, anche ove consegua la cessazione del rapporto associativo, siano introdotte con ricorso ai sensi degli articoli 409 e seguenti del codice di procedura civile*". L' enunciato, che all'apparenza sembra disciplinare il solo rito, prevede invece anche la competenza del tribunale in funzione del giudice del lavoro – è cioè esclusa la competenza del giudice di pace – posto che tra le disposizioni seguenti al richiamato art. 409 vi è l'art. 413, che, dopo la modifica introdotta dall'art. 82 d.lgs. n. 51/1998, dispone che le controversie di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie vadano trattate dal tribunale con le peculiari regole anche di competenza territoriale. *In parte qua*, pertanto, ma solo *in parte qua*, deve intendersi circoscritta la delega, la quale per il resto non consente di intervenire sull'art. 9 d.l. n. 30 cit.: resterà, allora che "le controversie tra socio e cooperativa relative alla prestazione mutualistica sono di competenza del tribunale ordinario", con tutte le incertezze che hanno travagliato gli interpreti[361]. Può invece, forse, con la generosità con cui la corte costituzionale valuta l'eccesso di delega, sostituirsi nel testo in sede attuativa l'articolo "la" con la preposizione "alla", posto che "alla cessazione del rapporto di lavoro non 'consegue' la cessazione di quello associativo, poiché, infatti, può avvenire solo l'esatto contrario"[362].

Laddove, inoltre, sia impugnata la sola delibera d' esclusione del socio lavoratore anche se la stessa contenga il licenziamento non vi è ragione per cui la cognizione della controversia non appartenga al tribunale delle imprese, stante l'art. 9 cit, che, lo si ripete, è in parte tuttora in vita[363]. C' è comunque da chiedersi se non sia il caso di specificarlo in sede attuativa.

In definitiva, l'auspicio è che anche il processo dei licenziamenti abbia a trovare pace.

---

[361] Cfr., ad es., per divergenti opinioni, P. POZZAGLIA, *Questioni sostanziali e processuali in tema di esclusione del socio di cooperativa*, in *MGL*, 2019, p. 352;V. MAIO, *Di alcuni profili processuali problematici (e connessi risvolti sostanziali) del lavoro nelle società cooperative*, in *VTDL*, 2017, p. 330 ss.

[362] Così testualmente D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice per le controversie in materia di licenziamento ed esclusione del socio lavoratore di cooperativa (o quasi)*, in *LDE*, 2021, n. 3, p. 10, che sottolinea anche che nel testo redatto dalla Commissione Luiso era detto: "*le azioni relative al licenziamento incidente sul rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*» sono introdotte ai sensi degli art. 409 ss. c.p.c., "*anche nel caso in cui venga a cessare, con il rapporto di lavoro, quello associativo*", a suo dire meno impreciso di quello governativo scaturito nella legge delega.

[363] Conf. D. DALFINO, *Un solo rito e un solo giudice*, cit., p. 9; A. D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, cit., p. 212 ss.

La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?*

Gabriella Nicosia

A mio padre

1. Premessa: chiavi di lettura prodromiche 154

2. Star bene nelle organizzazioni pubbliche: dalla mera tutela antidiscriminatoria (difensiva) alla dimensione proattiva 157

2.1. Lo stress lavoro-correlato 160

3. Le organizzazioni pubbliche ed i riferimenti normativi che consolidano la (e obbligano alla) cura del benessere 161

4. La gestione del capitale umano e il buon clima organizzativo 163

5. Le strategie per un ambiente di lavoro motivante: le good practices dirigenziali 165

6. Verso i nuovi obblighi di protezione: lavorare agile, lavorare felici, liberi di disconnettersi 167

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 453/2022.

1. Premessa: chiavi di lettura prodromiche

Il dibattito sul benessere, lo star bene, e persino la felicità, nei luoghi di lavoro, negli ultimi anni, è divenuto viepiù vivace, complice il sempre più frequente ricorso sul piano normativo – specie nell'ambito del settore pubblico – a disposizioni in grado di contemplare *expressis verbis* il benessere, e non solo fisico, del lavoratore. Diversi sono, ormai, gli spunti normativi che inducono ad affermare che il disposto dell'art. 2087 del codice civile, si sia arricchito di nuovi e più complessi significati, proprio in ragione della natura di "norma in bianco" riconosciuta a questo articolo, ormai da tempo, tanto dalla giurisprudenza [364] che dalla dottrina. E non potrebbe essere diversamente visto che la salute è un concetto multidimensionale in grado di contemplare valori diversi che vanno dagli aspetti psichici a quelli fisici, sociali e pure ambientali, come si può ricavare pure dalla nostra Carta Costituzionale che le riconosce un portato di eguaglianza e libertà in grado di concorrere alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo [365] e al pieno sviluppo della sua persona [366].

Posta questa premessa, nei paragrafi che seguono si proverà a verificare se, entro il perimetro mobile di tutela tracciato dalla norma in questione, sia possibile far rientrare – grazie alla lettura in combinato disposto con altre norme *medio tempore* confezionate dal legislatore – anche aspettative (sinora effettivamente di complicata riconoscibilità) che hanno a che vedere più con la salute emotiva del lavoratore che con quella psico-fisica.

La ricerca dell'appagamento nei luoghi di lavoro è un fattore emozionale strettamente connesso alla natura umana e assai risalente nel tempo. Sembra quindi opportuno, prima di addentrarsi nell'analisi della normativa, chiarire cosa possa intendersi per aspirazione al benessere e alla felicità, suscettibile di tutela nei luoghi di lavoro.

Gli autori di un recente saggio, che contempla il dialogo fra le discipline della filosofia e della gestione delle risorse umane, hanno affermato che "il primo passo per la felicità è conoscere la propria natura così da riuscire a realizzarla" [367] e partendo dall'etimologia del termine greco che la identifica, "*eudaimonìa*" [368], hanno dedotto che la medesima rappresenta "[…]la buona realizzazione del proprio "demone" e cioè di quella "coscienza morale" di derivazione Socratica intesa proprio come coscienza di sé.

In sintesi, si tratta di qualcosa in più del concetto di felicità cui si fa riferimento nel sentire comune – e cioè colto nella sua dimensione statica e inafferrabile – occorre aver riguardo, piuttosto, alla

---

[364] La giurisprudenza della Suprema Corte ha affermato che "l'art. 2087, per le sue caratteristiche di norma aperta, vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione, sussidiaria rispetto a quest'ultima, di adeguamento di essa al caso concreto", senza che ciò costituisca "strappi ai principi", poiché il dovere di protezione (dei lavoratori) che grava sull'imprenditore – collegato, del resto, al rischio d'impresa – comporta che debba essere lo stesso imprenditore a valutare se l'attività della sua azienda presenti rischi extra-lavorativi di fronte al cui prevedibile verificarsi insorga il suo obbligo di prevenzione", giusto il principio per cui ciascun datore, in riferimento alla particolarità del lavoro, da una parte, ed all'esperienza e alla tecnica, dall'altra, deve nella rappresentazione dell'evento (prevedibilità) prospettare a se stesso l'adozione delle misure (e, dunque, di tutte le misure) più consone e più aggiornate, al fine di scongiurare la sua realizzazione (prevedibilità)", così Cass. 20 aprile 1998, n. 4012.

[365] Cfr. art. 2 della Costituzione.

[366] V. art. 3 della Costituzione. Si legga L. MONTUSCHI, *Commento all'art. 32, comma 1 Cost*. in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1976, 159.

[367] P. IACCI, U. GALIMBERTI, *Dialogo sul lavoro e la felicità*, Egea, Milano, 2021.

[368] Formato dalle parole eû che significa buono e daìmõn che significa genio, demone.

sua natura in movimento, intesa come propensione alla ricerca del proprio buon demone, alla realizzazione, cioè, del proprio potenziale: indica, in definitiva, un orientamento, una vocazione che, naturalmente, non va compromessa. È proprio su questa proiezione allo star bene, all'essere bene [369], come ricerca e orientamento alla realizzazione di sé nei luoghi di lavoro, all'*empowerment* [370], che si proverà a sciogliere il nodo interpretativo se possa, oppure no, essere concepito una nuovo bene/interesse dalle potenzialità pretensive [371] cui potrebbe aprirsi (in termini accoglitori), ancor più in ambito pubblico, il precetto di cui all'art. 2087 c.c. [372], nel senso proprio di configurazione di nuovi obblighi di protezione al medesimo correlati.

L'ambito pubblico è infatti il luogo perfetto per la ricerca che si ha in mente di condurre, visto che le amministrazioni sono, per così dire, allenate al raggiungimento di un vincolo di scopo e, più in generale, alla costruzione di azioni funzionalizzate alla soddisfazione degli interessi dei consociati, delle persone, in ciò divergendo dalle aziende private che sono, al contrario, libere di perseguire i propri scopi, in ragione delle previsioni di cui all'art. 41 della Costituzione.

Privato e pubblico, si atteggiano in modo diverso rispetto ad un quesito fondamentale connesso al tema qui indagato, ovvero comprendere se e in quale misura il datore di lavoro sia tenuto a garantire, oltre alla sicurezza sul lavoro, anche un'organizzazione del lavoro proiettata al raggiungimento del benessere.

E non potrebbe essere diversamente, se solo si riflette sulla previsione della nostra Costituzione, e cioè l'art. 97, che, oltre a perseguire il buon andamento (e dunque l'efficienza dell'agire pubblico), impone parità di trattamento all'interno e verso l'esterno degli apparati; norma secondo la quale i pubblici uffici sono organizzati in modo che sia assicurata "l'imparzialità dell'amministrazione". L'organizzazione dei nostri apparati contiene, cioè, nel proprio codice genetico la funzionalizzazione (*alias* l'orientamento obbligato) al trattamento paritario. Certo l'imparzialità, *rectius* trattamento paritario, esprime solo uno dei modi in cui è possibile favorire lo star bene nei luoghi di lavoro, ma è una premessa normativa importante che può rappresentare la scaturigine, il terreno favorevole per l'emersione di quella dimensione proattiva sulla quale ci si soffermerà diffusamente più avanti.

Si proverà di seguito e individuare i luoghi in cui è possibile ravvisare gli estremi che giustificano una lettura, nel senso qui indicato, di una possibile apertura al riconoscimento, nei termini proprio di obbligo a fare alcunché, dello star bene del lavoratore, inteso come aspettativa alla realizzazione di sé (opportunità), posto che pure questo aspetto esprime il miglioramento, il progresso, della persona, cui il nostro ordine giuridico interno sembra, ora più che mai, autenticamente interessato. Dimensione che potremmo definire proattiva, in quanto capace di attivare e supportare forme di pretesa (tutelata) alla relativa realizzazione.

---

[369] *Well-being* di cui ci ha parlato più volte Amartya Sen. L'Autore ha pure affermato, in una intervista, che le potenzialità degli esseri umani – di condurre una vita buona, di essere contenti e felici, di essere liberi – sono molto maggiori di quanto riescano concretamente a realizzare, *http://www.vita.it/it/article/2013/02/18/la-differenza-fra-benessere-e-felicita-individuale/122725/*.

[370] Nel libro, scritto da una manager di Netflix, si teorizza la validità strategica di lasciar libere le persone all'interno di un *team*, affinché tutti i componenti siano, infine, *high performer*. Si legga P. McCord, *Il potere delle persone*, 2020, ROI edizioni, Milano, 2020, titolo originale *Powerful. Building a Culture of Freedom and Responsibility*.

[371] Rinvio alle approfondite riflessioni di E. Gragnoli, *Esiste un diritto alla felicità in azienda?*, in VTDL, 1, 2022, p. 9 ss.

[372] In posizione contraria, quanto all'ambito privato, v. però E. Gragnoli, *op. cit*.

La domanda alla quale si proverà a dare risposta è quindi la seguente: esistono basi giuridiche che supportano il dovere (*ex contractu*) di predisporre tutte le precondizioni sistemiche affinché il lavoratore non dico che sia felice, nel senso statico ed impalpabile del termine noto nella vulgata, ma che più concretamente non incontri ostacoli (soffitti di vetro, valutazioni poco congrue, micro-gestioni in mala fede, approcci vessatori o anche solo demotivanti, patimento di stress-lavoro correlato) alla propria ricerca di benessere e appagamento lavorativo, insomma, soffermandoci ancora sulle radici greche, abbia le carte (organizzative) in regola per soddisfare il proprio "buon demone"? Esistono, cioè, basi giuridiche per pretendere la messa a punto di queste pre-condizioni?

Del resto la funzione dell'art. 2087 è giusto quella di costruire "un sistema imperniato sul contratto idoneo a riportare a unità l'estesa e talora frammentata regolazione di dettaglio" [373].

Nell'ambito del lavoro privato, il d.lgs. n. 81/2008, all'art. 1, lett. o), contempla un concetto di salute tutelabile che si dilata sino a considerare il completo benessere fisico, mentale e sociale non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità. Come è stato condivisibilmente osservato si tratta di una "[…] dimensione bio-psico-sociale della salute (che vale per ogni individuo), nel momento in cui viene declinata in relazione al lavoratore (come accade nella definizione del d.lgs. n. 81/2008), evoca necessariamente lo specifico contesto entro il quale gli elementi che la compongono per un verso rischiano di essere messi a repentaglio e, per altro verso, richiedono di essere tutelati […]" [374] e poiché il contesto in questione altro non è che l'organizzazione in cui si dispiega la prestazione di lavoro, "[…] il pieno conseguimento del benessere fisico, mentale e sociale del lavoratore dipende ineluttabilmente dal modo in cui è strutturata ed agisce l'organizzazione cui egli appartiene" [375]. Qui, però, proprio per l'assenza della funzionalizzazione di cui si diceva e per il regime della libertà di iniziativa economica è alquanto difficile estendere i lembi dell'obbligazione datoriale di salute e sicurezza fino a toccare dimensioni prossime alla *eudaimonìa* di cui si è detto sopra.

Nel diverso, e del tutto speculare, ambito del lavoro pubblico, un dato normativo legittima, invece, un'affermazione di diverso tenore. Qui è possibile osservare una puntuale attenzione alla cura del benessere organizzativo (e delle persone).

L'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, versione novellata nel 2010, ha, infatti, indirizzato un *focus* inconfondibile sul benessere organizzativo, spingendosi sino a renderlo oggetto di specifica garanzia.

Questo significa che il combinato disposto dell'art. 2087 del codice civile, nella sua accezione di norma in bianco, con l'art. 7 ora menzionato, in tema di garanzia del benessere, si pone quale base giuridica per affermare che l'obbligazione di sicurezza si dilata, in ambito pubblico, e finisce per contemplare anche gli aspetti della prevenzione e tutela della salute emotiva del lavoratore, del suo star bene nel lavoro. Si tratta di una impostazione che invero può apparire illuministica ma il compito dei giuristi è quello di portare a sistema un contesto normativo continuamente *in progress*, e se il *trend* normativo è quello di una incrementale attenzione per lo star bene dei

---

[373] Così E. GRAGNOLI, *op. cit*.

[374] Sono le riflessioni di P. PASCUCCI, *Il rilievo giuridico del benessere organizzativo nei contesti lavorativi,* in Prisma, 2016, 21 ss.; già nella direzione della stretta correlazione funzionale tra organizzazione del lavoro e tutela della salute cfr. L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1989.

[375] P. PASCUCCI, *op. cit*.

lavoratori, non è possibile rimanere indifferenti e continuare a prospettare letture interpretative ancorate a scenari ormai desueti.

È per tale ragione che, nelle riflessioni di seguito prospettate, verrà privilegiato l'ambito del lavoro nelle nostre amministrazioni, proprio in considerazione della ritrovata, e per fortuna ormai ossessiva, attenzione per la persona in tutta la normazione derivata dall'emergenza pandemica a tutti nota.

2. Star bene nelle organizzazioni pubbliche: dalla mera tutela antidiscriminatoria (difensiva) alla dimensione proattiva

Come si è detto, nell'ultimo ventennio il legislatore italiano si è mostrato, in modo crescente, assai sensibile ai temi del benessere e, più in generale, dello star bene nei luoghi di lavoro pubblici.

La cultura del benessere in ambito lavorativo è lentamente, ma progressivamente, attecchita, tanto nel settore pubblico che in quello privato, grazie soprattutto al *capabilty approach* riconducibile al pensiero di Amartya Sen [376]. Proprio gli studiosi di economia hanno dato un forte impulso a questa modalità di approccio nelle organizzazioni. Ciò in ragione della riflessione secondo la quale "[…] solo riconsiderando il collaboratore come persona dotata di un potenziale intrinseco da esplicitare, l'ambiente organizzativo potrà riconfigurarsi come spazio aperto alla "fioritura" di ciascuno dei suoi membri" [377]. Questo perché la valorizzazione delle risorse umane, anzi del capitale umano, esprime un vero e proprio "salto di paradigma" [378]. Detta visione si è fatta strada non solo in ambito privato ma, come si è già accennato, anche in ambito pubblico, attraverso una attenzione sempre più vivace, per le aspirazioni delle lavoratrici e dei lavoratori. Nei luoghi in cui dimora il benessere è prevedibile l'assenza di discriminazione, ovvero di trattamenti impari, o comunque è verosimile vengano disinnescate tutte le situazioni in grado di favorirla, come è altrettanto prevedibile che i medesimi si rivelino un contesto favorente alla migliore realizzazione di sé, nell'accezione più sopra esplicitata.

L'importanza della cura del benessere nel lavoro pubblico comincia ad acquisire consistenza a seguito di alcuni studi che hanno dimostrato come l'ambiente di lavoro "attraente" e tranquillizzante, sia in grado, a valle del processo, di determinare le migliori *performance*, quelle, cioè, capaci di confezionare l'azione pubblica eccellente, e quindi in grado di soddisfare le attese e pretese della collettività degli utenti [379]. Questo perché le persone poste dentro gli uffici sempre più sono apparse come una risorsa sulla quale investire in quanto fattore distintivo di

---

[376] A. SEN, *Etica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2002; ID., *Scelta, benessere, equità*, Il Mulino, Bologna, 1986. Questo approccio è entrato nella riflessione giuslavoristica ormai da qualche tempo. Si legga soprattutto B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 2007.

[377] Cfr. R. LIVRAGHI, I. PISANI, *Capabilities e business: sulla possibilità dell'impresa come comunità di persone*, in *Quad. econ. lav.*, 2016, spec. 14.

[378] R. LIVRAGHI, I. PISANI, *op. cit.*

[379] R. RUFFINI, *Governance delle risorse umane. I modelli di direzione delle risorse umane negli enti locali: primi risultati di una ricerca Formez*, in *Ris. umane*, 2006, spec. 40; F. AVALLONE, M. BONARETTI, *Benessere organizzativo, per migliorare la qualità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, il volume può essere consultato per esteso pure sul sito del Formez.

competizione [380]. Pure nella Direttiva della PCM del 4 marzo 2011, sul funzionamento dei CUG, è riconosciuta, in negativo, questa corrispondenza tra l'ambiente lavorativo dominato da comportamenti discriminatori e vessatori e il peggioramento delle prestazioni e dell'efficienza pubblica, con ricadute pure sull'immagine della PA.

Chi scrive, da tempo, sostiene, infatti, che vale la pena investire sul capitale umano, sulle persone; questo perché lavoratrici e lavoratori sereni, in quanto collocati in un ambiente pubblico sano e motivante, producono di più e con più soddisfazione per sé e per chi riceve l'azione pubblica [381].

È possibile, infatti, ravvisare un filo rosso che tiene unite tutte le riforme che, negli ultimi 20 anni, si sono susseguite in questo specifico ambito: la progressiva attenzione verso la persona del lavoratore e delle lavoratrici, quale vera strategia per il miglioramento della qualità del servizio da erogare alla collettività dei consociati. In questo quadro insistono, per un verso, tutte le politiche di attuazione del diritto antidiscriminatorio e delle pari opportunità nel nostro ordine giuridico interno e nelle amministrazioni in particolare e, per altro verso, tanto la disciplina in materia di valutazione delle performance quanto, più di recente, la normazione originata dalla emergenza pandemica degli ultimi anni.

Il benessere, lo star bene, negli uffici della nostra PA è, pertanto, ad un tempo, precondizione e conseguenza della virtuosa micro organizzazione e gestione del personale, scevra da odiosi trattamenti differenziati ed ispirata piuttosto ad un salutare approccio paritario. Quell'approccio paritario che esprime il necessario corollario del disposto di cui all'art. 97 della Costituzione prima citato. Al contempo, si è obbligati a prendere atto del cambio di linguaggio e paradigma, volendo accogliere l'impostazione degli studiosi di economia, rinvenibile nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), nel nuovo alfabeto nelle pubbliche amministrazioni, nelle Linee programmatiche per la pubblica amministrazione, ma pure nel Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e cioè in tutti quei documenti che rinviano alla ritrovata centralità della persona del lavoratore all'interno dei nostri apparati [382].

La sintesi di quanto sin qui detto è ravvisabile nell'indubbio riconoscimento del fattore benessere come vettore di produttività.

Determinare un ambiente di lavoro permeato dal benessere, non è dunque impegno organizzativo fine a sé stesso, ma espressione della necessaria apertura al raggiungimento di un preciso vincolo di scopo, a valle dei percorsi micro-organizzativi, ovvero dell'efficienza amministrativa e della soddisfazione della collettività degli utenti. Per quanto la micro organizzazione e la gestione

---

[380] F. AVALLONE, M. BONARETTI, *op. cit.*

[381] Se si vuole, possono leggersi questi ragionamenti, prospettati ormai più di dieci anni or sono, in G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2011.

[382] Tutta la documentazione citata è rinvenibile all'indirizzo *www.funzionepubblica.gov.it*. Nelle linee programmatiche viene, infatti, indirizzato, un focus proprio sul «capitale umano», e affermato che «le persone saranno pertanto al centro della nostra azione: persone che lavorano per la nostra amministrazione e persone che attingono da essa servizi e beni pubblici […]. In un altro passaggio si legge ancora che "sulle persone si gioca infatti il successo non solo del PNRR, ma di qualsiasi politica pubblica indirizzata a cittadini e imprese". Altrettanto fa il Patto nella parte in cui afferma che «la costruzione della nuova Pubblica Amministrazione si fonda […] sulla valorizzazione delle persone nel lavoro».

non siano direttamente funzionalizzate al raggiungimento di vincoli di scopo, ne sono, tuttavia, egualmente ispirate, guardandoli in lontananza ed essendovi comunque finalizzate [383].

In effetti, il sistema sembra abbia davvero imboccato la direzione auspicata, 10 anni or sono, del definitivo abbandono del «paradigma bipolare» stato/suddito, a vantaggio del diverso paradigma "personalistico" [384], in grado di contemplare un vincolo di scopo allargato, situato cioè nella (e attento alla) soddisfazione sia di chi sta fuori (utenti) sia – ma si badi con il ricorso allo strumentario giuslavoristico – di chi sta dentro gli uffici pubblici.

Questo pare a maggior ragione vero se solo si considera l'incrementale attenzione del legislatore per la rilevazione della *customer satisfaction*, a partire proprio dalla prima edizione del d.lgs. n. 150/2009. Se gli utenti dell'azione amministrativa devono essere soddisfatti ed hanno, oggi, persino voce [385], per dichiarare il proprio gradimento, e se lo star bene dei lavoratori, l'appagamento, come si diceva, è vettore di migliori performance, il sillogismo è presto fatto: occorre investire sul benessere, *alias* sullo stare bene, sulla felicità dei lavoratori attraverso le opportunità di affermazione di sé. E non per un approccio filantropico – che poco ha a che vedere con la funzionalizzazione dell'azione amministrativa – ma per quell'interesse pubblico alla soddisfazione dell'utenza che è invece, a pieno titolo, un autentico e tradizionale vincolo di scopo [386].

A questo si aggiunga che fra gli interessi pubblici cui è diretta l'azione amministrativa va certamente annoverato quello della "economicità", discendente sempre dall'art. 97 della Costituzione. Ed è stato dimostrato che eliminare i fattori di stress è comportamento economicamente più vantaggioso della relativa cura. Sono stati evidenziati, infatti, una serie di costi riconducibili a eventi come a) assenteismo, presentismo connesso al calo della produttività, incremento del

---

[383] Secondo la sempre attuale nozione sintetica di funzionalizzazione riconducibile ad A. ORSI BATTAGLINI e posta da Massimo D'Antona a fondamento della privatizzazione del lavoro pubblico. Il pensiero della chiara dottrina può essere colto nell'ormai classico, M. D'ANTONA *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni,* in *Arg. dir. lav*., 1997, 4, p. 35 ss.

[384] Per la concettualizzazione del "paradigma personalistico", sia consentito rinviare a G. NICOSIA, *Dirigenze responsabili*, cit., spec. cap. II.

[385] Proprio nell'applicazione del paradigma di A.O. Hirschman da qualche tempo utilizzato in Italia come ricetta per la buona amministrazione. È stato P. Ichino a declinarne per la prima volta le virtù, anche in ragione del miglioramento dell'*agere* pubblico in Italia. Si tratta del noto paradigma che si regge sull'idea della possibilità di esprimere disapprovazione (*voice*) verso i servizi erogati in maniera non satisfattiva ma pure di abbandonare (*exit*) le amministrazioni incapaci di erogare servizi coerenti con le attese dei fruitori dei medesimi e quindi rivolgersi ad altre amministrazioni. Scriveva la dottrina che "Nel mercato l'utente/cliente/consumatore sanziona l'inefficienza rivolgendosi altrove: egli esercita così quella che Albert O. Hirschman chiama l'opzione *exit*. Alternativa a questa è la possibilità di farsi sentire, denunciare le inefficienze, interloquire nelle scelte: l'opzione voice (che nel paradigma hirschmaniano può essere favorita dall'attaccamento all'istituzione/organizzazione – *loyalty* – e può consentire a quest'ultima di individuare più rapidamente ed efficacemente i difetti di funzionamento). Il problema fondamentale della nostra amministrazione pubblica sta nel fatto che in essa al cittadino non si dà né l'una opzione né l'altra: né exit, né voice". Così P. ICHINO, *Exit e voice per rompere il circolo vizioso dell'irresponsabilità nelle amministrazioni pubbliche*, in *Iustitia*, 2007, 229 e in *http://www.pietroichino.it/?p=22*.

[386] Che il sistema si muova a grandi passi in questa direzione è reso evidente dall'interesse per la valutazione partecipativa nelle PA. Rispetto alla quale è illuminante il documento *29bac654-1534-78e3-1a62-cdc39eb92b92* (*mef.gov.it*), reperibile al seguente indirizzo internet https://noipa.mef.gov.it/cl/documents/20142/483334/LG_Valutazione_partecipativa_28-11-19.pdf/29bac654-1534-78e3-1a62-cdc39eb92b92?t=1612440956869. Del resto, l'apertura della valutazione delle performance organizzative pubbliche alla "voice" dei cittadini e di coloro che si accostano alla fruizione dei servizi pubblici, è solo l'ultima, in ordine cronologico, delle fasi di un percorso sistemico avviato ormai da qualche tempo. E questo in linea con attività del tutto similari perseguite in altri ordinamenti come quello francese o americano. Nelle realtà istituzionali appena citate è nota la pratica della "Enquête Publique" o del "Débat publique", in Francia, come pure quella del Notice and Comment in America, cioè di attività di divulgazione partecipativa dell'*agere* pubblico.

turn-over; b) ovvero riguardo ai lavoratori in termini di deterioramento delle condizioni di salute e della qualità della vita (connessi ad ansia, sbalzi d'umore, irritabilità, depressione, malattie cardiovascolari, disturbi muscoloscheletrici, diabete, ecc.) con consequenziali ricadute sul sistema sanitario; c) costi della perdita o riduzione di reddito causati da assenze per malattia, permessi per invalidità, pensione anticipata, mancato lavoro anche qui con inevitabili ricadute sulla società.

Per tutte le ragioni sin qui esposte, in ambito pubblico, è possibile sostenere che si va oltre le azioni rimediali e che esistono, viceversa, i presupposti per delineare una dimensione proattiva (tutelabile) che comporta il (obbliga al) dispiego di attività ed energie positivamente indirizzate alla creazione di valore, in questo caso alla concretizzazione dello star bene o, se si vuole, di quella buona realizzazione di sé che esprime il concetto di felicità, nell'accezione *in progress* cui si è inteso fare riferimento in questo scritto.

2.1. Lo stress lavoro-correlato

Ancor prima che nel settore pubblico venisse codificata la garanzia del benessere organizzativo, di cui si dirà diffusamente nel paragrafo che segue, il nostro ordinamento si è misurato con l'introduzione di un insieme di disposizioni di carattere generale destinate alla prevenzione dello stress lavoro–correlato [387]. Ciò proprio per dar seguito agli input provenienti dall'ordine giuridico sovranazionale ed in particolare all'accordo quadro europeo sullo stress lavoro-correlato concluso l'8 ottobre 2004. Come si ricorderà nell'accordo interconfederale del 9 giugno 2008 [388], di recepimento dell'accordo quadro europeo, si dava una definizione tale per cui "lo stress è una condizione che può essere accompagnata da disturbi o disfunzioni di natura fisica, psicologica o sociale ed è conseguenza del fatto che taluni individui non si sentono in grado di corrispondere alle richieste o alle aspettative poste in loro". Del tutto in linea con quanto sostenuto dalla *European Agency for Safety and health work* che nel 2000 osservava come lo stress si manifesta quando le persone percepiscono uno squilibrio tra le richieste avanzate nei loro confronti e le risorse a loro disposizione per far fronte a tali richieste [389]. Il d.lgs. n. 81/2008 emanato in questo contesto di riflessione, ha fatto proprio questo approccio, tanto da trasporre la propria *ratio* preventiva anche alle nuove manifestazioni di malessere non correlate *stricto sensu* con la salute fisica del lavoratore, e invece connesse con quella che qui ho indicato come "salute emotiva". Ed, in effetti, l'art. 28 del decreto in questione è molto chiaro nell'affermare che la valutazione dei rischi "[…] deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli

---

[387] Non è possibile occuparsi capillarmente di questo tema e si rinvia pertanto agli scritti in materia. Cfr. il numero monografico dei WP di Olympus n. 31/2014, *La prevenzione dei rischi da stress lavoro-correlato. Profili normativi e metodiche di valutazione* a cura di L. ANGELINI, ma si legga pure l'ampia ricostruzione di G. LUDOVICO, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Riv. dir. sic. soc*., 2011, 401 ss.

[388] Reperibile su *http://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/accordo-interconfederale-9-giugno-2008-accordo-interconfederale-di-recepimento-dellaccordo-quadro-europeo-concluso-l8-ottobre-2004-tra-uniceuapme-ceep-e-ces-sullo-stress-sul-lavoro/.*

[389] Ma già nel 1999 il NIOSH (*National Institute for Occupational safety and Health*) lo aveva riconosciuto come un insieme di reazioni fisiche ed emotive dannose che si manifestano quando le richieste lavorative non sono commisurate alle capacità, alle risorse o alle esigenze dei lavoratori.

riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151". Sono seguite per un verso, nel 2010, le indicazioni della Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza sul lavoro, necessarie alla valutazione del rischio stress lavoro-correlato – che hanno individuato un percorso metodologico da considerare il livello minimo di attuazione dell'obbligo – e, per altro verso, nel 2017 la pubblicazione, da parte dell'INAIL [390], delle tanto attese linee guida per la valutazione dello stress lavoro-correlato.

Insomma le obbligazioni che discendono dal d.lgs. n. 81/2008 coinvolgono a pieno titolo anche la fattispecie *de qua*, e questo sia in ambito privato sia in ambito pubblico. Diciamo che la prevenzione di cui si parla nel d.lgs. n. 81/2008 può ben essere considerata l'antefatto storico (giuridicamente esigibile) della dimensione proattiva finalmente riconosciuta in ambito pubblico *expressis verbis*, qualche anno più tardi, con la novella, racchiusa nella legge n. 183/2010, intervenuta sul d.lgs. n. 165/2001.

3. Le organizzazioni pubbliche ed i riferimenti normativi che consolidano la (e obbligano alla) cura del benessere

Diverse sono le norme che nell'ultimo ventennio il legislatore italiano ha introdotto proprio per instillare la cultura del benessere nell'organizzazione dei nostri apparati.

Un punto di svolta sistemico, come si è avuto modo di anticipare, è certamente da ravvisare nella novella che, nel lontano 2010, ha modificato l'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001. Il testo di questa norma dopo l'intervento della legge n. 183/2010, recita, oggi, testualmente "[…] Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma di violenza morale o psichica al proprio interno". Si tratta di una previsione assai importante per i temi qui trattati, posto che il legislatore italiano ricorre ad una terminologia che delinea chiaramente i contorni di una garanzia, a carico delle amministrazioni, rispetto alla determinazione del benessere nei luoghi di lavoro pubblici.

Qualche anno più tardi, con una fonte diversa, e cioè il d.P.R. n. 62/2013, viene rafforzata questa impostazione normativa. L'art. 13 del regolamento, appena citato, ha disposto espressamente che "il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura a cui è preposto, favorendo l'instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori, assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, alla formazione e all'aggiornamento del personale, all'inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali". Si tratta, come si vede, di una precisa posizione assunta a livello normativo, sia pure ricorrendo ad una fonte sub primaria, piuttosto che ad una legge, secondo la quale il benessere esprime il sostrato necessario per favorire l'inclusione e il superamento, attraverso la valorizzazione, delle differenze di genere e non solo. Il regolamento *de quo* è dotato pure di strumenti di effettività, posto che il legislatore italiano ha stabilito che il mancato rispetto delle disposizioni racchiuse nel d.P.R. n. 62/2013 comporta gli estremi per l'addebito della responsabilità disciplinare.

Per completare il quadro normativo appena descritto, e certamente significativo di quell'orientamento di cui si è più sopra detto, non può essere trascurata nemmeno la fase in cui, con il d.lgs.

[390] Che ha pure reso disponibile una piattaforma per la valutazione e gestione dello stress lavoro-correlato, rinnovata proprio nel 2021.

n. 150/2009, novellato dalla successiva riforma Madia, racchiusa nel d.lgs. n. 74/2017, agli OIV, organismi indipendenti per la valutazione delle performance, è stato affidato, sia pure per un tempo contingentato, un compito di essenziale controllo proprio rispetto a queste materie.

A questi Organismi, per volere del legislatore, tuttavia, oggi è rimasto il potere di verificare i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità [391].

Se si sposta l'attenzione sulle linee guida per il funzionamento dei CUG, si ricava, ancora, l'esistenza di meccanismi di effettività endogeni al sistema. Peraltro, l'art. 8, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 150/2009 crea un ponte importante fra il modello di valutazione che ogni amministrazione deve adottare, con il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa (SMVP), e il raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità. Questo perché sono destinate ad ottenere le migliori valutazioni proprio quelle performance proiettate all'attuazione di tutte le politiche in grado di perseguire questi obiettivi.

È evidente come il legislatore italiano abbia intrapreso, e non da ora, un percorso di valorizzazione delle *best practices* in grado di generare il benessere di cui si è detto più sopra (anche passando per le politiche delle pari opportunità), avendo così considerato il buon clima organizzativo il contesto favorente a questo specifico fine e addirittura avendo pure predisposto, a garanzia del buon funzionamento del sistema, controllori e modelli efficaci per assicurarne l'effettività [392]. Questo anche in ragione del bisogno di restituire un'immagine virtuosa alle Amministrazioni italiane.

Sin qui i dati normativi dai quali è possibile ricavare come la cultura del benessere si stia lentamente ma costantemente radicando nel nostro ordine giuridico interno, tanto da cominciare a delineare i contorni di una vera dimensione proattiva cui fa da *pendant*, naturalmente, una dimensione pretensiva. Se cioè il legislatore prevede che si debba monitorare il raggiungimento del benessere nei luoghi di lavoro pubblico e se quel benessere può pure essere rilevato all'interno di un SMVP – che, come si sa, ricorre a indicatori di performance da cui discende anche il percepimento di una parte della retribuzione di risultato dei dirigenti – non può che concludersi che una sorta di pretesa al raggiungimento del benessere sia stata prevista in ambito normativo [393]. Questo significa, spingendo in avanti il ragionamento, che la produzione di benessere può ben entrare nella causa del contratto dirigenziale e non certo del contratto di base [394], quanto, e più semplicemente, in quello di incarico [395]. Volendo qui accogliere la nozione di causa del contratto

---

[391] Cfr. art. 14, comma 4, lett. *h*), d.lgs. n. 150/2009.

[392] Sul tema V. NUZZO, *Le pari opportunità*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, 149 ss.; M. D'ONGHIA, *La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 631 ss.

[393] Sulle criticità emerse nei modelli di valutazione delle performance dirigenziali e sulla necessità che sempre più i medesimi siano indirizzati sugli output di impatto attesi, piuttosto che sulle mere dinamiche di processo, si legga L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro come strumento per la sostenibilità dei servizi per la collettività*, Relazione presentata al Congresso Aidlass*, Il diritto del lavoro per una ripresa sostenibile*, Taranto, 28-30 ottobre 2021, in corso di pubblicazione.

[394] Nell'economia di questo scritto si dà per conosciuta la dinamica contratto di lavoro di base/incarico di funzione dirigenziale introdotta con la seconda privatizzazione del lavoro pubblico degli anni 1997-1998. Sul rapporto di lavoro dirigenziale in ambito pubblico è ormai un classico A. ZOPPOLI, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, Napoli, 2000.

[395] Non è possibile soffermarsi, in questa sede, sulla nota *querelle* della natura dell'incarico di funzione dirigenziale. Basti solo osservare che, nel rimanere coerenti con la tesi avanzata da quasi un ventennio, si accoglie la relativa natura contrattuale. Nella giurisprudenza

che guarda alla "ragione dell'affare" [396], come giustificazione dell'operazione economica posta in essere. Proprio questa è l'operazione economica sottesa al contratto di incarico di funzione dirigenziale: prevedere una retribuzione di risultato che esprima il contraltare sinallagmatico, la prestazione corrispettiva, della buona micro organizzazione e virtuosa gestione erogate. L'obbligo di creare benessere è parte dello scopo cui è protesa (finalizzata) la gestione dirigenziale ed è esigibile dall'amministrazione di appartenenza attraverso una serie di strumenti gestionali tutti correlati al ciclo di gestione delle performance.

Non (o meglio non soltanto) sarà penalizzato (sanzionato) quel dirigente che abbia posto in essere, ad esempio, comportamenti discriminatori, ma, anticipando la soglia dell'intervento e arretrando il punto di osservazione ad un piano, ancora fisiologico, proattivo [397] (in funzione preventiva), sarà, viceversa, premiato quel dirigente che abbia assicurato nei propri uffici un buon clima organizzativo, che abbia reso davvero attraente il luogo di lavoro, profuso benessere fra i propri collaboratori ed evitato lo stress lavoro–correlato, insomma che abbia indossato i panni civilistici del buon padre di famiglia e confezionato, ideato, strategie, micro organizzative e gestionali a ciò dirette [398].

Non si tratta più, quindi, come già osservato, di un quadro sistemico in grado solo di offrire una risposta difensiva o reattiva [399], al contrario, sono ormai ravvisabili i presupposti giuridici per far germinare un approccio propositivo e proattivo. Questo è certamente visibile nel rapporto dirigenza/parte datoriale pubblica, più difficile da ipotizzare e ricostruire nel rapporto fra lavoratore e dirigente, nel quale, in effetti, le obbligazioni di protezione e benessere non hanno una specifica base contrattuale su cui legittimarsi.

4. La gestione del capitale umano e il buon clima organizzativo

La virtuosa micro organizzazione e gestione, ormai considerata a pieno titolo il crocevia per la buona azione amministrativa erogata all'esterno degli apparati, presuppone l'implementazione del benessere organizzativo e di tutti gli approcci di tutela di cui si è più sopra detto. È intuitivo

---

che ormai da tempo conforta questa lettura interpretativa si legga la sentenza che, sul punto, ha rappresenta una pietra miliare nella direzione appena indicata, anzi una vera svolta, si legga la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 5659/2004 in *Dir. lav. merc.*, 2004, 2, p. 337 e i commenti di E. ALES, *L'incerta qualificazione del provvedimento di conferimento o revoca degli incarichi dirigenziali* e A. CORPACI, *Su natura e regime giuridico degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali nel settore sanitario*; ma pure il commenti di A. BOSCATI, *Atto di conferimento dell'incarico dirigenziale la cassazione ne riafferma la natura privatistica*, in *Lav. pubbl. amm*., 2004, p.170. Per un riassunto delle letture pan-privatistiche in giurisprudenza, M. CUTTONE, *I criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali: i limiti della buona fede e correttezza comportamentale nell'azione organizzativa e gestionale del datore di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm*, 2020, n. 4, 845 ss, nota a Cass. n. 6485/2021, Pres. Di Paolantonio. Da ultimo si veda pure l'ordinanza della Suprema Corte n. 712/2020, Presidente G. NAPOLETANO, Rel. I. TRICOMI.

[396] Sono le affermazioni di F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, Napoli, ed. 1992, 762, che appunto rammenta come devono essere considerate superate le altre teorie che finivano per ricondurre la causa allo stesso oggetto del contratto.

[397] Che la valutazione non sia da intendersi come uno strumento di ispezione ma, piuttosto, come una vera opportunità per la valorizzazione del personale, è l'idea condivisibile di G. VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una –non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico,* in Quaderno n. 4, di *Riv. giur. lav*, *https://www.ediesseonline.it/quaderno/quaderno-4-2019-il-lavoro-pubblico-e-la-riforma-madia-organizzazione-gestione-e-valutazione/*.

[398] Molti Sistemi di misurazione e valutazione delle performance (SMVP), anzi la gran parte, prevedono, fra gli indicatori delle performance comportamentali dirigenziali, proprio la capacità di veicolare benessere negli uffici, in qualche caso spingendosi sino a richiedere la verifica di assenza di contrasti o tensioni al loro interno.

[399] Ricorro all'espressione utilizzata da E. GRAGNOLI, *op. cit*.

che lavoratori valorizzati e motivati all'interno del proprio team, o ancora non sottoposti a fonti di stress lavoro-correlato, siano portati a far bene e in misura progressivamente maggiore. Come del resto è stato dimostrato dagli studi condotti sul punto e sopra menzionati [400].

Dominus della micro organizzazione e gestione amministrativa, per volere del legislatore, è certamente la figura dirigenziale. Lo è pure per quello che riguarda la disciplina della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, specie rispetto allo stress lavoro – correlato più volte citato [401].

Giova ricordare che la norma in cui si radica il relativo potere (datoriale) delle diverse dirigenze italiane è l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, nuova versione, il cui testo recita: "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione".

L'art. 5, appena menzionato, assegna quindi ai dirigenti un compito gestionale ben preciso: il rispetto del principio delle pari opportunità. Tutte le determinazioni gestionali e micro organizzative devono, pertanto, essere adottate nel rispetto di questo fondamentale principio che poi altro non è se non l'implementazione sul piano "micro" del vincolo di scopo, rinvenibile sul piano della macro organizzazione, della imparzialità.

Le dirigenze delle nostre amministrazioni, ai sensi degli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001, hanno, quindi, il potere di gestire e controllare i rapporti di lavoro che gravitano nella propria sfera di competenza micro organizzativa e gestionale. Ai sensi della lett. *e bis*) del comma 1, art. 17, ora menzionato, infatti, le dirigenze effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici e ciò nel rispetto del principio del merito.

Proprio in questo specifico ambito le dirigenze pubbliche devono mostrarsi in grado di gestire i propri collaboratori secondo i canoni della buona fede e correttezza comportamentale, indossando i panni del buon padre di famiglia e determinando un buon clima organizzativo.

Questo è il luogo in cui il dirigente può assumere la decisione autonoma migliore e fare la differenza, segnando una vera trasformazione dello stile, secondo una delle più condivise e fortunate riflessioni degli studiosi di diritto amministrativo [402]. Questo è, altresì, il livello decisionale in cui è necessario per un verso, prendersi cura del capitale umano, anche attraverso le strategie di realizzazione del benessere (osservando la prospettiva interna delle amministrazioni) e, per l'altro

---

[400] Aveva già intuito la validità di questo approccio U. CARABELLI, B*reve quadro sistematico delle novità legislative introdotte dalla riforma Brunetta,* in *Ris. umane*, 2010, n. 2, 17 ss. Il saggio è stato pubblicato anche nel volume *Mélanges à la memoire de Yota Kravaritou,* ETUI, Bruxelles, 2011, 181 ss.

[401] Si rammenta che ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 81/2008, nelle PA, "[...]per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo".

[402] È ormai un riferimento imprescindibile la visione di A. PIOGGIA, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA, R. SEGATORI (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando*, Giuffrè, Milano, 2007, 117; ID, *Managerialità della dirigenza. Trasparenza nell'organizzazione degli uffici e nella gestione delle risorse umane*, in G. D'ALESSIO (a cura di) *L'amministrazione come professione, I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Il Mulino, Bologna, 2008, 65.

verso, contemplare l'interesse situato nei cittadini (osservando ciò che sta fuori delle amministrazioni). Si tratta, cioè, dell'ambito in cui si invera il superamento della spersonalizzazione dell'azione amministrativa e pure quello in cui si può indirizzare l'azione gestionale – meramente finalizzata (e mai funzionalizzata) al pubblico interesse – anche al conseguimento del buon clima organizzativo.

Se i dirigenti adottano, ai sensi degli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 165/2001, sopra citati, atti micro organizzativi e gestionali nel rispetto dei canoni della buona fede e correttezza comportamentale e avendo cura delle aspirazioni al benessere dei propri collaboratori, è assai probabile che si determini un ambiente di lavoro attraente in grado di veicolare fiducia e davvero favorente per la buona realizzazione di sé, della propria vocazione alla felicità, nei termini più sopra descritti.

Il nostro ordinamento sembra avere assai presente l'importanza di quest'ultima considerazione. Basti osservare il disposto dell'art. 13 del d.P.R. n. 62/2013, sopra citato, nella parte in cui sancisce che "Il dirigente assegna l'istruttoria delle pratiche sulla base di un'equa ripartizione del carico di lavoro, tenendo conto delle capacità, delle attitudini e della professionalità del personale a sua disposizione. […]". Come si vede, si tratta di una previsione che configura indicazioni specifiche di buona gestione, tutte finalizzate alla valorizzazione del principio del merito ovvero di un ingrediente destinato intuitivamente a determinare lo star bene dei lavoratori nei nostri apparati.

Per rilanciare questo aspetto del sistema, bisogna prendere sul serio l'aspetto della incentivazione del personale, prevedendo davvero un *welfare* d'amministrazione con autentiche leve premiali che passino attraverso le metodologie della valutazione [403]. Nel paragrafo che segue si proverà a declinare alcuni luoghi paradigmatici per l'osservazione della gestione dirigenziale in grado di garantire il benessere, l'*empowerment* dei propri collaboratori nei modi sin qui indicati.

5. Le strategie per un ambiente di lavoro motivante: le *good practices* dirigenziali

A) Le dirigenze pubbliche, come si diceva, sono responsabili delle strategie gestionali in grado di costruire un ambiente di lavoro sereno e attraente per i lavoratori e, al contempo, e come conseguenza, favorevole alla produzione della migliore azione amministrativa. Fra le competenze dirigenziali va di certo annoverata l'abilità delle medesime nel sentire empaticamente la "temperatura" delle persone. Il ricorso alle leve datoriali con l'approccio del buon padre di famiglia, insieme al corredo delle categorie comportamentali di matrice civilistica, riassumibili nella buona fede e correttezza comportamentale, formano, quindi, lo strumentario chiave per il conseguimento della gestione attenta anche alle istanze di benessere.

Seguendo il medesimo ragionamento, appare centrale, come si è poc'anzi accennato, la gestione premiante del personale. Il bravo datore di lavoro, ma pure il bravo manager, è chiaramente colui che riesce a valorizzare i collaboratori nelle molte e polimorfe modalità di espressione della relativa attività [404].

---

[403] Sul tema G. VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico,* cit.

[404] Se si vuole, G. NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul "capitale umano" nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 775 ss.

Il legislatore riconosce ai dirigenti la responsabilità dell'attribuzione del trattamento economico accessorio (cfr. art. 45, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001). Appare rinsaldata, a seguito della riforma Madia del 2017, l'importanza di una selezione, il più possibile autentica, dei soggetti da incentivare attraverso l'erogazione della retribuzione accessoria, facendo ricorso a strumenti per premiare il merito e la professionalità [405].

Nell'esplicazione di questa importante attività gestionale, il dirigente dovrà tenere un comportamento improntato alle regole dell'onestà e dell'etica comportamentale. Solo differenziando è possibile valorizzare i veri talenti, siano essi uomini o donne, e premiare il merito. Attraverso una differenziazione attuata secondo le regole della buona fede e della correttezza comportamentale si raggiunge, pertanto, tale importante risultato.

Tale prerogativa dirigenziale appare così rilevante, nell'economia complessiva del sistema, e nella micro organizzazione, che il legislatore ne ha fatto un indicatore di buona amministrazione.

Questo specifico aspetto dell'esercizio del potere datoriale è stato, infatti, sottoposto a valutazione stringente, secondo le regole prospettate nel d.lgs. n. 150/2009.

All'art. 9 del decreto appena citato è indicato come oggetto della valutazione della prestazione dirigenziale la capacità di valutare – attraverso una significativa differenziazione dei giudizi – le proprie collaboratrici e i propri collaboratori [406].

Il dirigente non può sottrarsi alla ponderazione differenziata della qualità del lavoro dei propri collaboratori perché ciò configura una violazione di legge. Esiste, infatti, nel nostro ordinamento, un esplicito divieto – sorretto dall'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 150/2009 – di distribuire in maniera indifferenziata, o sulla base di automatismi, gli incentivi economici collegati alle performance, senza che siano previamente attuate le corrette procedure di verifica e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati.

B) Il medesimo ragionamento può essere prospettato rispetto ad un'altra non meno importante attività datoriale: il conferimento degli incarichi di posizione organizzativa previsto nei contratti collettivi. E cioè quelle posizioni, molto ambite dal personale, cui corrispondono funzioni para direttive ed una maggiorazione retributiva. Proprio in questo ambito sono "pretendibili", in ragione dell'arsenale di norme sin qui ricostruito, tutti i comportamenti di buona fede e correttezza comportamentale esigibili sulla base delle obbligazioni nascenti *ex contractu* di incarico e in grado di neutralizzare, per esempio, il soffitto di vetro cui si è accennato in premessa. Nonostante sia

---

[405] Si leggano U. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 355 ss.; S. MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *Riv. giur. lav*., 2018, I, 453 ss.

[406] Senza pretesa di elencazione esaustiva della letteratura sul tema, su questi aspetti v. in generale, A. GABRIELE, *La misurazione e la valutazione della performance nelle P.A. tra nodi irrisolti e incoerenze di sistema*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE., *Il lavoro alle dipendenze delle P.A. dopo la "riforma Madia"*, Cedam, Padova, 2018; P. MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit*., 370 ss.; sul modello della valutazione v. L. D'ARCANGELO, *I soggetti della valutazione*, R. CASILLO, *La valutazione del personale non dirigente*; in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, rispettivamente 762 ss., 778 ss.; F. BORGOGELLI, *Riflessioni sul sistema di valutazione nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme*, in *Dir. lav. merc*., 2019, 473 ss.; E. D'ALTERIO, *Dall'amministrazione di risultato all'amministrazione performante: storia di paradossi in tema di pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav*., 2018, 488 ss.

diffusa la convinzione che nei luoghi di lavoro pubblici esista una maggiore tutela del principio di parità, in effetti la prassi applicativa ha dimostrato che pubblico e privato non fanno differenza rispetto alla condizione di sotto-rappresentazione delle donne nei luoghi di comando [407].

C) È possibile ravvisare un altro importante ambito in cui la decisione autonoma della dirigenza può fare davvero la differenza sul piano della dimensione proattiva di cui si è detto: le progressioni economiche. Qui le dirigenze devono sfoderare le migliori doti di leadership perché si tratta di una leva incentivante e motivazionale del personale davvero strategica. Dirimente rispetto al conseguimento della progressione, è la valutazione ottenuta dai dipendenti. Ed è importante che venga conservata la natura premiale delle progressioni sinora spesso svilite dai riconoscimenti routinari e generalizzati delle precedenti edizioni applicative.

L'art. 3 del d.l. n.80/2021 è molto chiaro nel corroborare questa impostazione sistemica, posto che dispone come "le progressioni fra le aree e, negli enti locali, anche fra qualifiche diverse, avvengono tramite procedura comparativa basata sulla valutazione positiva conseguita dal dipendente negli ultimi tre anni in servizio, sull'assenza di provvedimenti disciplinari, […]". L'aspirazione all'avanzamento, indiscutibile fonte di soddisfazione, passa attraverso i buoni comportamenti delle dirigenze.

Ecco perché, pure in ragione di questo importante sviluppo, appare essenziale che il dirigente sappia, e voglia, valutare i propri collaboratori secondo i canoni della buona fede e correttezza comportamentale. Esattamente come preteso dalla lett. *e bis*) dell'art. 17 del. d.lgs. n. 165/2001 che dispone che i dirigenti "effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti". Questo nell'adempimento proprio delle obbligazioni anche di protezione che discendono dal contratto di incarico.

Che sia questa la traiettoria sistemica intrapresa ormai da tempo, e oggi consolidata, è dimostrato dall'ultima tornata contrattuale che assegna alla valutazione soggettiva dei dirigenti un ruolo importante (pari al 40%) considerando invece marginale [408] la ponderazione oggettiva di titoli e competenze.

Sin qui gli scenari, abbastanza noti, dei buoni comportamenti e delle *best practices* gestionali auspicate per la determinazione del benessere organizzativo di cui si è più volte detto.

Ma i contesti cambiamo ed evolvono le ambientazioni storiche. E così le amministrazioni italiane si sono dovute misurare con gli effetti della pandemia correlata alla diffusione epidemiologica del Covid 19. Di questo si dirà diffusamente nel paragrafo che segue.

6. Verso i nuovi obblighi di protezione: lavorare agile, lavorare felici, liberi di disconnettersi

Un ambito che appare la sede naturale per l'applicazione di tutti i ragionamenti sin qui prospettati, è il lavoro agile. Questo perché proprio qui è divampata prepotentemente la dialettica produttività-benessere (felicità) sul lavoro.

---

[407] Si rinvia alla ricostruzione di M. D'ONGHIA, *La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università*, in *Dir. lav .merc*., 2015, 631 ss.

[408] Così M. CARLOMAGNO, *Dal contratto degli statali un passo avanti, ma sulla PA serve più coraggio riformatore*, in *Il Sole 24 ore*, 17 gennaio 2022 che paventa il rischio di valutazioni basate sulla fedeltà piuttosto che sulle competenze.

Lo *smart working* è parso nei mesi del *lockdown* forzoso – avviato in Italia durante l'emergenza epidemiologica – uno strumento in grado, al pari del distanziamento sociale, di fronteggiare e contenere la pandemia. Si è rivelato una autentica risorsa in un momento storico in cui non si avevano a disposizione altri strumenti in grado di coniugare in modo efficace la continuità nel lavoro con l'allontanamento dalla sede del suo naturale svolgimento [409].

Una volta avviata la fase di traghettamento verso la normalità sistemica, molti sono stati gli interrogativi cui l'interprete si è trovato a dover rispondere [410].

A) Il lavoro da remoto (in casa) appare un formidabile strumento di conciliazione vita-lavoro, seppure non possa essere trascurato l'altro corno funzionale dello *smart working* e cioè il miglioramento della qualità del lavoro erogato, della produttività. E questo specie negli apparati pubblici italiani, da sempre assetati di efficienza. Si trovano in questa fattispecie consequenzialmente rappresentati i termini della questione su cui si è inteso basare la nuova dimensione pretensiva correlata allo star bene, alla vocazione alla eudaimonìa (opportunità) di cui si è più volte detto.

Qui infatti, l'efficienza amministrativa è perseguita con una modalità di lavorare diversa, rispetto alla quale è (o dovrebbe essere) *in re ipsa* la soddisfazione e il benessere del lavoratore attraverso il percorso della conciliazione[411].

Non è possibile qui affrontare compiutamente la questione, ma basti osservare che lavorare agile (con strumenti che consentono, per esempio, collegamenti informatici da casa) parrebbe uno dei modi in cui è possibile lavorare sentendosi bene (anzi felici) e producendo di più. Per riannodare il filo rosso del ragionamento prospettato nei primi paragrafi, lo *smart working* si porrebbe non solo come uno dei percorsi organizzativi per assicurare il benessere dei lavoratori e delle lavoratrici, ma anche, e contestualmente, come strategia gestionale per azzerare condizioni di eventuale discriminazione (si pensi alla lavoratrice madre di bambini ancora non in età da asilo nido e all'importanza di poter lavorare da remoto quale opportunità di rientrare al lavoro senza dovervi rinunciare).

Ma se così è, bisogna iniziare a interrogarsi sulla possibilità di contemplare una dimensione di pretesa (tutelabile) rispetto al riconoscimento della modalità agile nel proprio lavoro, in alcuni momenti peculiari della vita lavorativa.

---

[409] *Amplius* sull'argomento L. ZOPPOLI, *Pandemia, lavoro, Costituzione: nuovi equilibri, nuovo bilanciamento?*, in *Dir. lav. merc.*, Quaderno n. 11, 2021, p. 51 ss.; ma si leggano pure gli scritti racchiusi in A. GARILLI (a cura di), *Dall'emergenza al rilancio, Lavoro e diritti sociali alla prova della pandemia*, Giappichelli, Torino, 2020.

[410] Sul percorso di avvicinamento allo *smart working* post emergenziale, con riguardo alla PA, v. C. SPINELLI, *Il lavoro agile post pandemico nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, n. 4, *https://www.lavorodirittieuropa.it/dottrina/lavori-atipici/922-il-lavo*
ro-agile-post-pandemico-nelle-pubbliche-amministrazioni.

[411] Su questi temi v. D. GOTTARDI, *Benessere disconnessione, conciliazione: la prospettiva delle istituzioni dell'UE*, relazione presentata al Convegno*, La persona e l'infosfera*, tenutosi nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 30 sett-2 ott. 2021, di prossima pubblicazione; L. CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in *Riv. giur. lav*., 2018, 473;si legga pure l'ampio studio di A. VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dei CUG*, in LPA, n.1, 2022, pp. 25 ss; nel senso che l'ipotesi che il lavoro agile sia inteso dalla legge conciliativo "di per sé" vada verificata v. A.R. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 419/2020; MG. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro*, Giappichelli 2020.

Il diritto al lavoro agile nelle situazioni diverse dalla fragilità del lavoratore, di cui abbiamo invece avuto percezione durante l'emergenza pandemica, potrebbe rappresentare l'ultima frontiera del benessere assicurato nei luoghi di lavoro.

Non che questo percorso sia ignoto al nostro ordinamento, posto che nelle amministrazioni italiane l'evoluzione della disciplina del lavoro part-time ha lasciato una eloquente eredità organizzativa.

Come è noto, il nostro sistema è passato da una fase in cui sono state considerate prevalenti le esigenze di flessibilità dei lavoratori, ad una fase in cui sono, viceversa, prevalse le esigenze organizzative delle amministrazioni. Dopo la breve vita di un diritto al part-time, si è passati, infatti, al riconoscimento dell'orario ridotto solo a seguito di valutazione del tutto discrezionale dell'amministrazione di appartenenza. La domanda alla quale è, oggi, necessario cominciare a rispondere è proprio la medesima che ha sorretto, a suo tempo, la riconoscibilità del diritto al part-time [412]. È opportuno, se non addirittura necessario, considerare prevalenti, sulle esigenze amministrative, i bisogni dei lavoratori di ricorrere allo *smart working*?

In effetti, nella ricerca spasmodica dell'equilibrio fra la soddisfazione dell'interesse pubblico, intrecciato strettamente con la macro organizzazione nelle PA, e il benessere del lavoratore, è possibile che l'ago della bilancia si posizioni sul *favor* per il riconoscimento delle modalità di lavoro, come quella agile, in grado di assicurare davvero lo star bene in ambito lavorativo [413].

Se l'agilità nel lavoro si presenta funzionale alla felicità (allo star bene) del lavoratore, alla valorizzazione delle sue potenzialità in un certo momento della sua vita, è ben possibile che la si possa pretendere, anche in ragione del vincolo di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001, testo novellato. L'osservazione del giurista si concentra sulle disposizioni normative esistenti, ma, allargando la visuale sino a contemplare gli studi condotti in altri luoghi del sapere, è possibile giungere alla medesima conclusione della configurabilità di una dimensione pretensiva compiuta, pure in questo specifico ambito. Dal versante degli studi economici, coniugati con le analisi degli antropologi, sociologi e psicologi sociali, perviene, infatti, la medesima consapevolezza, espressa già da tempo e qui rilanciata, che l'investimento sul benessere è un investimento vincente. È la teoria dello scambio sociale [414] che porta alla riflessione giusta la quale le relazioni "[…]si evolvono nel tempo in rapporti di fiducia, capaci di generare aspettative di reciprocità, senza che queste siano esplicitate e formalizzate. In altre parole, il soggetto che ha ricevuto un favore tende a sviluppare una predisposizione naturale ed un senso di obbligo personale a ricambiare e restituire quanto ricevuto. In questa prospettiva, leggendo la relazione tra individuo e organizzazione come rapporto di interdipendenza, è possibile interpretare l'offerta di lavoro agile come un supporto fornito

---

[412] Su tutti questi aspetti M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm*., 2008, spec. 499 ss.; G. PELLACANI, A. BELSITO, *Il lavoro a tempo parziale*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2019, 669 ss

[413] In questa direzione già M. BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia,* in *Lav. giur*., 2020, spec. 566, che parla di "spinta all'emersione […] di pretese da parte dei lavoratori all'accesso o alla permanenza in modalità di lavoro agile, quale declinazione della tutela della salute e del benessere".

[414] R. CROPANZANO, M. MITCHELL, *Social Exchange Theory: An Interdisciplinary Review, Journal of Management*, n. 31(6), 874–900 2005, riferimenti completi in *https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0149206305279602.*

dall'organizzazione al benessere dei dipendenti" [415]. I dipendenti ricevuto questo capitale di fiducia dalla parte datoriale saranno "[…] maggiormente motivati, *committed* ed *engaged* sul lavoro […]" [416], e fisiologicamente portati, come più sopra sostenuto, a offrire le migliori performance possibili.

B) Coerentemente con l'approccio, appena prospettato, l'attenzione per la salute bio-psico-sociale (o meglio bio-psico-emotiva) dei lavoratori agili è assai probabile che possa spingersi sino alla pretesa di preservare il proprio benessere (lo star bene), una volta transitati alla modalità di lavoro *smart* [417].

Sotto questo aspetto, va detto che l'ambiente di lavoro deve essere sano e tranquillizzante ovunque venga allocato geograficamente, nonostante, cioè, la sua dematerializzazione. Non va dimenticato che il dirigente-manager, nel settore pubblico, è sottoposto a valutazione rispetto alla sua performance complessiva – e quindi comprensiva pure dell'interazione con le prestazioni agili dei propri collaboratori – e che, in ragione di questa, del tutto peculiare, capacità manageriale, percepirà la propria retribuzione di risultato.

I dirigenti delle nostre amministrazioni dovrebbero sfoderare, pertanto, tutte le doti del leader bravo e giusto, oltre che del buon padre di famiglia "a distanza"; questo per creare ambienti di lavoro sfavorevoli ai comportamenti demotivanti o addirittura discriminatori, adattandosi agli eventuali mutamenti di contesti, come quello generato dalla pandemia del 2020. E che si possa avanzare questa pretesa è dimostrato dalla recente tornata contrattuale per le funzioni centrali, nella parte in cui dispone che "l'amministrazione garantisce al personale in lavoro agile le stesse opportunità rispetto alle progressioni di carriera, alle progressioni economiche, alla incentivazione della performance e alle iniziative formative previste per tutti i dipendenti che prestano attività lavorativa in presenza" [418].

Occorre, infatti, un solido legame di fiducia e reciproco affidamento fra datore di lavoro e lavoratore, ma anche fra dirigente e collaboratori. La parte datoriale deve potersi fidare e affidare al lavoratore da remoto, senza pregiudizi e senza ricorrere a comportamenti differenziati e

---

[415] La riprendono G. VALOTTI, M. BARBIERI, G. GIACOMELLI, L. MICACCHI, F. VIDÈ, *Il lavoro agile: un'occasione da non perdere,* in *Riv. it. pubbl. man.*, vol. 3, n. 2, 2020, 299 ss.

[416] Ancora G. VALOTTI, M. BARBIERI, G. GIACOMELLI, L. MICACCHI, F. VIDÈ, *op. cit*.

[417] Molti sono ormai gli studi in materia che hanno attestato le difficoltà emotive dei lavoratori agili durante la pandemia. In particolare va segnalato uno studio che configura la leadership inadeguata come un predittore sicuro di stress. In questo lavoro si legge che "L'81% degli intervistati lavorava a casa a tempo pieno o part-time (n= 623, 62% donne). Gli impatti dannosi sulla salute del lavoro da casa durante il blocco sono stati vissuti in modo più acuto da coloro con condizioni di salute mentale esistenti indipendentemente dall'età, dal sesso o dallo stato lavorativo e sono stati esacerbati dal lavoro straordinario regolare. In quelli senza condizioni di salute mentale, i predittori di stress e sintomi depressivi erano donne, sotto i 45 anni, lavoro a domicilio part-time e due persone a carico, sebbene gli uomini riferissero livelli maggiori di conflitto tra lavoro e vita. Il luogo e il modello di lavoro hanno avuto un impatto maggiore sulle donne. Una qualità di leadership inferiore è stata un predittore significativo di stress e burnout sia per gli uomini che per le donne e, per i dipendenti di età > 45 anni, ha avuto un impatto significativo sul livello dei sintomi depressivi sperimentati". Cfr PLATTS *et al.*, *BMC Public Health,* (2022) 22:199, in *https://doi.org/10.1186/s12889-022-12630-1*.

[418] Cfr. art. 36 comma 4 dell'ipotesi di accordo rinvenibile all'indirizzo *https://www.aranagenzia.it/attachments/article/12459/Ipotesi%20con%20frontespizio%20CCNL%20FC%202019_2021_firmato.pdf.*

demotivanti [419]. È qui che appare in tutta la sua pregnanza il ruolo del dirigente/manager e l'importanza del personale stile di leadership da mettere in campo. Insomma se il lavoro diventa *smart*, altrettanto è opportuno faccia la dirigenza nell'affinare le proprie doti comunicative, nel costruire obiettivi condivisi e nel motivare e responsabilizzare i propri collaboratori al relativo raggiungimento; e tutto questo adottando un approccio ispirato alla valorizzazione dei propri collaboratori, all'*empowerment*, e impregnato di buona fede e correttezza comportamentale. Questo mantenendo inalterato, anzi valorizzandolo, lo spirito di gruppo e il senso di appartenenza ad una squadra. Insomma alla spersonalizzazione di parte della dinamica lavorativa, deve fare da contrappeso la personalizzazione del modo in cui viene organizzato il lavoro.

Ecco che le virtuose strategie del benessere organizzativo devono contemplare tutti gli aspetti sin qui descritti. Tutto questo esprime la dimensione effettivamente pretensiva che può essere ravvisata in questo punto ormai essenziale del sistema.

Si passa inevitabilmente per l'affinamento delle tecniche di rilevazione delle performance e la migrazione consapevole verso un modello in grado di rilevare davvero anche queste doti di leadership ovvero di allineare attesa sistemica e pretesa. Se cioè il comportamento dirigenziale virtuoso, capace di determinare lo star bene, di preservare la salute emotiva (o felicità) del lavoratore è un comportamento, come si diceva, atteso, in funzione della migliore produttività e quindi soddisfazione delle aspettative della collettività degli utenti, è necessario irrobustire il sistema di rilevazione, in modo da renderlo idoneo a monitorare pure questi aspetti.

Sotto questo profilo è proprio il legislatore ad offrire un formidabile *assist*. Basti osservare la disciplina racchiusa nel POLA (Piano organizzativo del lavoro agile) [420] e poi nel PIAO [421] (Piano integrato di attività e organizzazione), destinato ad assorbirlo. In effetti il POLA – sul quale non è qui possibile dilungarsi e per il cui approfondimento si rinvia alla letteratura [422] che medio tempore si

---

[419] Rinvio a G. NICOSIA, P. SARACINI, C. SPINELLI, *Osservatorio, Il datore di lavoro pubblico alla prova dell'emergenza Coronavirus,* in *Riv. giur. lav*., on line, n. 2, 2020, liberamente consultabile su *https://www.ediesseonline.it/osservatori-rgl/*. Sul tema, in generale, V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2018, 257 ss.; M.L. VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile,* in *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, in Quaderno n. 4, di *Riv. giur. lav.,* 2019, *https://www.ediesseonline.it/quaderno/quaderno-4-2019-il-lavoro-pubblico-e-la-riforma-madia-organizzazione-gestione-e-valutazione/*; A. BOSCATI, *Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione dei temi di vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Estudos de direito desenvolvimento e novas tecnologias*, diretores F. DE SILVA VEIGA, D. PIRES FINCATO, Iberojur, Lisbona, 2020; U. CARABELLI, L. FASSINA (a cura di), *Smart working: tutele e condizioni di lavoro*, Ediesse, Roma, 2021; si leggano pure gli scritti racchiusi in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018; C. ALESSI, M.L. VALLURI, *Il lavoro agile alla prova del Covid-19*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI, *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, 131 ss.

[420] Si vedano le linee guida sul piano organizzativo del lavoro agile (POLA) e indicatori di performance, rinvenibili all'indirizzo *https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/LG_pola_9_dicembre.pdf*.

[421] L'art. 6 comma 2 lett. b) del dl. 80/2021 prevede che il PIAO definisca "la strategia di gestione del capitale umano e di sviluppo organizzativo, anche mediante il ricorso al lavoro agile, e gli obiettivi formativi annuali e pluriennali, finalizzati ai processi di pianificazione secondo le logiche del project management, al raggiungimento della completa alfabetizzazione digitale, allo sviluppo delle conoscenze tecniche e delle competenze trasversali e manageriali e all'accrescimento culturale e dei titoli di studio del personale, correlati all'ambito d'impiego e alla progressione di carriera del personale".

[422] Esaustivo il saggio di L. ZOPPOLI, *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'"ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, in *Lav. pubbl. amm*., 2021, 3 ss.

è formata – sembra avere a cuore questi aspetti proprio nella parte in cui, per il potenziamento del lavoro agile, pretende una maggiore integrazione della misurazione e valutazione con altri strumenti di gestione quali: la *job description*, le rilevazioni periodiche di benessere organizzativo, il livello di *engagement* e motivazione del personale [423]. Insomma il POLA sembra molto interessato alla "salute emotiva" del lavoratore pubblico. È motivato e felice il personale in *smart working*? Sta bene? Parrebbero queste le domande che il Piano pone, coinvolgendo, sulle relative risposte, tutti gli attori del sistema OIV, CUG, RTD (responsabile della transizione digitale).

Dal canto loro, le linee guida di accompagnamento al PIAO, nel riaffermare e rilanciare le logiche del performance management [424], hanno, poi, precisato quali saranno i contenuti auspicabili nella progettazione dei risultati attesi per il futuro, posto che questi dovranno contemplare sia obiettivi di "valore pubblico" (e cioè il benessere di chi sta fuori degli apparati), che obiettivi di "performance" (sintonizzati pure sul benessere di chi sta all'interno degli apparati [425]).

L'inverarsi della dimensione pretensiva, nell'accezione qui ipotizzata, è ravvisabile, pertanto, anche su un diverso piano, sul quale di recente si sono concentrate le attenzioni tanto del legislatore nazionale che di quello sovranazionale: il riconoscimento del diritto/libertà di disconnessione, senza ripercussioni disciplinari.

Lo star bene, il benessere organizzativo va, infatti, perseguito, rispetto al lavoro da remoto, con tutti gli strumenti che possano apparire necessari, ivi compreso il riconoscimento di nuovi diritti, dotati di autentica effettività, in ragione dei mutati contesti. Ciò è di intuitiva comprensione se solo si riflette sul fatto che diventa assai difficile, specie per le madri, prendere le distanze dalle attività lavorative tutte le volte che i luoghi di vita coincidono con quelli di lavoro. Essere sempre connessi e, quindi, raggiungibili dal datore di lavoro, può rendere il rimedio peggiore del male e rischiare di trasformare il lavoro agile da terra promessa del benessere, a causa di conflitto costante tra lavoro e sfera personale, causa esplosiva di stress lavoro – correlato, anzi di infelicità, proprio perché il confine tra lavoro e vita privata diventa evanescente, anzi poroso [426], come è stato ampiamente sperimentato durante tutta l'esperienza pandemica.

---

[423] Cfr. p. 26 del POLA.

[424] Si tratta di un approccio che coinvolge sistemi, metodi e funzioni che hanno il compito di costruire conoscenza (*knowledge*) per determinare apprendimento (*learning*) e migliorare, consequenzialmente, l'organizzazione e le politiche pubbliche. In questa logica la valutazione appare la sede ideale per la ricognizione di flussi informativi destinati a realizzare la conoscenza necessaria per l'apprendimento che reindirizza le *policy* in funzione del complessivo miglioramento sistemico. Diventa cioè un luogo di apprendimento e di rilancio delle strategie gestionali. Per tutti questi aspetti sia consentito rinviare a G. NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale*, cit.

[425] Nelle linee guida si legge, per esempio, la proiezione di performance e obiettivi alla creazione di pari opportunità ed equilibrio di genere. Un evidente richiamo all'art. 7 del d.lgs. n. 165/2001 di cui si è ampiamente detto. Su questi aspetti v. A. VIMERCATI, *L'innovazione organizzativa e il c.d. performance management nell'ottica della parità di genere e dei CUG*, cit.

[426] D. POLETTI, *Il c.d. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"* in *Resp. civ. e prev*., 2017, 6 ss.; E. DAGNINO, I. MOSCARITOLO, *Diritto alla disconnessione: un diritto di nuova generazione?,* in *Bollettino ADAPT*, 19 settembre 2016, 1 ss., disponibile in *http://www.bollettinoadapt.it/diritto-alla-disconnessione-un-diritto-di-nuova-generazione/*; C. SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile,* Cacucci, Bari, 2018; V. FERRANTE, *Il lavoro a distanza e il diritto alla disconnessione*, in A. OCCHINO (a cura di), *Il lavoro e i suoi luoghi*, Vita e Pensiero, Milano, 2018. Rinvio pure al Volume collettivo n. 6/2017 dei WP Massimo D'Antona, dal titolo *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale*, che racchiude scritti di S. CAIROLI, L. MONTEROSSI, G. MARCHI, M. CUTTONE, A. RICCIO, S. BINI, A. DONINI. Si legga, altresì, il recente *Focus sulla disconnessione* pubblicato su *Lav. dir. Europa*, n. 4/ 2021 con interventi di M. BIASI, A. FENOGLIO; C. TIMELLINI; E. FIATA; E. DAGNINO, in h*ttps://www.lavorodirittieuropa.it/*.

La norma che ha timidamente introdotto nel nostro ordinamento il diritto alla disconnessione [427] si è limitata a prevedere che, sul piano dello scambio negoziale dei consensi tra le parti, "l'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché' le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro". Il diritto euro unitario [428] ha poi offerto una sponda importante per la migliore configurazione come strumento effettivo di benessere e soddisfazione [429], ovvero l'e*mpowerment* dal quale ha preso le mosse il ragionamento sin qui sviluppato. Nel frattempo, è stata introdotta una novella con la legge 6 maggio 2021, n. 61 (di conversione del d.l. 13 marzo 2021, n. 30), che ha riconosciuto, per la prima volta, il diritto alla disconnessione. In particolare, l'art. 2, al comma 1 *ter*, così dispone: «Ferma restando, per il pubblico impiego, la disciplina degli istituti del lavoro agile stabilita dai contratti collettivi nazionali, è riconosciuto al lavoratore che svolge l'attività in modalità agile il diritto alla disconnessione dalle strumentazioni tecnologiche e dalle piattaforme informatiche, nel rispetto degli eventuali accordi sottoscritti dalle parti e fatti salvi eventuali periodi di reperibilità concordati. L'esercizio del diritto alla disconnessione, necessario per tutelare i tempi di riposo e la salute del lavoratore, non può avere ripercussioni sul rapporto di lavoro o sui trattamenti retributivi».

Specularmente, dal versante della contrattazione collettiva in ambito pubblico giunge la conferma dell'ormai definitivo ingresso nel nostro ordine giuridico interno.

Nell'ipotesi di accordo per il comparto funzioni centrali sovranazionale è ormai contemplato *expressis verbis* il "diritto alla disconnessione" in ragione del quale, senza timore di incorrere in sanzioni o *deminutio* di qualsiasi natura, "[…] non sono richiesti i contatti con i colleghi o con il dirigente per lo svolgimento della prestazione lavorativa, la lettura delle e-mail, la risposta alle telefonate e ai messaggi, l'accesso e la connessione al sistema informativo dell'Amministrazione".

---

[427] Cfr. art. 19, comma 1, della legge n. 81/2017 che prevede come "L'accordo individua altresì i tempi di riposo del lavoratore nonché' le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro.

[428] La Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 recante raccomandazioni alla Commissione sul diritto alla disconnessione, racchiude importanti considerazioni e input per la disciplina futura in materia. Può essere consultata sul sito *www.aranagenzia.it.*

[429] La Risoluzione riporta l'indagine dell'Eurofound che rileva come un insieme di prove in costante aumento mette in evidenza che tra gli effetti di una delimitazione dell'orario di lavoro, dell'equilibrio tra vita professionale e vita privata, di una certa flessibilità nell'organizzazione del tempo lavorativo, nonché di misure attive volte a migliorare il benessere sul lavoro, figurano conseguenze positive sulla salute fisica e mentale dei lavoratori, un miglioramento della sicurezza sul lavoro e un aumento della produttività della manodopera grazie alla diminuzione di stanchezza e stress, livelli più elevati di soddisfazione e motivazione sul lavoro e tassi più bassi di assenteismo.

Appalti e tutela dei lavoratori*

Alessandro Bellavista

1. Premessa. Un diritto del lavoro rinnovato 175
2. Appalti e condizioni di lavoro 177
3. Il rafforzamento della responsabilità del committente e la parità di trattamento negli appalti 178
4. La successione negli appalti 181
5. La nuova disciplina del subappalto nell'ambito degli appalti pubblici 183
6. Gli interventi sul sistema della contrattazione collettiva 184
7. Conclusioni. La necessità di una strategia integrata 185

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 454/2022

1. Premessa. Un diritto del lavoro rinnovato

Da parecchio tempo, sono divenute estremamente frequenti e diffuse forme di organizzazione dell'attività di impresa basate sul ricorso al cosiddetto lavoro non standard o atipico (lavoro a termine, in somministrazione, *part-time*, intermittente) e sulle esternalizzazioni e sulla frammentazione dei processi produttivi. L'evoluzione legislativa italiana ha, però (rispetto al passato), agevolato queste tendenze, soprattutto a partire dal d.lgs. n. 276/2003, attraverso un progressivo ampliamento delle figure di lavoro atipico e una riduzione dei vincoli alle esternalizzazioni e specialmente all'appalto.

A seguito dell'adozione, da parte dei *policy makers*, di una prospettiva ideologica tipicamente neoliberista[430], le esigenze delle imprese di flessibilità nella gestione della forza lavoro sono state così privilegiate nell'aspettativa, mai compiutamente realizzata, di una crescita complessiva dell'occupazione. Tuttavia, nel lungo periodo, l'effetto di tali politiche è stato quello di un aumento della precarietà, dell'instabilità dei rapporti di lavoro, del cosiddetto «lavoro povero»[431], delle diseguaglianze e, in fin dei conti, dell'erosione degli standard lavoristici di tutela[432].

Beninteso, queste politiche del lavoro si sono dimostrate coerenti con un sistema produttivo orientato, in prevalenza, alla ricerca di una competitività fondata principalmente sulla riduzione dei costi e specialmente di quelli del lavoro. E difatti, una chiara sintesi della struttura del capitalismo italiano è stata offerta dalle «considerazioni finali» del 2021 del Governatore della Banca d'Italia, secondo cui «la specializzazione in attività tradizionali e la piccola dimensione riducono la domanda di lavoro qualificato, generando un circolo vizioso di bassi salari e modeste opportunità di impiego che scoraggiano gli investimenti in istruzione».

È così evidente che la possibilità dell'Italia di reggere le prossime sfide dei mercati globali dipende dalla sua capacità di spostare il baricentro del proprio modello produttivo nelle aree dell'economia della conoscenza e dell'alta specializzazione. Settori questi dove il ruolo del capitale umano è indiscutibile. Il che implica che anche la legislazione lavoristica debba fare la sua parte per perseguire l'obiettivo verso la cosiddetta via alta allo sviluppo, che richiede qualità e stabilità dei rapporti di lavoro ed elevate professionalità e competenze del personale.

Ciò significa, per le politiche del lavoro, non assecondare più le ripetute richieste delle imprese di una riduzione dei costi, per affrontare la concorrenza nei mercati globali, specie attraverso l'aumento della flessibilità della manodopera, ma condizionare la concessione della medesima flessibilità ad investimenti in innovazione, alla crescita del lavoro di qualità e a specifiche e circostanziate esigenze produttive. Perciò, è anzitutto necessario adottare un ampio programma di politica economica che rigetti le impostazioni neoliberiste prevalenti negli ultimi anni e adotti visioni più

---

[430] Cfr. A. BOITANI, *L'illusione liberista*, Bari – Roma, Laterza, 2021.

[431] Cfr. M. RAITANO – M. JESSOULA – M. NATILI – E. PAVOLINI, *I working poor in Italia*, in *Quaderni della coesione sociale*, 2019, n. 2, p. 4 ss.; M. BAVARO, *Working poor, tra salari bassi e lavori intermittenti*, in www.*lavoce.info*, 1° ottobre 2021; M. MARUCCI, *Contro il lavoro povero non basta il salario minimo*, *ivi*, 22 aprile 2021; M. BARBIERI, *La proposta di direttiva sul salario minimo legale: opportunità e limiti*, in *DRI*, 2021, p. 387 ss.

[432] Cfr. C. TRIGILIA (a cura di), *Capitalismi e democrazia*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 16 ss.; AA.VV., *Salari rubati*, Verona, Ombre corte, 2017, p. 7 ss.; L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe,* Roma – Bari, Laterza, 2012, p. 10 ss.; M. FANA – S. FANA, *Basta salari da fame!*, Bari – Roma, Laterza, 2019, p. 44 ss.

equilibrate, in cui il valore del lavoro, la tutela della persona del lavoratore, la ricerca della «piena e buona occupazione»[433] rappresentino la stella polare di ogni cambiamento. Questo comporta, tra l'altro, intervenire regolando la concorrenza, per evitare che essa si svolga in modo selvaggio e per fare sì che essa sia socialmente sostenibile. E, a questo riguardo, una funzione determinante assume la garanzia della qualità del lavoro e della sua protezione. E cioè, «un mercato del lavoro più stabile e con lavoratori più retribuiti rappresenta, infatti, un incentivo alle imprese per aumentare la produttività attraverso gli investimenti in innovazione invece di competere tramite una riduzione dei costi, in particolare il salario»[434].

Sicché, il diritto del lavoro è indotto a confermare la sua ragion d'essere quale strumento di protezione e di emancipazione del lavoratore, e quindi tecnica (per quanto, in una certa misura, «reversibile») di regolazione della concorrenza tra la forza lavoro e anche tra le imprese[435]. Il che trova esplicito riscontro nel nuovo percorso intrapreso dall'Unione europea, ora molto più attenta alla dimensione sociale rispetto al passato, e laddove la recente proposta di direttiva «relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea», attualmente in fase discussione, mira proprio a contrastare il *dumping* sociale e la «povertà lavorativa» all'interno della comunità[436]. E il richiamo alla finalità della lotta al *dumping sociale* (e quindi all'obiettivo di impedire una concorrenza basata sulle differenti condizioni salariali esistenti nei diversi Stati membri dell'Unione) ha consentito alla Corte di giustizia di giustificare la legittimità della direttiva (UE) 2018/957, «relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di un prestazione di servizi» (che amplia la tutela dei lavoratori distaccati), facendo anche richiamo alla cosiddetta clausola sociale orizzontale dell'art. 9 TFUE[437].

In questa prospettiva, vanno abbandonate le politiche di precarizzazione del lavoro e va ridimensionato l'eccessivo pacchetto di lavori non standard oggi disponibile, consentendo l'attivazione di ogni dose di flessibilità in entrata in modo controllato e contingentato. È, poi, da rafforzare la tutela per il licenziamento ingiustificato nel contratto a tempo indeterminato, che è stata incongruamente ridotta negli ultimi anni. Inoltre, è indispensabile una drastica e rigorosa revisione della disciplina delle forme attraverso cui si realizzano le esternalizzazioni e la frammentazione dei processi produttivi. E ciò in modo da impedire usi opportunistici di tali strumenti al solo scopo della ricerca del profitto e a danno dei lavoratori[438].

Significative suggestioni per la riforma della disciplina lavoristica nelle direzioni anzidette sono contenute in vari progetti: tra cui, in particolare, nella Carta dei diritti universali del lavoro del 2016 (da ora Carta) della Cgil e nel progetto di legge intitolato «Restituire diritti e dignità dei

---

[433] Cfr. L. PENNACCHI, *Per il rilancio di una piena e buona occupazione*, in *Italianieuropei*, 2017, n. 2.

[434] N. GIANGRANDE, *La precarietà occupazionale e il disagio salariale in Italia. Le conseguenze della pandemia sull'occupazione e sui salari*, in *Working paper FDV*, 2021, n. 2, p. 19.

[435] Cfr. G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *LD*, 2004, p. 257 ss.; U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *DLRI*, 2013, p. 585 ss.

[436] Cfr. O. RAZZOLINI, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in *LDE*, 2021, p. 1 ss.; G. PROIA, *La proposta di direttiva sull'adeguatezza dei salari minimi*, in *DRI*, 2021, p. 26 ss.

[437] Cfr. G. ORLANDINI, *La Corte di giustizia fa salve le nuove regole antidumping sul distacco transnazionale: respinti i ricorsi di Ungheria e Polonia*, in *Diritti & Lavoro flash*, 2020, n. 8, p. 12 ss.

[438] Cfr. R. RIVERSO, *La sottile linea tra legalità e sfruttamento nel lavoro*, in *QG*, 2017, p. 6 ss.

lavoratori»[439], che è parzialmente confluito nella proposta n. 1423, presentata alla Camera dei Deputati il 6 dicembre 2018.

In questa sede, stante l'evento cui è legata, ci si limiterà ad affrontare le problematiche scaturenti dai sistemi di esternalizzazione[440] tramite l'appalto.

2. Appalti e condizioni di lavoro

È noto, infatti, che i processi di disintegrazione verticale e di frammentazione della catena produttiva costituiscono forme di *exit option* attraverso i quali i datori aggirano i vincoli regolativi presenti nei propri confini organizzativi, perché si avvalgono comunque di prestazioni di lavoro, offerte dai fornitori esterni, sottoposte ad una disciplina diversa e meno protettiva. È l'appalto lo strumento principale mediante il quale si realizza tale fuga dal mercato del lavoro interno e si concreta una vera e propria elusione «della struttura istituzionale di regolazione e protezione del lavoro»[441]. Con l'effetto finale di una corsa al ribasso delle condizioni di lavoro e dei salari. Si tratta di un fenomeno non nuovo, perché «la struttura industriale italiana ha sempre presentato tratti di accentuata frammentazione» realizzati tramite i «processi di decentramento produttivo»[442]. Ma, come s'è già accennato, gli allentamenti della rigidità della disciplina lavoristica, e in particolare dei vincoli alle esternalizzazioni, iniziati con il d.lgs. n. 276/2003, hanno agevolato tutto ciò.

In molti settori, l'uso dell'appalto ha consentito (e consente) di affidare ai fornitori esterni anche fasi centrali del processo produttivo e appartenenti al *core business* dell'impresa. Per esempio, dettagliate ricerche nell'ambito dell'industria della carne mettono in luce come l'appalto abbia favorito un processo di «delocalizzazione di prossimità»: vale a dire «i dipendenti "esternalizzati" infatti lavorano solitamente all'interno degli stessi stabilimenti, in spazi contigui – seppur separati – rispetto al personale assunto direttamente dall'azienda committente»[443]. E situazioni analoghe si riscontrano in modo diffuso: specie nella logistica[444], nell'alimentare[445], nelle costruzioni,

---

[439] Cfr. P. ALLEVA, *Restituire diritti e dignità ai lavoratori*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2018, p. 5 ss.

[440] Per un ampio quadro delle molteplici questioni, sotto il profilo della garanzia dei diritti dei lavoratori, scaturenti dalle varie forme di esternalizzazione e che, quindi, vanno al di là del solo appalto, cfr. M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 9 ss.; P. ALLEVA, *Restituire*, cit., p. 63 ss.

[441] L. DORIGATTI – A. MORI, *L'impatto delle scelte datoriali sulle condizioni di lavoro e sulle diseguaglianze: disintegrazione verticale, esternalizzazioni e appalti*, in *Soc. lav.*, 2016, p. 14. E cfr. D. IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 1 ss.;

[442] M. ROCCELLA, *I salari*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 81.

[443] V. PIRO – D. SACCHETTO, *Segmentazione del lavoro e strategie sindacali nell'industria della carne*, in *SM*, 2020, p. 521. E cfr., anche, L. DORIGATTI, *Ridotte all'osso. Disintegrazione verticale e condizioni di lavoro nella filiera della carne*, in *Meridiana*, n. 93, 2018, p. 51 ss.; P. CAMPANELLA, *Nuove sfide per le relazioni industriali in Europa: il caso della industria della carne in cinque contesti nazionali*, in *DRI*, 2020, p. 935 ss.; S. BATTISTELLI, *Legittimità e criticità delle esternalizzazioni in Italia: il caso dell'industria delle carni*, *ivi*, 2020, p. 974 ss.; G. CENTAMORE – D. DAZZI, *Tendenze delle relazioni industriali nel settore suinicolo: il caso italiano in un quadro europeo*, in *DLRI*, 2020, p. 57 ss.

[444] Cfr. l'approfondimento dedicato a *Logistica e lavoro*, con scritti di A. ALLAMPRESE, O. BONARDI, G. GRAPPI, L. DORIGATTI, A. MORI, C. ALESSI, A. BELLAVISTA, P. CAMPANELLA, in *RGL*, 2020, I, p. 363 ss.; e S. BOLOGNA – S. CURI, *Relazioni industriali e servizi di logistica: uno studio preliminare*, in *DLRI*, 2019, p. 125 ss.; A. ALLAMPRESE – O. BONARDI (a cura di) *Logistica e lavoro*, Roma, Ediesse, 2018.

[445] Cfr. G. FROSECCHI – G. ORLANDINI, *Esternalizzazione del core business nel settore alimentare: il caso Italpizza*, in *LD*, 2021, p. 347 ss.; U. FRANCIOSI, *Il caso Castelfrigo*, in A. ALLAMPRESE – O. BONARDI (a cura di), *Logistica*, cit., p. 127 ss.

nell'alberghiero, nella manifattura, nei servizi[446], e finanche in ampie aree delle pubbliche amministrazioni[447].

Così, l'*exit option* dell'impresa committente o *leader*, attraverso l'esternalizzazione, permette di scaricare costi e responsabilità sul fornitore, producendo la cosiddetta «fessurazione dei luoghi di lavoro»[448]. Tale concetto riassume la dispersione dei processi produttivi tra varie organizzazioni e il progressivo peggioramento delle condizioni di lavoro lungo la catena (detta anche «catena del valore») delle relazioni contrattuali che legano le differenti imprese[449].

Tali conseguenze erano state prefigurate fin dal varo del d.lgs. n. 276/2003, laddove si osservava che il «superamento» della «regola dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore (o meglio, garanzia solidale delle due imprese per il riconoscimento ai dipendenti dell'appaltatore di trattamenti non inferiori a quelli goduti dai lavoratori del committente) … rischia di incentivare un aumento di appalti determinati appunto dalla mera ricerca di imprese con più basso costo del lavoro, magari appositamente promosse e costituite per collocarsi in settori dotati di più deboli contratti collettivi»[450].

Tutto questo impone di allargare lo sguardo per considerare quali siano gli strumenti migliori per impedire ai committenti di selezionare i fornitori solo in base ad una logica di competizione sui costi e, in particolare, del lavoro; nonché di rendere non più convenienti scelte siffatte.

In altri termini, se l'*exit option* dell'impresa committente, attraverso l'esternalizzazione, non dovesse più permettere a questa di scaricare costi e responsabilità sul fornitore, come al momento avviene, tenderebbero anche a scomparire i molteplici soggetti pseudo-imprenditoriali, presenti nella filiera degli appalti come appaltatori e subappaltatori, che spesso agiscono solo come meri serbatoi di manodopera. In questa prospettiva, bisogna prendere atto che, per contrastare le 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 lavoro.

È necessario quindi responsabilizzare il committente (molto di più di quanto al momento si verifica) rispetto alle condizioni assicurate dai propri fornitori ai loro dipendenti.

3. Il rafforzamento della responsabilità del committente e la parità di trattamento negli appalti

La responsabilizzazione del committente trova riscontro, in base alla normativa vigente, nella

---

[446] Cfr., ampiamente, V. FURLANETTO, *Noi schiavisti. Come siamo diventati complici dello sfruttamento di massa*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

[447] Cfr. L. DORIGATTI – A. MORI, *L'impatto delle scelte datoriali*, cit., p. 5 ss.; M. VERRUGGIO, *Dumping contrattuale: sanare i bilanci pagando 4 euro l'ora*, 6 febbraio 2021, in *www.glistatigenerali.com*.

[448] D. WEIL, *The Fissured Worplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard, 2014; A. LO FARO – F. SCARPELLI, *Introduzione* al tema *La regolazione degli appalti tra normativa nazionale ed europea, giurisprudenza, prassi*, in *RGL*, 2017, p. 381 ss.

[449] Cfr. L. DORIGATTI, *La precarietà invisibile*, in *il Mulino*, 2018, p. 561 ss.

[450] F. SCARPELLI, *Appalto e distacco*, in E. GRAGNOLI – A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, Cedam, 2004, p. 436.

previsione della responsabilità solidale tra il medesimo, l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori quanto ai trattamenti retributivi (e ai contributi previdenziali) spettanti ai dipendenti di questi ultimi, come sancito dall'art. 29, d.lgs. n. 276/2003[451]. La disposizione è stata più volte modificata, nel corso degli anni; ma dopo la novella del 2017, provocata dalla necessità di evitare il referendum popolare sul testo allora vigente, non v'è dubbio che la tutela da essa garantita sia più efficace rispetto a prima[452]. Resta il problema che l'enunciato assicura solo la possibilità ai dipendenti dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori di aggredire i beni del committente per conseguire quanto loro dovuto dal proprio datore. Ciò che manca, e la cui assenza inevitabilmente favorisce la spinta alla frammentazione del ciclo di impresa, è la parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, come invece era previsto dall'abrogata disciplina della l. 23 ottobre 1960, n. 1369[453].

Sembra così opportuna la reintroduzione di siffatta garanzia, accompagnata, peraltro, dalla codificazione di criteri più stringenti, rispetto a quelli contenuti nell'art. 29, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, per distinguere l'appalto genuino dall'intermediazione illecita di manodopera ovvero dagli appalti di mere prestazioni di lavoro.

Sia la Carta della Cgil sia la proposta di legge n. 1423 offrono chiare indicazioni per colmare le falle dei meccanismi di tutela in queste situazioni non solo *de iure condendo*, ma anche parzialmente *de iure condito*. E cioè, tali progetti fissano linee di confine tra l'appalto genuino e quello di mere prestazioni di lavoro che possono anche essere utilizzate dalla giurisprudenza nell'interpretazione del testo attuale dell'art. 29, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, nei casi problematici dei cosiddetti appalti ad alta intensità di manodopera o *labour intensive*, in cui è più frequente il rischio di sfruttamento della manodopera. Con ciò confermando l'idea che «il discrimine tra l'appalto lecito e l'appalto illecito, anche endoaziendale, non può essere dato dalla mera direzione della forza lavoro», e che, «ai fini della liceità occorre l'organizzazione e la gestione autonoma dell'opera o del servizio con assunzione del rischio economico del risultato pattuito»[454].

Anzitutto, la proposta n. 1423 modifica l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, «specificando che l'appalto cosiddetto "*labour intensive*", ossia consistente essenzialmente in prestazioni di lavoro, è lecito solo se riguarda lavoratori specializzati che garantiscano un notevole valore aggiunto rispetto all'ipotesi che quel servizio sia eseguito da normali dipendenti del committente». La disposizione progettata sancisce che «non è considerato legittimo l'appalto consistente in mere prestazioni di lavoro, salvo che l'appaltatore eserciti il potere organizzativo e direttivo esclusivamente nei confronti di lavoratori in possesso di competenze specialistiche e diverse da quelle dei lavoratori alle dipendenze del committente, tali da generare un evidente incremento di produttività e di risultati».

La Carta della Cgil è ancora più analitica, perché parte da un generale divieto (salva ovviamente l'ipotesi della somministrazione lecita) di «utilizzazione diretta di lavoratori dipendenti di soggetti terzi»: ipotesi vietata che «si verifica quando il soggetto interponente eserciti un ruolo esclusivo

---

[451] Responsabilità solidale allargata a danni non indennizzati ad opera degli istituti previdenziali, dall'art. 26, c. 4, d.lgs. n. 81/2008.

[452] Cfr. D. GAROFALO, *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 17 ss.; L. FERLUGA, *La tutela dei lavoratori e il regime della responsabilità solidale nel contratto di appalto alla luce delle recenti (e forse ultime) modifiche*, in *VTDL*, 2018, p. 407 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., p. 189 ss.

[453] Cfr. U. CARABELLI, *La responsabilità del datore di lavoro nelle organizzazioni di impresa complesse*, in *DRI*, 2009, p. 91 ss.

[454] R. RIVERSO, *Cooperative spurie ed appalti. Nell'inferno del lavoro illegale*, in *QG*, 30 aprile 2019, p. 9.

o prevalente con riguardo all'organizzazione e direzione del prestatore o dei prestatori di lavoro». Poi, la Carta aggiunge che «si ritiene in ogni caso prevalente il ruolo dell'interponente quando l'appaltatore interposto si limiti a svolgere le attività amministrative ed operative necessarie alla messa a disposizione del personale, ivi compresa l'eventuale organizzazione di turni e la sostituzione di personale assente». Inoltre, «il ruolo prevalente dell'interponente non è escluso dall'esercizio da parte dell'interposto o di personale che da lui dipenda, di poteri gerarchici e direttivi nei confronti degli altri lavoratori, quando per la natura della prestazione, per le sue modalità organizzative, per i rapporti intercorrenti tra il personale dell'interponente e il personale direttivo dell'interposto, non risulti un effettivo ruolo organizzativo del soggetto interposto e l'utilizzo da parte di questo di un significativo *know-how* di impresa». Sul piano dell'accertamento in concreto della fattispecie vietata, è significativa la precisazione che «il giudice può assegnare valore di presunzione dell'interposizione all'assenza, per quanto riguarda l'interposto, di una significativa autonoma struttura di impresa rispetto al personale impiegato nell'opera o nel servizio, alla ridotta dimensione o capitalizzazione dell'impresa, all'eventuale rapporto di monocommittenza con l'interponente, alla presenza di rapporti di dipendenza economica, finanziaria o di controllo con l'interponente, all'assenza di caratteristiche di effettiva specializzazione dell'opera o del servizio resi rispetto alle attività rientranti nel ciclo produttivo del committente o interponente».

La recente giurisprudenza adotta prospettive simili ed è molto attenta nella ricerca del datore di lavoro sostanziale[455]. Ad esempio, in un caso riguardante un appalto per la gestione della logistica di un magazzino, essa ritiene sussistente la fattispecie interpositoria vietata, sulla base del fatto che il committente domini l'intera organizzazione del lavoro della struttura tramite la dotazione dei lavoratori dell'appaltatore di strumenti tecnologici che ne consentono la direzione e il controllo: tra cui cuffie, microfoni e pistole a radiofrequenza[456]. In un'altra ipotesi, riguardante proprio l'industria della carne, la somministrazione illecita di manodopera è stata ravvisata nella circostanza che «non solo la lavorazione appaltata» (cioè la «lavorazione e confezionamento delle carni») «è pienamente compenetrata nell'azienda ed inseparabile dal ciclo produttivo (anzi rappresenta l'intero ciclo produttivo), ma anche i lavoratori esterni ad essa impiegata diventano corpo unico con l'azienda appaltante, perché in essa completamente inseriti e non scindibili né eliminabili»[457].

Di particolare rilievo è che sia la Carta della Cgil sia la proposta n. 1423 reintroducono la regola della parificazione dei trattamenti minimi tra dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore, con la previsione che quest'ultimi ovviamente restano legati dal vincolo di solidarietà. La Carta della Cgil limita l'applicazione della responsabilità solidale per il trattamento minimo «ogni qualvolta un'impresa affidi ad altra impresa la realizzazione di una fase o porzione del proprio ciclo produttivo, mediante contratto di appalto o di altro tipo, in base al quale l'affidatario operi in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'affidante»; precisando poi nel dettaglio i criteri di individuazione della suddetta dipendenza economica. E poi, la stessa Carta mantiene il vincolo di solidarietà, ma senza il precetto di parificazione dei trattamenti, per gli appalti in cui non si riscontri la dipendenza economica dell'appaltatore.

---

[455] Cfr. G. FLAIM, *La tutela del lavoro nell'impresa frammentata (in modo fittizio o genuino): due nitide pronunce della Suprema Corte*, in *QG*, 10 settembre 2020, p. 1 ss.; T. Milano, 18.3.2019, n. 7200; App. Brescia, 19 febbraio 2019, n. 65.

[456] Cfr. T. Padova 16.7.2019, in *LG*, 2019, 1135 ss.

[457] T. Reggio Emilia 13.2.2018, n. 41; e, sui profili sanzionatori degli appalti illeciti, cfr. S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 992 ss.

Dal canto suo, la proposta n. 1423 prescinde da tale condizione (di dipendenza economica) e sancisce l'applicazione della regola paritaria e della garanzia della responsabilità solidale agli «appalti di opere o di servizi compresi lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti da eseguire all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore».

Così, la reintroduzione del principio della parità di trattamento 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. E, come s'è visto dall'esame delle proposte citate, 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* particolari.

Non si può nascondere che si potrebbero presentare concreti problemi di applicazione della regola paritaria quasi analoghi a quelli che hanno riguardato l'art. 3 dell'abrogata l. n. 1369/1960. Ciò perché entrambi i progetti circoscrivono l'operatività della suddetta regola a peculiari casi di appalti: la Carta a quelli connessi al «ciclo produttivo», la proposta n. 1423 a quelli «da eseguire all'interno delle aziende»[458].

Beninteso, oltre a sottolineare che è illusorio pensare che esistano norme perfette, e quindi efficaci in modo automatico, va detto che l'accoglimento di tale principio avrebbe comunque un enorme valore simbolico, perché eserciterebbe di fatto una pressione sui committenti a rifuggire da scelte basate solo su ragioni di costo e non motivate da reali esigenze produttive.

D'altra parte, utili spunti *de iure condendo* pervengono, altresì dalla più recente esperienza comparata. Difatti, in Germania, una legge del 2020 ha previsto l'obbligo per le imprese del settore della lavorazione della carne di avvalersi solo di dipendenti diretti per alcune delle fasi centrali del processo produttivo, con ciò vietando ogni forma di esternalizzazione[459]. L'intervento del legislatore tedesco è stato sollecitato dall'evidente dato che tali pratiche mettevano in pericolo i più elementari diritti dei lavoratori. Ciò dimostra come sia possibile, in determinati contesti caratterizzati dal forte sfruttamento della manodopera esterna, incidere sulle scelte organizzative dell'impresa con adeguati bilanciamenti dei contrapposti interessi, affinché si riducano *a priori* i rischi a danno dei lavoratori.

4. La successione negli appalti

Un momento particolarmente delicato è quello del cambio d'appalto, alquanto frequente a causa sia (soprattutto) della tendenza degli appaltanti a ridurre i costi della catena, mutando le condizioni dell'appalto ad ogni scadenza, sia (anche) della fragilità dei fornitori-appaltatori. La Carta prevede un articolato meccanismo volto a rafforzare la tutela dell'occupazione dei lavoratori

---

[458] Cfr. M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 158 ss.; D. IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 31 ss.; M. NICOLOSI, *Il lavoro esternalizzato*, cit., p. 173 ss.

[459] Cfr. W. DÄUBLER, *Arbeitsschutz schafft neues Arbeitsrecht!?*, in *NZA*, 2021, p. 86 ss; S. EROL – T. SCHULTEN, *Renewing labour relations in the german meat industry*, in *WSI Report*, n. 61, gennaio 2021, p. 1 ss.

coinvolti nel cambio d'appalto. Questo documento è, tuttavia, precedente alla modifica dell'art. 29, c. 3 d.lgs. n. 276/2003, operata dalla l. comunitaria n. 122/2016, varata per evitare la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea per contrasto con la direttiva 2001/23/CE in materia di trasferimento d'azienda[460].

Tuttavia, appare opportuna una piccola manutenzione del nuovo testo dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, in modo tale da rafforzarne il contenuto protettivo. In una direzione siffatta si muove la proposta n. 1423 che suggerisce la sostituzione dell'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, con la previsione secondo cui «in caso di subentro di nuovo appaltatore si applicano le disposizioni dell'art. 2112 c.c., salvo che tra i due contratti di appalto vi siano evidenti elementi di discontinuità con riguardo ai mezzi strumentali utilizzati e al contenuto dell'attività svolta; in tale ultima ipotesi i lavoratori hanno comunque diritto al reimpiego da parte del nuovo appaltatore senza peggioramento delle condizioni economiche e normative».

Insomma, si tratta con chiarezza di stabilire, come regola generale, che la successione negli appalti rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c., in presenza delle condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[461]. E, in caso contrario, comunque garantendo ai lavoratori coinvolti apposite salvaguardie occupazionali ed economiche, generalizzando le previsioni delle clausole sociali più garantiste della contrattazione collettiva[462].

D'altra parte, v'è chi ritiene che, grazie all'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, abbia ottenuto un riconoscimento legislativo il diritto del lavoratore, coinvolto nel cambio di appalto, alla continuità occupazionale «sia pure attraverso una norma di segno negativo, e ciò a prescindere dalla previsione contenuta in un contratto collettivo». Secondo questa tesi, ostacolare la suddetta soluzione, richiamando la libertà economica d'impresa, e quindi la libertà dell'imprenditore di scegliere la forza lavoro, costituisce «un vero e proprio apriorismo ideologico». Questo perché «la libertà di scelta, pur riconosciuta dal nostro ordinamento…, non può ritenersi pregiudicata dal diritto al passaggio dei lavoratori impiegati nell'appalto nella misura in cui questo opera a cascata, con una totale e piena compensazione tra l'imposizione iniziale del vincolo e la liberazione totale finale, al momento del cambio»[463].

Per ciò che concerne gli appalti pubblici andrebbe maggiormente promossa la stabilità occupazionale e la tutela dei lavoratori investiti dal cambio di appalto, con un'opportuna modifica dell'art. 50, d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). Condivisibile è la nuova formulazione di tale ultima previsione suggerita dalla proposta n. 1423, secondo cui «per gli affidamenti dei contratti

---

460 Cfr. D. GAROFALO, *Lavoro*, cit., p. 73 ss.; C. FALERI, *Ciò che appalto non è. A proposito dell'intervento riformatore in materia di successione di appalti e trasferimento d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 1044 ss.; M.T. CARINCI, *Processi di ricomposizione e di scomposizione dell'organizzazione: verso un datore di lavoro "à la carte"?*, in *DLRI*, 2016, p. 734 ss.

461 Cfr. M. ROCCELLA – T. TREU – M.P. AIMO – D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 8° ed., Padova, Cedam, 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, Giappichelli, 2017, 209 ss.; G. A. RECCHIA, *Cambio appalto, stabilità occupazionale e contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 235 ss.

462 Cfr. E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale nel lavoro privato*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 261 ss.; F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano*, Pisa, Pacini, 2020, p. 153 ss.; L. RATTI, *Autonomia collettiva e tutela dell'occupazione*, Padova, Cedam, 2018, p. 99 ss.

463 D. GAROFALO, *Il cambio di appalto tra disciplina legale e disciplina autonoma*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, cit., p. 205 s.

di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a subordinare l'esito positivo della gara alla garanzia della piena stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo inoltre l'applicazione da parte dell'aggiudicatario delle condizioni di orario e di retribuzione proprie dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, e comunque non peggiorative rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva applicata dall'impresa cessionaria».

È evidente che, con un siffatto enunciato, si porrebbero dei limiti alla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore subentrante giustificati dall'esigenza prevalente della garanzia degli interessi dei lavoratori coinvolti dal fenomeno successorio; e, anche, a ben vedere, di una regolazione del mercato degli appalti pubblici che contemperi il principio della concorrenza con i preminenti valori sociali di cui non può non tenere conto la pubblica amministrazione[464].

5. La nuova disciplina del subappalto nell'ambito degli appalti pubblici

Di recente, in Italia, è stato modificato (con il d.l. n. 77/2021) l'art. 105, c. 14, d.lgs. n. 50/2016, che ora prevede che «il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale»[465].

Quest'ultima disposizione si lega, in particolare, all'art. 30, c. 4, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

La novella del citato art. 105, c. 14, d.lgs. n. 50/2016, introduce così, nell'ambito della catena degli appalti pubblici, il principio della parità di trattamento tra i dipendenti dell'appaltatore principale e del subappaltatore, con ciò bloccando la diffusa prassi per cui i subappaltatori applicano contratti collettivi meno onerosi rispetto a quelli degli appaltatori[466].

---

[464] Cfr., per alcuni spunti, P. TULLINI, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2018, I, p. 207 ss.; C. FALERI, *Ciò che appalto non è*, cit., p. 1061 ss.; M. NOVELLA, *Costo del lavoro e retribuzione negli appalti pubblici di servizi*, in *LD*, 2020, p. 276 ss.

[465] Cfr. I. PETRONE, *Le novità in chiaroscuro della nuova disciplina del subappalto nell'ambito degli appalti pubblici*, in *Diritti & Lavoro flash*, 2021, n. 5, p. 4 ss.; R. SCHIAVO – G. PIGLIALARMI, *La nuova disciplina del subappalto nei contratti pubblici*, in *Bollettino ADAPT*, 2 novembre 2021, n. 18.

[466] Cfr. O. RAZZOLINI – D. ANDREUTTO - T. SORBELLO, *Il conflitto nel settore dell'igiene ambientale: evidenze empiriche d'un Italia divisa in due*, in *DLRI*, 2020, p. 400 ss.

Ma con ciò non è risolto il problema dei problemi che concerne questo settore[467]. Difatti, per la giurisprudenza amministrativa, l'appaltatore principale (o affidatario) può liberamente scegliere il contratto collettivo da applicare «con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto»[468]. Il che ha determinato che, negli appalti pubblici, sia diffusa, da parte degli appaltatori, l'utilizzazione di contratti collettivi, come quello multiservizi o vigilanza e servizi fiduciari che hanno (in base alle declaratorie contrattuali) un campo di applicazione tanto ampio da consentirgli di osservare il citato limite, ma che prevedono trattamenti economici molto bassi[469]. Il che è tanto eclatante da fare sì che il contratto collettivo vigilanza e servizi fiduciari sia stato spesso ritenuto, dalla giurisprudenza, in contrasto con l'art. 36 Cost.[470]. La soluzione di tali questioni richiede, però, un apposito intervento legislativo di manutenzione del sistema delle relazioni industriali che verrà tra poco esaminato e che comunque contenga l'obbligo di rispettare un contratto collettivo *leader* che assicuri ai lavoratori condizioni dignitose.

Su un piano più generale, sarebbe opportuno un ripensamento delle politiche di esternalizzazione messe in campo dalle pubbliche amministrazioni fortemente influenzate dall'ideologia del *New Public Management* che ha pervaso le riforme avviate a partire dagli anni novanta del secolo scorso. È un dato, indiscutibile, che qui la scelta di appaltare servizi e funzioni persegue una mera ragione di risparmio dei costi e produce la situazione paradossale per cui soggetti pubblici si avvalgono di lavoratori esterni con trattamenti nettamente inferiori a quelli degli interni e, talvolta, con condizioni al limite di un vero e proprio sfruttamento[471]. Di conseguenza, *rebus sic stantibus*, è indispensabile porre un freno a tali possibilità di indiscriminato ricorso agli appalti, consentendoli solo per attività di peculiare specializzazione ed eccezionali e quindi lontane dal *business* ordinario. E, inoltre, bisognerebbe andare oltre: e cioè, con decisione riformare la suddetta disciplina, in linea con la nuova sensibilità sociale dell'Unione europea e di una parte della stessa giurisprudenza amministrativa[472], avendo l'obiettivo di assicurare buone condizioni di impiego dei lavoratori. Insomma, si tratta di trasformare il *procurement* pubblico «da uno strumento di *market-making* a uno strumento di *market embedding*»[473].

6. Gli interventi sul sistema della contrattazione collettiva

Mutatis mutandis, nel settore privato, in cui al momento non esiste alcun principio legale di parità di trattamento lungo la filiera degli appalti, v'è un vero e proprio *Far West* contrattuale in cui v'è una prolificazione di contratti collettivi, anche siglati da organizzazioni di scarsa o nulla rappresentatività (i cosiddetti contrati «pirata») aventi campi di applicazione sovrapponibili.

---

[467] Più in generale, per una condivisibile lettura della funzione *antidumping* salariale del Codice dei contratti pubblici, cfr. M. NOVELLA, *Costo del lavoro*, cit., p. 265 ss.

[468] Consiglio di Stato, 6.8.2019, n. 5574; Id., 15.3.2021, n. 2168.

[469] Cfr. O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11 ss.; L. BISON, *Cultura umiliata. Lavorare nei musei a 4 euro l'ora: il contratto dei vigilantes si fa strada nei Comuni*, in *il Fatto Quotidiano*, 28 giugno 2021, p. 13.

[470] Cfr. T. Torino 9.8.2019, n. 1128, in *Labor*, 2020, 75 ss., con nota di M. GIACONI; T. Milano, 25.2.2020, n. 225; Id., 4.12.2020, n. 2539.

[471] Cfr. L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro nei servizi sociali: disintegrazione verticale e procurement pubblico*, in *SM*, 2017, p. 459 ss.; M. FANA – S. FANA, *Basta salari*, cit., p. 66 ss.

[472] Cfr. Consiglio di Stato, 20.10.2021, n. 7053.

[473] L. DORIGATTI, *Condizioni di lavoro*, cit., p. 485.

Perciò, sovente, il contratto collettivo diventa uno strumento concorrenziale tra le imprese che operano negli stessi ambiti merceologici, avendo ciascuna di queste la possibilità di scegliere un contratto collettivo meno gravoso rispetto a quello del proprio *competitor*. E nella catena degli appalti è costante il fatto che appaltatori e subappaltatori ricorrano a contratti collettivi diversi in confronto a quello dell'appaltante e sempre meno costosi. Significative sono le esperienze della filiera delle carni e dell'alimentare da cui risulta che gli appaltatori e subappaltatori, quando non ricorrono ad un contratto «pirata», applicano il contratto collettivo multiservizi molto più favorevole in rapporto a quello dell'industria alimentare a cui sono tenuti i committenti.

Pertanto, è urgente un intervento legislativo di disboscamento dell'aggrovigliato sistema contrattuale[474]. D'altra parte, non riscuote particolare successo, sotto il profilo dell'effettività, l'apprezzabile tentativo dei soggetti sindacali storici e più rappresentativi di tenere sotto controllo le catene produttive attraverso la previsione, nei rispettivi contratti collettivi, di clausole di pari trattamento tra i lavoratori impiegati nella catena degli appalti e di divieto di appalto di lavorazioni integrate nel *core business* dell'impresa *leader*[475].

Pertanto, la soluzione ottimale sarebbe quella dell'attuazione dell'art. 39 Cost., nella parte in cui disegna una contrattazione collettiva ad efficacia generale, secondo i vari modelli elaborati da una lunga riflessione scientifica (come quello prefigurato dalla Carta della Cgil); e che comporti, in particolare, la definizione dei cosiddetti perimetri delle categorie contrattuali; e, nell'ambito di questi, la misurazione della rappresentatività dei soggetti legittimati a negoziare, in via esclusiva, il contratto collettivo di riferimento. Altra soluzione, più praticabile (in via di emergenza, come oggi si suole dire) è quella di una normativa più «leggera», sul solo salario minimo, che adotti il meccanismo già operante per il settore della cooperazione e validato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 51/2015. In quest'ultima direzione, non è sufficiente che il legislatore si limiti a stabilire che il parametro di determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. sia costituito dal trattamento economico complessivo dettato dai contratti collettivi delle organizzazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale[476]. È altresì necessario che sia fissata, e periodicamente aggiornata, una soglia salariale minima oraria intercategoriale, invalicabile al ribasso da parte della contrattazione collettiva. E ciò per evitare la persistenza del fenomeno dei cosiddetti contratti collettivi «poveri», come il multiservizi e la vigilanza e servizi fiduciari che, pur siglati da organizzazioni senza dubbio rappresentative, prevedono retribuzioni minime tanto basse da avvicinarsi alla soglia di povertà.

7. Conclusioni. La necessità di una strategia integrata

Se quelle segnalate sono le riforme più importanti che vanno introdotte, per contrastare i fenomeni di deterioramento delle condizioni di lavoro nelle catene degli appalti (e non solo), ve ne

---

474 Sul punto, ovviamente, la discussione è del tutto aperta. Cfr. V. BAVARO – S. BORELLI – G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva UE sul salario minimo adeguato*, in *RGL*, 2021, I, p. 126 ss.; E. GRAGNOLI, *Il contratto nazionale*, cit., p. 155 ss.; G. PROIA, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, 2020, p. 945

475 Cfr. P. CAMPANELLA, *Nuove sfide*, cit., p. 957 ss.; S. BOLOGNA – S. CURI, *Relazioni industriali*, cit., p. 125 ss.; R. SCHIAVO, *La funzione della contrattazione collettiva nelle catene produttive nazionali: la necessità di una patto di filiera*, in *LDE*, 2021, n. 2, p. 13 ss.

476 Cfr. M. BARBIERI, *La proposta*, cit., p. 403 ss.; O. RAZZOLINI, *Salario minimo*, cit., p. 11 ss.

sono altre alquanto significative che devono essere, seppure brevemente, accennate. È necessario, infatti, adottare tutta una serie di misure in modo tale da impedire l'abuso di modelli societari come quello delle cooperative e delle società a responsabilità limitata che costituiscono le forme di impresa prevalenti negli appalti e nei subappalti *labour intensive*[477]. In particolare, quanto alle cooperative, la proposta n. 1423 contiene un ricco campionario di modifiche alla normativa vigente per garantire l'effettività dello scopo mutualistico e la reale partecipazione dei soci lavoratori alla vita sociale[478].

Più in generale, è importante rafforzare e anticipare i controlli pubblici sulle imprese fornitrici impegnate nelle filiere degli appalti. Questo per impedire il frequente fenomeno fraudolento dato dal fatto che tali soggetti restano in vita, artatamente, per un tempo breve (circa due anni), e poi chiudono prima che gli enti istituzionali possano attivare le verifiche di rito, così eludendo i relativi obblighi fiscali e previdenziali. E, tuttavia, le stesse imprese riappaiono sotto una nuova veste formale, spesso nello spazio di un mattino, ma con una *governance* sostanzialmente identica: secondo il cosiddetto modello *fly-by-night*.

Sicché, è altresì indispensabile estendere la responsabilità solidale del committente nei confronti dei lavoratori impegnati nelle catene del valore, andando al di là di quella regolata dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 (limitata agli obblighi retributivi e previdenziali) e abbracciando integralmente anche il profilo fiscale. Il che impone la riforma dei meccanismi tributari attualmente in vigore[479]. Grazie ad una strategia così integrata dovrebbe essere possibile spingere il committente a scegliere partner affidabili e corretti, correndo altrimenti il rischio non solo di subire sanzioni, ma soprattutto di doversi sobbarcare i debiti di quest'ultimi.

Un utile modello di riferimento può essere rintracciato nella disciplina in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro e, in particolare, nell'obbligo di verifica dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici posto a carico del committente dall'art. 26, c. 1, d.lgs. n. 81/2008. Peraltro, sulla falsariga dell'art. 27, d.lgs. n. 81/2008 andrebbe introdotto un apposito sistema di qualificazione delle imprese appaltatrici e subappaltatrici, fissando i requisiti di affidabilità che esse devono possedere in relazione all'integrale rispetto della disciplina lavoristica.

In questa prospettiva, un ulteriore significativo strumento, per contrastare il lavoro irregolare, potrebbe essere quello di trapiantare, nelle catene degli appalti, la metodologia su cui si basa il cosiddetto «Durc di congruità», al momento operante nel solo settore edile[480]. In questo modo, andrebbe imposto all'impresa *leader* di documentare il valore e la tipologia dei servizi acquisiti, nonché la forza lavoro occupata dagli appaltatori e subappaltatori e i trattamenti economici e normativi da essi applicati. Così, l'ente preposto alla vigilanza potrebbe verificare, mediante indici e dati statistici, la congruità dell'operazione economica sotto il profilo sia del personale impiegato

---

[477] Cfr. P. ALLEVA, *Restituire*, cit., p. 34 ss.

[478] Cfr. S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 979 ss.; e, se vuoi, A. BELLAVISTA, *Cooperative e sfruttamento del lavoro nella logistica*, in *RGL*, 2020, I, p. 454 ss.

[479] Cfr. P. RAUSEI – M. BARBIZZI, *Ritenute fiscali in appalti e affidamenti: groviglio di documenti, controlli e sanzioni*, in *Bollettino Adapt*, 17 febbraio 2020, n. 7, p. 1 ss.; S. BATTISTELLI, *Legittimità*, cit., p. 996 ss.; nonché, se vuoi, A. BELLAVISTA, *Cooperative*, cit., p. 463 ss.

[480] Cfr. M. D'ONGHIA, *Casse edili e Durc: un rapporto virtuoso per la lotta al lavoro irregolare*, in *DLRI*, 2021, p. 685 ss.; M. TUFO, *Una nuova misura di contrasto a lavoro nero e al dumping sociale nel settore edile: arriva il Durc di congruità*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 2021, n. 6, p. 13 ss.

rispetto agli standard prevalenti in ogni tipo di lavorazione sia dei trattamenti corrispondenti a quelli (almeno fino a quando non sarà in vigore una forma di salario minimo legale o di contrattazione collettiva ad efficacia generale) maggiormente praticati e diffusi nel relativo settore. Un interessante passo in questa direzione è stato posto in essere dall'Inps che ha predisposto una piattaforma informatica (denominata MoCOA: monitoraggio congruità occupazionale appalti) per la verifica, da parte dei committenti, della correttezza degli adempimenti contributivi delle imprese appaltatrici e subappaltatrici.

Infine, poche parole conclusive. Anzitutto, non va trascurata l'imprescindibile necessità che ogni intervento riformatore sia costruito nel modo più facilmente intellegibile ed applicabile. L'ideale sarebbe quello di instaurare, fin dalla progettazione, opportuni momenti di dialogo e di concertazione con le rappresentanze dei datori e dei lavoratori e anche con i professionisti che prestano assistenza alle aziende nella gestione del personale. Ciò al fine di elaborare normative il più possibile conformi alla realtà dei problemi concreti da risolvere, e che siano condivise dai destinatari, così limitando le reazioni di rigetto[481].

Infine, come s'è visto, è evidente l'urgenza di una modernizzazione delle regole operanti all'interno delle catene del valore. Ma essa deve essere una modernizzazione di qualità. E cioè che si ispiri all'ideale «di costruire un mondo in cui lo sviluppo civile e sociale non sia il sottoprodotto dello sviluppo economico ma un obiettivo coscientemente perseguito»[482].

---

[481] Cfr. A. ASNAGHI, *Ritenute fiscali in appalto: fra legge e prassi la patetica mazurka dell'illogicità*, in *Bollettino Adapt*, 17 febbraio 2020, n. 7, p. 1 ss.

[482] F. CAFFÈ, *Intervista*, in G. AMARI (a cura di), *Federico Caffè. La dignità del lavoro*, Roma, Castelvecchi, 2014, p. 37.

Patto per il lavoro, contrattazione collettiva e PNRR
(maggio 2022)*

Tiziano Treu

1. Crescita sostenibile, PNRR e ruolo delle parti sociali 189
2. L'urgenza di un patto sociale 191
3. Promuovere una "*just transition*" 192
4. Gestire le transizioni produttive e occupazionali 193
5. Parità di genere e generazionale 195
6. La crescita e la multidimensionalità delle diseguaglianze 196
7. Le innovazioni necessarie nelle relazioni industriali 198
8. Regole certe sulla rappresentatività delle parti sociali 199
9. Garantire minimi salariali adeguati: la via contrattuale 200
10. Sostegno legislativo alla contrattazione nei settori scoperti 202
11. Difendere i salari dall'inflazione 203
12. Ambiti e forme nuove di partecipazione 204
13. La digitalizzazione delle imprese e del lavoro: come regolare gli algoritmi 206

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 455/2022

1. Crescita sostenibile, PNRR e ruolo delle parti sociali

Siamo tutti (credo) consapevoli che le grandi trasformazioni economiche e sociali del nostro tempo, accelerate dalla pandemia, ci impongono un ripensamento delle politiche e delle categorie concettuali ricevute dal passato.

Il cambiamento di approccio richiesto è profondo perché le innovazioni necessarie non sono marginali, ma riguardano le strutture portanti dei nostri sistemi economici e sociali e le direzioni dello sviluppo umano, come emerge dagli obiettivi indicati per l'Europa dal Next Generation Eu, che sono incentrati sulle due transizioni ecologica e digitale.

La sfida del cambiamento riguarda tutti. Anzitutto le istituzioni pubbliche ai vari livelli, da quelle comunitarie a quelle locali, perché lo Stato e le strutture pubbliche sono state investite di un ruolo primario nella costituzione delle condizioni fondamentali per un nuovo sviluppo.

Già questo nuovo ruolo del pubblico implica un cambio di rotta non marginale rispetto alle tendenze affermatesi negli anni recenti che lo aveva svalutato; e quindi richiede un ripensamento radicale delle politiche pubbliche, dei loro contenuti e dei rapporti con gli attori privati, corpi sociali e imprese. Ma il cambiamento investe l'intera società nelle sue varie espressioni organizzate, i diversi attori economici e direttamente tutti noi, persone singole, nei nostri comportamenti quotidiani.

Le maggiori rappresentanze di interessi, sindacati e associazioni imprenditoriali, quelle che usiamo chiamare parti sociali, sono coinvolte in prima linea in tale sfida, per la loro responsabilità riconosciuta dalla nostra Costituzione nella regolazione dei rapporti sociali e di lavoro e nelle relative politiche. Se queste parti vogliono esercitare con consapevolezza la loro responsabilità, mantenendo un ruolo effettivo nei confronti dei lavoratori e offrendo un contributo utile al bene comune, sono chiamate a un cambiamento altrettanto profondo delle strategie e delle pratiche ricevute dal secolo scorso.

L'importanza di questo contributo nella costruzione di nuove direzioni dello sviluppo umano è riconosciuta con inusitata chiarezza dal regolamento europeo (2021/241 art.18, 4a) riguardante la approvazione e la implementazione dei Piani nazionali di ripresa, che prevede l'obbligo di consultare e coinvolgere le parti sociali e la società organizzata, nella formazione e attuazione di tali piani. Inoltre lo stesso regolamento precisa che delle consultazioni con le parti simili e dei loro esiti occorre tenere e dare conto pubblicamente.[483]

Dalle rilevazioni comparate del CESE risulta, come è comune consapevolezza anche in Italia, che nella fase cd. ascendente di preparazione e approvazione dei vari PNRR il coinvolgimento delle parti sociali è stato alquanto limitato e comunque insufficiente. [484]

Così non può continuare nella fase che ora si è aperta, di implementazione dei piani. Non è possibile non solo per motivi di opportunità sociale, ma perché questa fase, di estrema complessità, richiede comportamenti convergenti di centinaia di istituzioni centrali e locali, di altrettante

---

[483] Regolamento 12 febbraio 2021, n. 241 del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, nov. 2021, in https://ec.europa.eu/info/index_it.

[484] Vedi le prese di posizione del CESE sul debole coinvolgimento delle parti sociali e della società civile organizzata nella fase ascendente di costruzione del NGEU: Risoluzione del 24-25 febbraio 2021, "*Coinvolgimento delle parti sociali organizzate nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza. Cosa funziona e cosa no?*", ECO/GSE, www.consilium.europa.eu.

imprese e gruppi sociali i più diversi, e non può avere successo se non si attivano meccanismi efficaci di partecipazione e coordinamento di tutti questi attori.

Il nostro legislatore (art. 3 del decreto 77/2021) ha predisposto a tale fine uno strumento istituzionale specifico, il Tavolo permanente di partenariato economico sociale e territoriale, ove sono presenti le maggiori organizzazioni rappresentative della società, insieme con le rappresentanze degli enti locali, delle regioni e delle università. Con questa norma, unica nel panorama europeo, si è voluto dare un riconoscimento istituzionale stabile e specifico alla partecipazione delle organizzazioni sociali alla implementazione del PNRR. Tale scelta accresce il potenziale valore di tale partecipazione, sottraendola all' informalità e ai rischi della casualità.[485] Il senso fondamentale della partecipazione istituzionale prevista dal decreto e da realizzarsi col Tavolo permanente per il partenariato è di coinvolgere la intera comunità nazionale con i suoi attori principali nella responsabilità comune di promuovere e sostenere le attività del Piano per favorirne il pieno successo. Conosciamo per esperienza storica quanto sia difficile rendere effettivi nella pratica i progetti, le riforme e gli investimenti deliberati; abbiamo verificato in passato le debolezze del nostro sistema-Paese anche nella implementazione di impegni e attività meno complesse del PNRR.

La istituzionalizzazione di un Tavolo di partenariato, per quanto importante, non esaurisce la responsabilità delle parti sociali, né il dovere di dare il loro contributo alle politiche necessarie alla costruzione del nuovo modello di sviluppo quale indicato dagli ambiziosi orizzonti del PNRR. L'impegno delle parti è più ampio di quello richiesto per l'attuazione del Piano; anzitutto perché questo ha durata limitata, anche se è auspicabile un prolungamento di un contributo europeo diretto allo sviluppo dei nostri paesi e del modello innovativo di programmazione comune inaugurato dal NGEU.

Inoltre il PNRR è diretto a sostenere gli investimenti necessari alle due grandi transizioni digitale ed ecologica, ma non sostituisce le politiche pubbliche nazionali necessarie per le riforme né la gestione delle attività essenziali per lo sviluppo economico e sociale del paese.[486]

Del resto i contributi di analisi e proposta apportati al Tavolo richiedono di essere preparati dalle stesse parti e poi sostenute con la loro azione pratica nelle sedi appropriate di contrattazione e di partecipazione, sia nei loro rapporti reciproci sia nelle relazioni concertative con le istituzioni pubbliche.

Le parti sociali, sulla base di un'intesa comune, possono dare un contributo specifico al

---

[485] Cfr. la mia introduzione all'avvio dei lavori del Tavolo di partenariato (25 novembre 2021) in www.italiadomani.it. Il resoconto di tali lavori con le osservazioni e la documentazione presentata dalle parti sociali nelle diverse sessioni è reperibile sul sito www.Italiadomani.it.

[486] In tal senso si sono espresse diverse opinioni sia europee sia nazionali; v. documento CNEL, *Osservazioni e proposte per la riforma del patto di stabilità e crescita*, del 28 ottobre 2021, www.CNEL.it.
Una innovazione necessaria per dare seguito al nuovo corso avviato dall'NGEU è la riforma del Patto di stabilità. Il rilievo è ormai comune: v. S. Fabbrini, *Sdoppiamento. Una prospettiva nuova per l'Europa*, Laterza, 2017; ID, *Scelte chiare per costruire il futuro dell'Europa*, Sole24Ore, 8 dic. 2020; ID, *Next Generation EU, Il futuro dell'Europa,e Italia dopo la pandemia*, Bologna, Mulino, 2022; e gli interventi di E. Bonino, L. Jahier, ne *Il mondo che verrà*, Quaderni del Cnel, 2020, p. 27 ss. e p. 103 ss.; L. Bini Smaghi, *La riforma del Patto di stabilità e crescita, Ce n'è veramente bisogno?*, Policy Brief, 9/2022, Luiss; M. Bordignon, *Regole fiscali europee: una proposta di riforma*, www.lavoceinfo.com; G. Colazzo (ed.), *The debate on how to improve the EMU'S economic governance framework*, SEP Luiss, Policy Brief 15/2021.

raggiungimento degli obiettivi del Piano nonché al raccordo fra questi e le Politiche pubbliche necessarie per l'ammodernamento e la rinascita del paese.

L'azione concertata fra parti e governo è essenziale per verificare giorno per giorno il rispetto delle direzioni di marcia indicate dal piano, integrandone le carenze e contribuendo a superare i prevedibili ostacoli. Inoltre i complessi progetti del PNRR, per quanto ben concepiti, richiedono di essere adeguati alle variazioni del contesto; ora più che mai a fronte degli sconvolgenti eventi ai confini dell'Europa che prefigurano una economia di guerra.

Per altro verso, le singole misure necessitano di un forte coordinamento strategico per potersi tradurre nelle politiche organiche di trasformazione economica e sociale indicate dall'Europa. Anche questo compito, che pure compete alle autorità responsabili del Piano,[487] può ricevere un contributo dall'intelligenza e dall'esperienza sul campo delle diverse organizzazioni della società civile.

2. L'urgenza di un patto sociale

Se questo è vero, l'importanza del compito cui sono chiamate le parti, come della sfida per il nostro paese, è senza precedenti. Inoltre si è aggravata ulteriormente per un convergere di fattori critici: gli effetti ancora incombenti dalla pandemia, la crisi energetica e la montante inflazione, infine l'aggravarsi delle tensioni internazionali, fino allo scoppio della guerra in Ucraina.

Per fronteggiare tale sfida il contributo delle parti non può limitarsi alle normali attività di contrattazione né a forme di partecipazione occasionali e settoriali alle scelte del governo relative alla implementazione del PNRR e alle riforme necessarie per rilanciare l'Italia.

Occorre il coraggio di attivare una grande intesa fra le parti sociali e di queste col governo per contribuire al raggiungimento degli obiettivi che ci siamo assegnati, insieme all'Europa, per la rinascita del nostro paese. Appelli per procedere in questa direzione sono stati avanzati da varie parti, compreso il presidente Draghi, ma non hanno avuto finora seguito; e ciò nonostante l'aggravarsi delle condizioni del contesto economico e geopolitico ne sottolinei più che mai l'urgenza.

Un simile patto è necessario per unire e finalizzare l'impegno di tutte le componenti della nostra società a sostenere il nuovo modello di crescita e di società. Oggi il compito è persino più impegnativo di quello richiesto dai parti sociali del passato, compreso il grande accordo del 1993 firmato fra parti sociali e governo in un altro momento di grave crisi dell'Italia.

Allora la concertazione sociale ebbe il grande merito di contribuire alla stabilizzazione economica del paese e al controllo dell'inflazione. Oggi l'obiettivo è più ambizioso, perché non può limitarsi alla ricostruzione degli assetti produttivi e sociali precedenti alla crisi e da questa colpiti, ma deve costruire le condizioni per avviare un nuovo modello di crescita e di società, utilizzando gli eccezionali stimoli e strumenti offerti dal NGEU e accompagnandoli con politiche economiche e sociali coerenti.

---

[487] Per guidare l'attuazione del Piano è prevista una forte governance centrale, con una cabina di regia composta dal Presidente del Consiglio e dai ministri competenti che esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sulla implementazione degli interventi del PNRR e che è coadiuvata nella istruttoria dei provvedimenti da una segreteria tecnica.
Tale governance centrale prevede il coinvolgimento di regioni ed enti locali che hanno, specie questi ultimi, un ruolo centrale nella messa a terra di gran parte degli interventi del Piano.

Se questa è la dimensione dell'obiettivo, deve essere chiaro che il coinvolgimento delle parti e il loro impegno non si esauriscono nell' accordo sui contenuti del patto e nell'assunzione dei relativi impegni, e neppure nella adozione di singole misure attuative. L'intesa deve tradursi in una partecipazione diretta alla implementazione e alla stessa progettazione e gestione delle principali misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi, in particolare sulle tematiche di più diretto impatto sul mondo del lavoro e delle imprese.

Al riguardo sarà necessario evitare di riempire l'agenda del patto di impegni tanto onnicomprensivi quanto generici, una tentazione seguita in passato e che non ha giovato alla efficacia e alla stessa credibilità di altri Patti sociali.

3. Promuovere una "*just transition*"

Una questione prioritaria che dovrebbe essere al centro dell'intesa riguarda le modalità di realizzazione delle transizioni digitale ed ecologica, affinché esse siano sostenibili economicamente e socialmente.[488]

La *just transition* che l'Europa indica come indispensabile non si verifica automaticamente per il solo attuarsi degli investimenti previsti per sostenere le due transizioni. Occorre accompagnarli con politiche che ne massimizzino l'impatto non solo economico ma sociale. Ciò implica precise scelte strategiche che devono costituire una parte essenziale del patto che competono anzitutto alle istituzioni pubbliche e allo Stato.[489]

Le parti sociali, sindacato in primis, dovranno chiedere che i programmi del piano dedichino particolare attenzione agli investimenti che realizzino un effettivo moltiplicatore in termini di occupazione, in specie nei settori a più alto potenziale occupazionale.

Le possibilità di creare buona occupazione sono molteplici in diverse linee di intervento del PNRR: nei nuovi lavori richiesti dalle produzioni dell'economia *green*,[490] nelle diverse attività rivolte alla cura delle persone e al welfare, che rispondono ai bisogni crescenti della popolazione, dai bambini agli anziani come emerso durante la pandemia, nei vari campi delle attività di rigenerazione

---

[488] Il concetto e i meccanismi di *Just transition* sono stati sviluppati in contesti e con obiettivi diversi. Nell'Unione Europea sono considerati in particolare per sostenere il processo di transizione verso l'economia verde: v. European Commission, *The just transition mechanism: making sure no one is left behind;* e ID, *Financing the green transaction*. *The European Green Deal investment Plan and just transition mechanism*, EC Europa en., 14 novembre 2021. (https://ec.europa.eu).
L'obiettivo di rendere giuste le transizioni in atto e previste nel NGEU richiede interventi più ampi, volti a sostenere persone e imprese per far fronte alle conseguenze negative d elle transizioni.

[489] Fin dalle prime manifestazioni dell'emergenza il ruolo delle istituzioni e degli Stati nazionali si è confermato importante contro tutte le profezie di declino; e gli eventi successivi ne ribadiscono il ruolo centrale nel promuovere la ripresa. V. al riguardo le opinioni di R. Prodi, *Antiche e nuove pestilenze;* L. Reichlin, *La crisi un'occasione per ripensare al ruolo dello Stato;* E. Bonino, *Le lezioni politiche della pandemia;* G. Tamburi, *Sostegno economico e settori strategici*, in Quaderni CNEL, *Il mondo che verrà*, 2020; F. Gallo, *Il futuro non è un vicolo cieco: lo Stato fra globalizzazione, decentramento ed economia digitale,* Sellerio, Palermo, 2019, p. 29: l'a. afferma che "la scelta non dovrebbe essere fra Stato e mercato ma fra due tipi di Stato "uno più invasivo, e per certi versi produttivistico e monopologeno" e "l'altro non alternativo al mondo, e perciò sussidiario, regolatore, rispettoso delle autonomie territoriali, re distributore e promotore della cittadinanza attiva".

[490] Cfr. il contributo di S. Grandi, V. Mini, *Il lavoro verde nell'era del Green Deal europeo*, in *Rapporto sul mercato del lavoro*, Cnel 2021, p. 349 ss., e ivi altre citazioni; Fondazione Symbola Unioncamere, *Rapporto Green Italy 2021, Un'economia a misura d'uomo per il futuro dell'Europa*, 2021. https://www.symbola.net.

urbana e di difesa del territorio, della agricoltura e del turismo sostenibile, della valorizzazione dei beni culturali e ambientali.

In queste attività un ruolo particolare può essere giocato dalla economia sociale, il cui sviluppo è un obiettivo indicato anche da un apposito piano di azione europeo.[491]

Ma per sostenere tali richieste e renderle credibili le parti devono promuovere una ricerca condivisa e documentata che fornisca indicazioni puntuali sulla fattibilità e sulle ricadute dei vari interventi, così da evitare che la crescita economica attesa sia povera di lavoro, come è stata in passato, e serva invece a mobilitare le risorse umane del nostro paese, specie di giovani e di donne, ancora poco utilizzate.

L'impegno delle parti per il lavoro dovrà considerare che le nuove direzioni della economia verde e digitale comporteranno una grande trasformazione nella geografia del lavoro e delle produzioni, con la necessità di promuovere e governare massicce dislocazioni di risorse finanziarie, organizzative e di manodopera fra settori produttivi in declino verso settori innovativi e in crescita.

4. Gestire le transizioni produttive e occupazionali

Questa trasformazione apre un grande ambito di impegno che va condiviso fra le parti: quello di gestire le transizioni produttive e occupazionali.

Si tratta di dare finalmente attuazione a un sistema di politiche attive, organizzate e attrezzate con le professionalità necessarie che siano in grado di promuovere la riconversione professionale di migliaia di lavoratori verso nuove professioni e di accompagnarne il passaggio fra imprese e fra settori.

La riforma degli ammortizzatori sociali di recente approvata dal Parlamento fornisce una prima risposta.[492] Ma non pochi osservatori ritengono che essa debba essere perfezionata per assicurare livelli adeguati di sostegno al reddito e di formazione a tutti i lavoratori, non solo dipendenti ma autonomi, specie a quelli più direttamente investiti da crisi settoriali e territoriali.

Il funzionamento e la gestione delle politiche attive e della formazione professionale in relazione alle transizioni occupazionali devono essere assunti come argomenti centrali non solo delle istituzioni pubbliche competenti ma della contrattazione collettiva e degli enti bilaterali da essa costituiti. Perché entrambe queste funzioni sono essenziali per il futuro della occupazione e della produttività del paese, ma non sono ancora all'altezza dei nuovi compiti.[493]

---

[491] Si veda il piano di azione sull'economia sociale, pubblicato dalla Commissione Europea il 9 dicembre 2021, che propone una serie di iniziative comuni per il periodo 2021/2030; cfr. analisi e commenti critici in L. Martignetti, *Impresa Sociale*, I, 2022.

[492] AA.VV., *Misure a sostegno del reddito fra emergenza Covid e ripresa economica del rapporto sul lavoro*, in *Rapporto Cnel sul mercato del lavoro*, cap. 9, 2021, p. 253 ss.; M. Cecilia Guerra, *La riforma degli ammortizzatori sociali: lezioni dalla crisi pandemica*, in ItalianiEuropei, 2, 2021; M. Franzini, M. Raitano, *Quando svanisce il reddito da lavoro. Ipotesi di riforma degli ammortizzatori sociali*, in "*Menabò di etica ed economia*", 25 mar 2021; M. Cinelli, *Da «ammortizzatori» a «attivatori» sociali. Una riconfigurazione auspicabile per il dopo Covid?,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021 fasc. 2, pp. 243 – 252; S. Renga, *Un taccuino per la riforma degli ammortizzatori sociali,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021 fasc. 2, pp. 265 – 272; G. Mammone, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2021 fasc. 2, pp. 253 – 263.

[493] Cfr. P. A. Varesi, *Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro: le prospettive tra azioni dell'Unione Europea e riforme nazionali*, DRI, 2022; P. Ichino*, Appunti per un rilancio delle politiche attive in Italia*, ivi, p. 161 ss.; M. Della Seta, *Il contratto di espansione*

La contrattazione e gli enti bilaterali sono chiamati a svolgere, più direttamente di quanto fatto finora, un ruolo integrativo e, ove necessario, anche di supplenza all' azione pubblica.

È quanto succede in paesi vicini (cd. sistema di Ghent) e ha precedenti storici nella nostra esperienza. L' eccezionalità della attuale situazione occupazionale impone di riprendere in considerazione anche questa opzione perché essa rientra in pieno nelle funzioni di parti sociali che vogliano essere protagonisti delle attuali transizioni.

Al riguardo, data la delicatezza della materia, che rientra in parte nelle competenze regionali, si potrebbe avviare qualche sperimentazione in settori dove esperienze simili hanno già buone basi, come quella delle casse edili, una sperimentazione che potrebbe essere riconosciuta dalle istituzioni competenti e coordinata con l'azione dei servizi pubblici dell'impiego.[494]

L'intesa fra parti e governo potrebbe contribuire al raggiungimento di alcuni obiettivi necessari affinché le transizioni in atto non pregiudichino ma rafforzino le condizioni del nostro mercato del lavoro e le occasioni di una buona occupazione.

In particolare può contribuire ad aumentare la partecipazione dei lavoratori ad attività di formazione continua verso gli obiettivi stabiliti dall'*action plan* dell'Unione Europea (60% di partecipazione annua) e a rendere effettivo il diritto alla formazione già sancito da alcuni contratti collettivi, in primis quello dei metalmeccanici.[495] Può potenziare gli strumenti di politica attiva finora sperimentati (contratto di espansione, accordi di ricollocazione, contratti di solidarietà, staffetta generazionale); impegnarsi ad adottare criteri unici nazionali per la certificazione dei risultati formativi e delle competenze dei lavoratori; attuare un piano straordinario di orientamento per giovani concordato fra scuole e servizi all'impiego; a generalizzare forme di alternanza scuola-lavoro per tutti gli studenti degli ultimi anni di secondaria; ad aumentare la disponibilità dei vari tipi di apprendistato (duale, professionalizzante e di alta qualificazione).[496]

Un governo giusto delle transizioni dovrebbe comprendere politiche di sostegno non solo ai lavoratori ma anche alle imprese. Il sostegno dovrà realizzarsi non tanto nelle forme spesso abusate dei bonus o degli incentivi generici, ma tramite politiche economiche finalizzate alla promozione della ricerca e delle innovazioni produttive, al trasferimento tecnologico, specie a favore delle piccole imprese e al generale upgrading del nostro sistema produttivo.

La realizzazione delle politiche attive e formative necessarie al governo delle transizioni richiedono non solo più risorse pubbliche specificamente destinate, ma infrastrutture sociali in grado di sostenere tali transizioni Qui è essenziale il contributo delle parti attraverso le loro istituzioni

---

tra riforme e prassi applicativa: una rassegna ragionata, ivi, p. 206 ss.; A. Sartori, *Transizioni occupazionali e fragilità del lavoratore: il difficile compito per il diritto del lavoro post pandemico,* Ivi, 2021, p. 967 ss.

[494] Una sperimentazione simile può costituire parte di più ampi patti territoriali per lo sviluppo e il lavoro come quello operante in Emilia Romagna; v. P. Bianchi, F. Butera, G. De Michelis, F. Seghezzi, G. Scarano, *Coesione e innovazione*, Mulino, 2020.
Patti simili si stanno sperimentando in altri contesti, specie metropolitani (Milano, Napoli, Torino) per accompagnare e gestire gli investimenti del PNRR e le loro ricadute sul territorio.

[495] Cfr. il dibattito su Speciale Adapt, 25 febb. 2021, n. 1; V. Bavaro, *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016. Una prospettiva sulle relazioni industriali italian*e, DLRI, 2017, I, p. 729 ss.; G. Valenti, *The individual right to continuos training of workers: an analysis of best practices in the international framework*, Labour & Law Issue, 7, n.1, 2021.

[496]Cfr. P. A. Varesi, *Una nuova stagione per le politiche attive del lavoro,* cit., p. 75 ss. P. Ichino*, Appunti per un rilancio delle politiche attive in Italia*, cit., p. 161 ss.; M. Della Seta, *Il contratto di espansione tra riforme e prassi applicativa: una rassegna ragionata*, cit., p. 206 ss.; A. Sartori, *Transizioni occupazionali e fragilità del lavoratore: il difficile compito per il diritto del lavoro post pandemico,* cit., p. 967 ss.

bilaterali e delle imprese cui si richiede un coinvolgimento finanziario e organizzativo necessario allo svolgimento della formazione continua nelle aziende.

La valorizzazione del lavoro e delle risorse umane sarà un test centrale per verificare la capacità delle imprese di affrontare positivamente la sfida delle transizioni. Gli esperti aziendali di relazioni del lavoro osservano che le imprese dovranno occuparsi più che nel passato della formazione, delle motivazioni e del benessere dei loro dipendenti, se vorranno rispondere alle aspettative delle nuove generazioni di lavoratori, che sono più istruiti e più consapevoli dei loro genitori.

5. Parità di genere e generazionale

Un' attenzione specifica dovrà essere dedicata, anche all'interno del patto, ai problemi della occupazione e in genere delle condizioni di lavoro delle donne e dei giovani.

Una serie di misure, in parte indicate nel PNRR, è necessaria per rafforzare le opportunità dei giovani di accedere a una buona occupazione, dal rafforzamento dei sistemi educativi fini dalla prima infanzia, al miglior raccordo fra scuola e lavoro. [497]

La promozione della parità di genere ha ricevuto di recente maggiore attenzione dai legislatori italiano ed europeo, con norme innovative in tema di eguaglianza salariale, di contrasto alle discriminazioni, in particolare indirette, e di obblighi alle imprese di rendere pubbliche i trattamenti e le condizioni di lavoro dei dipendenti disaggregati per genere.[498]

Ma le diseguaglianze che si sono accresciute nei confronti di queste categorie richiedono un salto di qualità sia nelle politiche pubbliche, anche a integrazione dei programmi contenuti nel PNRR, sia nella contrattazione collettiva ai vari livelli. La promozione della parità di genere e generazionale è un obiettivo trasversale del PNRR. Per questo non bastano provvedimenti isolati, è necessario orientare tutte le politiche pubbliche e le azioni sociali al raggiungimento di tale obiettivo.

Una norma di particolare importanza è l'art. 47 del decreto 77/2021 che prevede come requisito necessario per partecipare a contratti di appalto (e anche concessioni) finanziati dalle risorse del Piano, l'obbligo di assicurare una quota almeno del30% delle assunzioni necessarie per la esecuzione del contratto sia alla occupazione giovanile e sia a quella giovanile.

Si tratta di una disposizione molto innovativa, senza riscontro in altri piani nazionali, ma alquanto complessa, per facilitare la cui applicazione sono state emanate specifiche linee guida che danno indicazioni precise in diverse direzioni. Pongono in capo alle imprese appaltatrici l'obbligo di dare pubblicità con apposita relazione sulle condizioni occupazionali di giovani e donne nella loro azienda; prevedono la possibilità di adottare norme premiali per le imprese che s'impegnino a comportamenti virtuosi non richiesti dalla normativa e migliorativi; ammettono la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire in deroga, dandone adeguata motivazione, una quota di assunzioni inferiore al limite generale del 30%,quando le condizioni del contratto, il tipo di lavoro e altri elementi rendano l'obbligo assunzionale del 30% impossibile o contrastante con obiettivi di "universalità, di efficienza e di qualità del servizio".[499]

---

[497] A. Rosina, *Giovani e lavoro ai tempi del coronavirus*, Rapporto Cnel 2020, p. 215 ss.; e il volume E. Ambrosi, A. Rosina, *Non è un paese per giovani,* Marsilio, 2009.

[498] T. Treu, *La nuova legge sulla parità di genere,* Guida Lavoro, 8 febbraio 2022.

[499] T. Treu, *Pari opportunità di genere e generazionali. Le linee guida*, Guida Lavoro, n. 6, 11 febbraio 2022

La novità e la complessità di questa normativa sono tali che affinché essa possa operare occorrerà un impegno specifico delle parti sociali, sindacati e imprese, a farla conoscere e a monitorarne attentamente le applicazioni, compreso in particolare vigilare il ricorso alle deroghe specie nei settori ove la occupazione femminile è storicamente meno presente.

6. La crescita e la multidimensionalità delle diseguaglianze

Se come si è visto le diseguaglianze colpiscono più gravemente alcuni gruppi sociali e aree geografiche, e pur vero che esse sono cresciute in generale e si presentano sempre più come un fenomeno multidimensionale.

Come risulta dalla indagine affidata dalla Commissione lavoro della Camera dei deputati a Istat e Cnel, i diversi aspetti della diseguaglianza si intrecciano fra loro. La loro combinazione ne aggrava l'impatto, anche perché molte diseguaglianze si concentrano sulle stesse persone, gruppi sociali e aree geografiche, di solito quelli più fragili e meno protetti.[500]

La crisi pandemica è senza precedenti, anche perché ha aggravato non una ma molte dimensioni della diseguaglianza; non solo il lavoro e il reddito delle persone, ma la loro salute e il tasso di mortalità, la partecipazione scolastica e l'apprendimento, le relazioni sociali e le condizioni generali di vita.

L'indagine Istat, la prima di questa ampiezza trasversale, ha il valore di raccogliere e organizzare una grande mole di dati per ciascuna di queste dimensioni, così da fornire una possibilità di lettura e di analisi incrociate, che ci permette di comprendere a fondo le complessità delle diseguaglianze, anche al fine di trarne indicazioni di policy.

Le indicazioni della ricerca mostrano che queste diseguaglianze possono affrontarsi solo valutandone le determinanti e correggendo i fattori strutturali che le hanno originate, con politiche adeguate.

La ricerca rileva come le misure approvate dal governo negli ultimi mesi, di dimensioni anch'esse senza precedenti, hanno avuto l'effetto parziale di rimediare ad alcune delle conseguenze più gravi della pandemia, sul piano non solo economico ma sociale e personale.

Hanno contribuito a ridurre in misura significativa l'indice di Gini, che prima della pandemia era fra i più alti d'Europa. Ma tale indice misura solo le diseguaglianze di reddito e di ricchezza, non tutte le altre dimensioni, che vanno valutate per cogliere la gravità del fenomeno e che invece sono state toccate solo in parte dagli interventi di emergenza del governo.

Inoltre la ricerca segnala un dato di particolare importanza e che voglio sottolineare, cioè il fatto che tali interventi di emergenza, nonostante abbiano riguardato molte categorie di persone e di situazioni e siano stati ispirati da obiettivi egualitari, non sono riuscite a ripristinare situazioni di equilibrio fra i diversi gruppi e soggetti colpiti dalla pandemia, in particolare fra donne, giovani e

---

[500] V. Audizione del Presidente Cnel T. Treu su "*Nuove diseguaglianze prodotte dalla pandemia da Covid-19 nel mondo del lavoro*", dinanzi alla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati, 8 febbraio 2022.

aree del Mezzogiorno.[501]

Se alcune diseguaglianze sono state ridotte o contenute, il quadro complessivo che emerge mostra la persistenza di diseguaglianze nelle diseguaglianze.

Mi limito a qualche esempio fra i tanti che sono presenti nei testi prodotti da Istat. La Cassa integrazione guadagni nelle sue varie forme è stata una misura di sostegno dei redditi di ampia portata, perché ha riguardato in varia misura circa la metà dei lavoratori dipendenti. Ma ha protetto molto meno, spesso per niente, i lavoratori precari, a termine breve e i dipendenti delle piccole imprese.

Ancora meno sono stati risarciti dalle perdite, con le indennità di 600-1000 euro, i lavoratori autonomi (solo il 10%), nonostante la recente misura di sostegno (Iscro) approvata su proposta del CNEL.[502] Analogamente la tutela è stata minore e insufficiente per molte professioni autonome anche qualificate, che fino a ieri sembravano in grado di difendersi da sole, ma che si sono scoperte molto vulnerabili come mostrano bene i dati Istat.

Il reddito di cittadinanza si è dimostrato insufficiente a far fronte ai rischi di povertà che sono fortemente cresciuti anche per soggetti appartenenti al cd. ceto medio.[503] La povertà assoluta (familiare) è cresciuta fino al 7,7% e quella individuale al 9,4%: si tratta di oltre 5 milioni di persone. Il divario fra questi due dati della povertà sembra indicare un ruolo compensativo della famiglia, ancora rilevante, ma esso stesso messo in pericolo dalla crisi. [504]

Nonostante l'ampliamento dei requisiti di accesso stabilito nel corso della pandemia per il Reddito di emergenza rispetto al reddito di cittadinanza, la sua tutela copre in modo diseguale le famiglie numerose e discrimina fortemente gli immigrati.

L'esperienza degli ultimi mesi conferma dunque la necessità di andare oltre le misure di emergenza, ma segnala anche la possibilità di trarre indicazione dei limiti manifestati da queste misure.

Una indicazione fondamentale della ricerca conferma l'urgenza di rivedere l'impostazione complessiva del nostro welfare, per andare oltre l'assetto ricevuto dal passato, che è di tipo lavoristico-categoriale, per procedere nella direzione di un sistema di protezione e di promozione

---

501 Gli interventi di emergenza si sono susseguiti nel tempo, con una varietà e sequenza tale che ha finora precluso analisi sistematiche. V. comunque alcuni primi commenti; M. Faioli, *Covid-19 e istituti speciali di sostegno al reddito*, in O. Bonardi, U. Carabelli, M. D'Onghia, L. Zoppoli (a cura), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Istant Book Consulta Giuridica CGIL, Ediesse, n.1, 2020, p. 167 ss.; A. Pileggi (a cura), *Il diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica*, supplemento Lavoro e Previdenza Oggi, Giuridica Ed., n. 3-4, 2020; M. Brollo, *Il lavoro agile alla prova dell'emergenza epidemiologica,* in D. Garofalo, M. Tiraboschi, V. Filì, F. Seghezzi, (a cura di), *Welfare e lavoro nella emergenza epidemiologica*, ADAPT Studies, 2021, n. 89, sez. II, p. 168 ss.; Camera dei Deputati, *Gli interventi in materia di lavoro per fronteggiare l'emergenza Covid-19*, in www.cameradeideputati.it.

502 In generale, A. Buratti, P. Feltrin, *Il lavoro autonomo professionale. Le trasformazioni in crisi e le sfide future*, Rapporto Cnel 2020, p. 171 ss.

503 M. Raitano, *Reddito di cittadinanza e reddito di emergenza. Problemi aperti*, Rapporto Cnel 2020, p. 117 ss.; M. Baldini, *Come cambia il reddito di cittadinanza*, www.lavoceinfo.it, 12 nov. 2021; L. Corazza, *La condizionalità "relazionale": reddito di cittadinanza, mercato del lavoro, esclusione sociale*, DRI, 2022, p. 174 ss.

504 Vedi, in generale, la *Relazione del Gruppo di lavoro sugli interventi e le misure di contrasto alla povertà in Italia,* presieduta da Andrea Garnero, presentata il 18 gennaio 2022, in www.lavoro.gov.it; v. il numero di Lavoro Diritti Europa, I/2022, *La povertà nonostante il lavoro*, con interventi di M. Brollo, P. Lambertucci, C. Zoli, A. Bellavista, L. Calafà, C. Alessi, O. Razzolini, R. Santucci.

sociale universalistico.[505]

Sottolineo protezione e promozione, perché compito delle politiche pubbliche non è solo di proteggere le persone dai rischi, ma anche di promuovere le loro capacità umane con misure di welfare attivo, a cominciare dalla formazione nel corso della vita.

Questa è una impostazione già seguita in altri paesi e avviata anche da noi per alcuni istituti, come da ultimo per gli ammortizzatori sociali. Essa va estesa alla generalità degli istituti di welfare, con i dovuti aggiustamenti, per adeguarli ai caratteri dei singoli interventi e alle condizioni dei beneficiari.

Va sottolineato che universalismo nel welfare non significa applicare a tutti le medesime misure, perché non tenere conto delle diverse condizioni oggettive e soggettive comporterebbe un altro tipo di ingiustizia. Per questo le pratiche migliori di riforma adottate in Europa introducono forme di "universalismo selettivo". Si tratta di una formula sintetica la cui applicazione richiede di ricercare un difficile equilibrio fra la esigenza di garantire garanzie e diritti di base comuni a tutte le persone per i loro bisogni fondamentali, e di prevedere nel contempo misure di tutela e di sostegno diverse in grado di rispondere a condizioni personali e oggettive differenziate.[506]

La ricerca di questo equilibrio costituisce uno dei compiti principali che ci aspetta nel futuro, se vogliamo costruire un sistema di welfare in grado di contrastare le diseguaglianze e di promuovere una eguaglianza di opportunità per tutte le persone.

7. Le innovazioni necessarie nelle relazioni industriali

Le indicazioni qui presentate sui contenuti di un patto sociale all'altezza delle sfide presenti assegnano alla contrattazione collettiva e agli strumenti partecipativi delle relazioni industriali compiti di grande rilievo in aree decisive per una "gestione giusta" delle transizioni future e per la crescita economica e sociale del nostro paese: dal contributo alla implementazione delle politiche di sviluppo sostenibile indicate dal PNRR, al coinvolgimento nella definizione e nel sostegno delle principali misure di politica industriale e occupazionale, alla partecipazione e gestione diretta delle politiche attive e nella formazione professionale continua.

Questo richiede alle parti sociali, in particolare al sindacato, di interrogarsi sulle innovazioni da introdurre negli orientamenti della contrattazione e sulla necessità di integrare le attività e gli istituti contrattuali con forme di partecipazione in questi nuovi ambiti tematici. La questione è da tempo nell'agenda delle maggiori organizzazioni sindacali, anche nella prospettiva del patto sociale.

Qui mi concentro su alcuni punti che mi sembrano particolarmente rilevanti e critici: sul sistema di regole che dovrebbe governare la contrattazione e che in Italia è ancora gravemente carente;

---

[505] Il tema è analizzato da tempo anche nel dibattito internazionale: ILO, *Report for the global Commission on the future of work*, 2018, www.ILO.org; B. Caruso, R. Del Punta, T. Treu, *Manifesto per un futuro del lavoro sostenibile,* WP M. D'Antona, 2020, in part. cap. IX*, Oltre il welfare lavoristico;* G. Toniolo*, Welfare State: il futuro è nel ritorno a Beveridge, www.lavoceinfo.it, 3.6. 2021;* F. Marhold, *New forms of labor: new Solidarities?,* in (G. Casale, T. Treu, eds.), *Transformations of Work, Challenges for the Institutions and Social Actors,* Wolters Kluwer, 2019, p. 49 ss.; T. Treu, *Transformations of Work. Challenges to national System of labour law and Social Security,* in *Transformations of work,* p.11 ss.

[506] V. A. Perulli, T. Treu, "*In tutte le sue forme e applicazioni": per un nuovo Statuto del lavoro*, in corso di pubblicazione.

sul ruolo della contrattazione nella garanzia dei salari minimi e in generale delle dinamiche salariali; sulle nuove forme di partecipazione nella fabbrica e nella economia digitale.

8. Regole certe sulla rappresentatività delle parti sociali

L'efficacia della regolazione è da sempre una condizione importante per la tenuta dei sistemi di relazioni industriali. Lo è tanto più in periodi come l'attuale in cui gli equilibri di questi sistemi sono stati alterati dalle trasformazioni del contesto globale economico e sociale, in senso non favorevole alle forme di attività collettiva su cui poggiano le relazioni industriali.

L'Italia è rimasto l'unico grande paese con un sistema a bassa regolazione. Per molti anni, in assenza di regole legali, le relazioni industriali sono state tenute insieme da una forma di autoregolamentazione, via via perfezionato nel tempo con una serie di accordi interconfederali.

Tale sistema di regole ha funzionato abbastanza bene fino a tempi recenti in quanto sostenuto da un mutuo riconoscimento fra le maggiori organizzazioni delle due parti, oltre che da un contesto di relativa stabilità economica.

Ma in tempi più recenti è stato messo in crisi da fattori strutturali quali le pressioni della competizione globale, la volatilità dei mercati, la frammentazione dei lavori. Questi fattori hanno indebolito le relazioni industriali in tutti I paesi avanzati e hanno aggravato la debolezza intrinseca di una regolazione solo privatistica, e quindi provvista di efficacia vincolante solo per i soggetti che la accettano.[507]

La divisione e frammentazione attuale, non solo delle organizzazioni sindacali ma ora ancor più di quelle imprenditoriali, hanno accentuato i limiti di questa efficacia, come mostra il crescente numero di contratti pirata conclusi "al ribasso" al di fuori delle confederazioni più rappresentative.

Questa situazione ha rafforzata la convinzione, degli esperti, e anche di parti sociali tradizionalmente contrarie a una legislazione in materia sindacale, che un intervento legislativo di sostegno, sia pure leggero, è necessario per rafforzare la tenuta delle regole concordate e in definitiva del sistema.

Il contrasto alla contrattazione "pirata" presuppone in primis una identificazione della consistenza rappresentativa di entrambe le organizzazioni stipulanti, attraverso la definizione di criteri certi di misura.

Come è noto, questo primo passo necessario per rafforzare il sistema contrattuale, è stato compiuto (solo in parte) per il versante sindacale, dove le regole del TU del 2014 richiedono peraltro di essere completamente operative. Viceversa non è ancora stato fatto per la definizione dei criteri di rappresentatività delle organizzazioni datoriali, nonostante i tentativi compiuti anche da parte mia al Cnel.

---

[507] Riprendo qui in sintesi temi che ho sviluppato più ampiamente altrove, v. T. Treu, *Regole e procedure nelle relazioni industriali: retaggi storici e criticità da affrontare,* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", IT, 396/2019; T. Treu, *La questione salariale. Legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, in WP M. D'Antona, 386/2019, e da ultimo, ID, *Direttiva europea sul salario minimo in Italia,* DRI, 2, 2020.

Inoltre, una volta concordati i criteri di rappresentatività di entrambe le parti, questi criteri devono essere rafforzati e presidiati per evitare che vengano disattesi da organizzazioni dissidenti, in primis quelle interessate a negoziare fuori delle regole e al ribasso.[508]

La efficacia di queste regole può imporsi per forza propria nei settori dove le organizzazioni delle parti stipulanti sono sufficientemente consolidiate per farle rispettare da tutti; ma non altrettanto in aree dove le regole e le organizzazioni che le hanno stipulate sono contestate da organizzazioni diverse che sfruttano la loro posizione specifica per negoziare termini diversi spesso al ribasso.[509]

In questi casi non vedo altro modo se non quello di attribuire a tali regole un valore generale con una legislazione di sostegno.

La certezza della rappresentatività delle parti non esaurisce i problemi e le difficolta delle relazioni industriali attuali, ma è un requisito essenziale per la stabilità del sistema contrattuale, come testimonia la esperienza di tutti i paesi che riconoscono e praticano la contrattazione collettiva.

9. Garantire minimi salariali adeguati: la via contrattuale

Questa certezza è un presupposto anche per affrontare e risolvere sia il problema dei contratti pirata, sia quello della garanzia dei minimi salariali.

La direttiva europea sui minimi salariali, che è prossima alla approvazione, ammette, come è noto, due strade per stabilire livelli retributivi "adeguati" (questo è opportunamente il termine utilizzato). Mentre dà atto che la maggior parte dei paesi europei ha adottato la via legislativa, riconosce che altri ordinamenti, fra cui quello italiano, e quelli dei paesi nordici, hanno storicamente preferito utilizzare a tale fine la contrattazione collettiva e intendono continuare a seguire questa via.

La direttiva prevede però che affinché la contrattazione collettiva possa essere ritenuta adeguata all'obiettivo di garantire effettivamente salari adeguati ai bisogni dei lavoratori deve dimostrare di esprimere la sua efficacia nei confronti di almeno il 70% dei lavoratori delle singole categorie

La Commissione non specifica con quali strumenti tale tasso di copertura. dovrebbe essere garantito, limitandosi a sollecitare gli Stati a definire un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione; mentre la confederazione europea dei sindacati (CES) ha avanzato in fase di consultazione la richiesta che sia necessario prevedere forme di estensione per via amministrativa o legale dei contratti collettivi.

La estensione *erga omnes* dei contratti, o almeno dei livelli retributivi base, è in effetti la sola soluzione che garantisce la capacità del sistema contrattuale di fornire una garanzia dei minimi salariali equivalente a quella offerta dai minimi legali. La soglia del 70% di copertura contrattuale indicata dalla Commissione non realizza lo stesso risultato; ma è stata fissata, con evidente compromesso, in base alla ipotesi che una simile diffusione permetta comunque alla contrattazione

---

[508] A. Garnero, C. Lucifora, *L'erosione della contrattazione collettiva in Italia e il dibattito sul salario minimo legale*, DLRI, 2, 2020.

[509] Cfr. per indicazioni più recenti l'archivio nazionale dei contratti collettivi del lavoro, edizione aggiornata a fine 2021, in *Rapporto del lavoro*, Cnel, 2021, p. 379 ss.

di esercitare una influenza generale di innalzamento dei salari minimi.

La proposta di direttiva europea così formulata apre la possibilità per il nostro paese di affrontare il problema della garanzia dei minimi salariali secondo una prospettiva nuova. Che il problema sia urgente è divenuto sempre più chiaro a fronte della crescita del fenomeno dei *working poors*, che hanno superato la cifra del 12%, fra le più alte di Europa.[510]

Se le maggiori organizzazioni rappresentative italiane mantengono la contrarietà alla introduzione di un salario minimo legale, dovrebbero dare seguito all'altro percorso, quello contrattuale, indicato dalla direttiva europea.

Le iniziative da intraprendere sono duplici. Anzitutto dovrebbero sollecitare il governo a intraprendere azioni atte a creare, come richiama la Commissione, "un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva". Ciò significa ricercare gli strumenti per una nuova legislazione di sostegno, innovativi rispetto a quelli dello Statuto dei lavoratori, perché devono rimediare a debolezze degli attori collettivi diverse da quelle del 1970. Si tratta di una ricerca appena avviata, e che deve orientarsi in più direzioni.

Il rafforzamento e la estensione dei diritti dei lavoratori, con la sanzione di una base comune di tutele per ogni forma di lavoro, sono ancora una parte essenziale della legislazione di sostegno anche del sindacato. Ma resta da riscrivere la parte sindacale della normativa, sia precisando le regole fondamentali del sistema sia promuovendo condizioni di contesto economiche e sociali favorevoli, non ostative quali sono spesso oggi prevalenti, all'attività sindacale e alla piena espressione della voce di lavoratori nell' arena sociale e politica.

Più specificamente, per seguire le indicazioni europee privilegiando la via contrattuale è necessario rafforzare la contrattazione collettiva prevedendo meccanismi legali che prendano a riferimento i minimi tabellari (nei termini da definire in dettaglio) previsti dai contratti collettivi nazionali firmati dalle parti rappresentative.

Questa è una ipotesi discussa e avanzata ora dal Ministero del lavoro. L' ipotesi è diversa da quella di una estensione erga omnes di tutta la parte salariale dei contratti nazionali fatta propria dalle maggiori confederazioni rappresentative nei loro accordi più recenti (in particolare il cd. Patto della fabbrica del 2018).

Una condizione essenziale per procedere nella direzione indicata dalle confederazioni è – come ho detto sopra - di acquisire criteri univoci ed effettivi di rappresentatività di ambedue le parti negoziali. Rilevo che questa è una condizione necessaria ma non sufficiente per dare seguito a una estensione erga omnes della parte salariale dei contratti, perché altre questioni delicate restano da risolvere, a cominciare dalla definizione degli ambiti entro i quali attribuire la efficacia generale dei contratti nazionali di categoria. [511]

La soluzione autonomistica da sempre sostenuta dalle parti e dalla dottrina, secondo cui la perimetrazione degli ambiti negoziali è affidata ai contraenti, è stata messa in crisi dai fattori di destrutturazione del sistema che hanno oscurato le tradizionali divisioni delle categorie

---

[510] Vedi già C. Lucifora, *Working poor. Un'analisi dei lavoratori a basso reddito, dopo la crisi*, in Rapporto Cnel, 2014.; ID, *Il salario minimo: contrattazione o minimo legale?*, in *Salari, produttività, diseguaglianze*, C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu (a cura), Mulino, 2017, p. 401 ss.

[511] S. Ciucciovino, *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in Lav. Dir., 2020.

merceologiche e dalla frammentazione degli attori negoziali, che è particolarmente accentuata dalla parte dei datori di lavoro, come testimoniano i dati dell'archivio del Cnel.

Questi due fattori hanno alterato in profondità la geografia tradizionale dei perimetri e indebolito la capacità delle parti contraenti di individuarli in modo univoco. In conseguenza si sono moltiplicati i casi di sovrapposizione e di contrasto fra ambiti contrattuali definiti in sede contrattuale, non solo da parte di contraenti rivali delle organizzazioni storiche di entrambe le parti, ma talora anche da organizzazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative.

Tale concorrenza regolativa, presente all'interno degli stessi attori accreditati del sistema, sta indebolendo la tenuta dei confini fra categoria, specie nei settori più investiti dalle innovazioni tecnologiche o dalla competizione di prezzo fra diversi assetti salariali.

Al riguardo è significativo che il patto del 2018 prospetta la possibilità delle confederazioni di "intervenire sugli ambiti di applicazione della contrattazione collettiva di categoria, anche al fine di garantire una più stretta correlazione fra CCNL applicato e reale attività di impresa".

Senonché l'impegno delle parti di "assicurare il rispetto dei perimetri della contrattazione collettiva e dei suoi contenuti "impedendo ai soggetti non rappresentativi di forzare arbitrariamente tali perimetri, è "un'affermazione di tipo ottativo: esprime un desiderio, in questo caso irreale".[512]

Paesi vicini come la Germania che, nonostante la tradizionale solidità dei loro sistemi, hanno sperimentato sconvolgimenti delle tradizionali categorie economiche simili ai nostri, hanno dovuto progressivamente prendere atto della insufficienza delle soluzioni autonomistiche e quindi della necessità di interventi eteronomi (prima arbitrali poi normativi) per risolvere i conflitti giurisdizionali di regolazione dei confini fra contratti.[513]

Una strada simile va percorsa anche nel nostro paese se si vuole dare effettività all' auspicio formulato dal patto della fabbrica. Il suggerimento delle parti di affidare al Cnel (peraltro privo di poteri al riguardo) il compito di risolvere eventuali conflitti sui perimetri contrattuali è caduto nel vuoto, a conferma della fragilità dell'auspicio.

10. Sostegno legislativo alla contrattazione nei settori scoperti

Per tornare alle indicazioni della direttiva europea richiamo l'attenzione su un ulteriore aspetto rilevante, non sempre considerato, cioè sul fatto che il riferimento al tasso medio di copertura dei contratti nazionali per valutare la idoneità del sistema non è sufficiente e può essere fuorviante. Su questo punto è pertinente il riferimento della proposta al "livello settoriale o intersettoriale" dei contratti nazionali, perché la copertura dei contratti nei singoli settori può essere alquanto diseguale e non arrivare sempre alla soglia del 70%.

Sulla diffusione e sulla copertura dei contratti nazionali non esistono in Italia indicazioni complete, perché i nostri sistemi di rilevazione non sono ancora a regime. Ma le informazioni già disponibili confermano la esistenza di non poche disparità.

Dall'archivio dei contratti presenti al Cnel si rileva che il tasso di copertura dei contratti stipulati dalle organizzazioni più rappresentative nei principali settori è in effetti superiore alla soglia

---

[512] Cfr. da ultimo, F. Di Noia, *Rappresentatività e contratti*, in corso di pubblicazione.

[513] T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva,* WP CSDLE M. D'Antona, IT, 386/2019, p. 10 ss.

indicata dalla proposta di direttiva. Ma in altri settori non è così; una parte dei contratti minori depositati al Cnel, molti di consistenza ignota, presenta un elevato rischio di dumping salariale.

Tale rischio è confermato da diverse rilevazioni, di Istat e Banca d'Italia, da cui risulta che in molti settori, specie di servizi, non solo il tasso di copertura stimato dei contratti e molto basso, ma è anche alto il tasso di evasione ed erosione di questi contratti.[514]

Non si può dire allora che il nostro sistema contrattuale soddisfi del tutto i requisiti richiesti dalla ipotesi di direttiva, né che l'Italia possa essere esentata dalla necessità di intraprendere i piani di azione sollecitati dalla Commissione per rafforzare la contrattazione collettiva nei settori critici.

Come ho già sostenuto altrove[515] sarebbe opportuno, ed è possibile, riservare l'intervento sui minimi salariali a quei settori in cui fosse accertata la carenza di copertura contrattuale (è una ipotesi teorica) o una copertura inferiore al livello chiesto dalla direttiva oppure anche un tasso di evasione tale da pregiudicare la effettività della tutela contrattuale. Si tratta di un accertamento difficile, ma non impossibile, che andrebbe condotto con il coinvolgimento delle parti interessate e con una certificazione del Ministro del lavoro o del Cnel.

Un intervento che prevedesse l'intervento sui minimi solo nei settori dove la contrattazione collettiva non raggiunge la copertura effettiva del 70% non inciderebbe negativamente sugli equilibri del sistema contrattuale, anzi lo rafforzerebbe e sosterrebbe la azione sindacale nei settori deboli.

Una simile soluzione non trova ostacoli giuridici insormontabili (salvo la individuazione degli ambiti contrattuali) e viene adottata in altri paesi.

Gli ordinamenti europei che prevedono meccanismi di estensione generale in tutti o in parte dei contratti collettivi procedono in modo selettivo; cioè tengono conto delle condizioni dei diversi settori e dei caratteri della contrattazione ad essi relativa, fra cui il grado di copertura che il contratto realizza per forza propria.

11. Difendere i salari dall'inflazione

La questione salariale è tornata di attualità non solo per l'aspetto della garanzia dei minimi, ma perché da tempo la sua dinamica è stagnante e ora colpita dalla impennata dei prezzi dell'energia e delle materie prime per i costi accresciuti degli scambi commerciali e da ultimo per i venti di guerra in Ucraina.

La gravità della situazione e il carattere strutturale delle sue cause chiedono che essa venga affrontata non con decisioni estemporanee e settoriali, ma con scelte condivise che valutino l'insieme dei fattori in gioco. Il che si può fare solo all'interno di un accordo sociale di stabilità e sviluppo, che appare ora più che mai necessario.

Alcune decisioni sono già state assunte dal governo per ridurre la dipendenza energetica del

---

[514] C. Lucifora, A. Garnero, *L'erosione della contrattazione collettiva*, op. cit., e T. Treu, *Le proposte sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea,* DRI, 2021, p. 21 ss.

[515] T. Treu, *Il salario minimo adeguato: dagli argomenti di Massimo Roccella al dibattito attuale*, in *Studi in memoria di Massimo Roccella*, 2021, p. 311 ss.; e ID, *Salario minimo,* in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2019.

nostro paese, quali la diversificazione delle fonti, la valorizzazione delle nostre risorse e soprattutto la accelerazione degli investimenti nella produzione di energie rinnovabili.[516]

Queste sono scelte necessarie ma hanno effetti a medio termine. Non sono state attuate in passato, anche perché si è sottovalutato da tutti la loro necessità non solo per ridurre i danni per l'ambiente ma per rafforzare la nostra autonomia energetica (e quindi economica).

Ora però è urgente valutare insieme l'impatto immediato di questa crisi sulle condizioni della occupazione e sui salari. Molto dipenderà dall'andamento e dalla durata della crisi, che vanno seguiti direttamente da parti sociali e governo anche al fine di evitare decisioni affrettate e non informate.

In ogni caso l'aggravarsi delle condizioni di contesto deve rafforzare, non interrompere, gli impegni delle parti sociali e delle istituzioni per promuovere una crescita sostenibile e sostenuta nelle direzioni indicate dal PNRR, perché da questi dipende anche la capacità di difendere la occupazione e i salari.

Sul piano specifico della politica salariale il ricordo delle esperienze passate in tema di inflazione dovrebbe mostrare il pericolo per l'economia e per i redditi delle persone e dei lavoratori di scelte che possano attivare una spirale salari prezzi.[517]

Le parti dovranno discutere come adattare al nuovo contesto il meccanismo a suo tempo concordato della IPCA, in particolare la decurtazione ivi prevista del prezzo delle materie prime importate dal calcolo dell'inflazione.[518]

Analogamente si dovrà valutare con quali misure il governo può ridurre l'impatto della impennata dei prezzi sui salari e sui redditi in genere. Alcune proposte al riguardo sono state avanzate, quali in particolare defiscalizzazione degli aumenti salariali definiti nei contratti, riduzione del cuneo fiscale e contributivo, nonché sostegni alle imprese specie a quelle più colpite dalla crisi energetica.

In conclusione, e con questi *caveat*, mi sembra che ci siano motivi validi per raccogliere lo stimolo della direttiva in questa direzione e trovare uno strumento praticabile e rispettoso del tradizionale assetto italiano delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva.

12. Ambiti e forme nuove di partecipazione

Il tema della partecipazione dei lavoratori è oggetto in Italia, più che altrove, di decennali discussioni e di varie proposte legislative.

Nonostante queste proposte non abbiano avuto seguito nei loro contenuti e non siano state seguite le indicazioni pur caute della direttiva europea sulla partecipazione dei lavoratori nelle

---

[516] La semplificazione delle procedure amministrative è una condizione necessaria per accelerare i processi attuativi del PNRR e oggetto di reiterati interventi legislativi: cfr. la sequenza dei molti decreti che si sono occupati in particolare del tema: 76/2020; 77/2021 e, da ultimo, con riferimenti specifici agli interventi per velocizzare le procedure di investimento in energie rinnovabili, DL 17 marzo 2022, convertito in L. 27/4/2024, 34.

[517] Cfr. da ultimo le riflessioni di R. Benaglia nella relazione introduttiva al XX Congresso della Fim Cisl, Torino 20-21 aprile 2022, p. 10.

[518] Le condizioni di estrema incertezza del quadro economico, in particolare relativamente all'evoluzione della guerra in Ucraina e alle conseguenze sull'approvvigionamento del gas dalla Russia rendono difficile definire una modifica dell'IPCA o un nuovo meccanismo di adeguamento dei salari; potrebbero suggerire invece una soluzione-ponte, simile a quella adottata in Germania che stabilisca la erogazione di una prestazione monetaria una tantum a copertura dell'inflazione prevista per il 2021.

imprese, le forme e il metodo partecipativo si sono diffusi a diversi livelli, con una significativa accelerazione negli ultimi anni.

Le esperienze più risalenti nel tempo riguardano, com'è noto, la partecipazione dei lavoratori nelle istituzioni pubbliche, specie in quelle competenti in materia di previdenza e di mercato del lavoro. Inoltre la partecipazione nelle questioni generali delle riforme e delle politiche pubbliche ha trovato più volte espressione nella concertazione e nella pratica dei patti sociali. Le intese fra organizzazioni rappresentative e governo concluse per fronteggiare le sfide poste dalla emergenza e dalle grandi trasformazioni sociali come quelle oggi in corso, sono la forma più pregnante e impegnativa della partecipazione.

Negli anni recenti il legislatore è intervenuto a promuovere con incentivi fiscali e contributivi la negoziazione dei premi di produttività e la loro trasformazione in forme di welfare integrativo, due istituti contrattuali tipicamente partecipativi. [519]

Inoltre la legge (208/2015) ha riconosciuto una agevolazione maggiorata nelle ipotesi in cui i contratti prevedano strumenti di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nella organizzazione del lavoro. Il coinvolgimento è previsto in relazione alla organizzazione del lavoro. Ma tale riferimento è sufficientemente ampio per comprendere la gran parte delle questioni rilevanti sia per la organizzazione di fabbrica e per la produttività sia per la organizzazione del lavoro e per la sua qualità.

Con queste norme il legislatore ha dato sostegno a forme di partecipazione organizzativa già sperimentate con successo in un numero crescente di aziende, specie a tecnologia avanzata.[520]

Tale partecipazione organizzativa è attribuita direttamente ai lavoratori, ma si presta a essere valorizzata dal sindacato, come già avviene in molti casi, perché è in grado di stimolare la presenza sindacale e la innovazione contrattuale. In realtà questo stimolo segnala la possibilità di un rapporto stretto e positivo fra i due principali strumenti di azione collettiva, appunto contrattazione e partecipazione.

D' altra parte la partecipazione diretta dei lavoratori è importante per evitare che strumenti contrattuali come i comitati paritetici presenti in molti luoghi di lavoro e competenti in diverse materie, non solo la produttività, ma la sicurezza sul lavoro, il welfare, le pari opportunità, ecc., perdano la spinta propositiva e si burocratizzino.

Ricordo anche che si sono realizzate in Italia, sia pure con minore frequenza che in altri paesi, esperienze di azionariato dei lavoratori, come forma non solo di beneficio economico ma come ulteriore strumento partecipativo.[521]

Infine una possibilità ulteriore, più volte menzionata, è di utilizzare le grandi risorse accumulate

---

519 Cfr. T. Treu, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Il Libro dell'Anno del Diritto*, Treccani, 2016; M. Faioli, *Premi di risultato e legge di stabilità*, 2016, ivi, 2017, p. 75 ss.; F. Brenna, *Welfare aziendale*, ivi, 2017, p. 380 ss.

520 Cfr. le considerazioni e i casi riportati in M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu, *La partecipazione incisiva*, Mulino, 2015, e ivi, in particolare, M. Ponzellini, L. Pero, *Il nuovo lavoro industriale tra innovazione organizzativa e partecipazione diretta*, p. 45 ss. L. Campagna, L. Pero, *Partecipazione e innovazione per aumentare la produttività,* Sviluppo e Organizzazione, giugno/luglio 2017, p. 68 ss.

521 V. L. Zoppoli, R. Santagata, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese e l'azionariato su base collettiva,* in M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu, *La partecipazione incisiva*, cit., p. 299 ss.

dai fondi pensioni contrattuali - che sono amministrati dalle stesse parti sociali - per investimenti selettivi nella economia reale.[522]

Un simile utilizzo, se ben indirizzato, assume particolare importanza in Italia, che ha spesso sofferto di carenza di investimenti pubblici e privati; ora potrebbe avere una destinazione privilegiata a integrazione degli investimenti previsti dai progetti attuativi del PNRR: da quei progetti finalizzati alle transizioni ecologiche e digitali a quelli per lo sviluppo del Mezzogiorno.

La diffusione di queste diverse esperienze partecipative può costituire un elemento di grande rilievo strategico nel momento attuale, perché corrisponde a un crescente bisogno di partecipazione manifestato dai lavoratori, specie da quelli più istruiti e consapevoli che sono destinati a essere sempre più centrali nella economia e nella società del futuro. Risponde anche a una esigenza delle imprese che devono affidarsi in misura crescente alla autonomia e responsabilità dei dipendenti per la organizzazione del lavoro e produttiva nelle fabbriche digitali intelligenti.

Non a caso il metodo partecipativo e le sue forme hanno ricevuto sostegno, da ultimo nel Patto per la fabbrica del 2018, dalle maggiori organizzazioni rappresentative, superando storiche diffidenze.

In ogni caso una valutazione di queste esperienze, per una loro valorizzazione complessiva dovrebbe essere messa all'ordine del giorno di un patto sociale per il lavoro e lo sviluppo.

13. La digitalizzazione delle imprese e del lavoro: come regolare gli algoritmi

Si è già rilevato che le trasformazioni economiche e sociali in atto pongono agli strumenti delle relazioni industriali, contrattazione e partecipazione, la urgenza di affrontare temi del tutto nuovi. Alcuni sono stati qui ricordati per indicare la necessità di affrontarli non solo in sede di contrattazione collettiva, ma nell'ambito di un più ampio patto sociale.

Sottolineo in particolare i problemi posti alle parti sociali e alle relazioni industriali dalla digitalizzazione del lavoro e dell'impresa. Si tratta di una tematica di frontiera, come segnala la Commissione europea [523] in un recente documento dedicato all'impatto della digitalizzazione su questioni decisive per il futuro del lavoro: la qualificazione dei rapporti di lavoro attivati tramite piattaforme digitali; la gestione dei rapporti di lavoro ad opera di macchine intelligenti e algoritmi anche all'Interno delle imprese.

Sul primo punto la Commissione conferma come la digitalizzazione della economia abbia messo in crisi le tradizionali categorie dei rapporti di lavoro e la distinzione fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, rendendo controversa la qualificazione di molti rapporti e quindi la applicazione delle relative tutele, come mostra il caso tipico ma non unico dei riders. Per facilitare tale qualificazione la Commissione propone di stabilire una presunzione legale per cui i lavori su piattaforma devono essere considerati rapporti di lavoro subordinato, salvo che la piattaforma ne dimostri il

---

[522] E. Scudieri, *Fondi pensione, quasi una guida agli investimenti nell'economia italiana*, Focus Risparmio, giugno 2021; R. Cesari, M. Marè, (a cura), *Finanza e previdenza. I fondi pensione* e *la sfida dei mercati*, Mulino, 2017; incentivi a utilizzare tali risorse per investimenti nell' economia reale sono stati previsti nel decreto legge 24 aprile 2016, n.44 (art.4).

[523] T. Treu, *La digitalizzazione del lavoro: proposte europee e piste di ricerca*, DRI, I, 2021, p. 1 ss.

carattere di autonomia.[524]

La seconda questione affrontata dalla Commissione merita un'attenzione particolare, perché pone una sfida diretta agli strumenti tradizionali delle relazioni industriali, in particolare alla contrattazione collettiva. Questo perché gli strumenti digitali, in primis la intelligenza artificiale applicata dalle piattaforme, non riguardano solo rapporti come quelli dei riders ma si stanno diffondendo rapidamente anche nei rapporti di lavoro tradizionali presenti nelle aziende. Secondo i dati forniti dalla Commissione, confermati da molte ricerche, gli algoritmi espressi dalla intelligenza artificiale, sono già utilizzati in un'ampia serie di atti gestionali del lavoro, dalle assunzioni, alla supervisione e controllo delle attività e delle performance, alla decisione sulle carriere fino alla conclusione e cessazione del rapporto.

Di qui la necessità di considerare non solo l'impatto quantitativo della digitalizzazione sul mercato del lavoro, ma anche le sue conseguenze sulla qualità e sulle condizioni di lavoro, per valutarne sia le opportunità sia i rischi per i diritti e le tutele dei lavoratori.

La valutazione dei possibili rischi richiede un approccio analitico nuovo, diverso da quello usato per analizzare i rischi tradizionali, perché i sistemi algoritmici cambiano non solo le modalità ma la logica stessa della gestione dei rapporti di lavoro. La novità e criticità di questi sistemi, specie dei più recenti, consistono anzitutto nella non trasparenza propria di questi sistemi e nella incertezza su come essi sviluppano le proprie regole: un dato che spesso sfugge (o può sfuggire) agli stessi programmatori, tanto è vero che per tali sistemi sono stati definiti come *black box*.[525]

Su questo tema e sulle implicazioni della digitalizzazione per la sicurezza e per le condizioni del lavoro si interrogano sia il documento della Commissione sia l'accordo quadro stipulato fra le maggiori confederazioni sindacali e imprenditoriali europee.[526]

La indicazione principale dell'accordo quadro sottolinea la necessità di stabilire procedure e strumenti concordati fra le parti finalizzati a garantire che ogni impiego delle tecnologie digitali e della intelligenza artificiale assicuri il rispetto dei diritti dei lavoratori e segua il principio del controllo umano.

Nell' ultima versione della proposta di direttiva la soluzione adottata ha ridimensionato su questo punto l'importanza originaria. In questa versione la proposta si incentra sui diritti di informazione e consultazione, stabilendo l'obbligo a carico delle piattaforme di informare e consultare le organizzazioni sindacali dei lavoratori circa i meccanismi decisionali algoritmici alla base delle piattaforme, e circa le modifiche agli stessi, precisando che i rappresentanti o i lavoratori possono essere assistiti da un esperto (art.5). Richiede altresì che le piattaforme digitali rendano accessibili alle autorità competenti e alle organizzazioni sindacali le informazioni sulle condizioni di lavoro

---

[524] Una attenzione particolare, non solo dei giuristi è riservata all'impatto delle piattaforme digitali che intermediano o gestiscono il lavoro. Vedi ILO*, Work employment and social outlook 2021, The role of digital labour platforms in trasforming the world of work,* Geneva; W.P. De Groen, et al., *Digital labour Platforms in the EU: Mapping and business models*, Study prepared by CESP, for DG EMPL., 2021.

525 In effetti la digitalizzazione sta trasformando il sistema di gestione del lavoro anche all'interno delle imprese tradizionali: v. A. Wood*, Algorithmic management Consequences for Work. Organisation and Working Conditions, in JRC Working Papers Series on Labour. Education and technology,* 2021/07*;* Commissione Europea*, Digitalization in the workplace, Eurofound, novembre 2021;* M. Faioli*, Il lavoro nella Gig Economy,* in *Libro dell'anno del Diritto,* Treccani, 2019, p. 304

[526] *Accordo triangolare europeo sulla digitalizzazione,* 22 giugno 2020, in Bollettino ADAPT, 29 giugno 2021, n. 26.

applicabili ai rapporti contrattuali (art. 12) e impone agli Stati di garantire ai lavoratori tramite piattaforma un'adeguata tutela giuridica contrattuale.

Infine, l'art. 8 riconosce il diritto dei lavoratori di ottenere delle piattaforme una spiegazione che giustifichi e motivi la decisione assunta da un sistema automatizzato che incida significativamente sulle sue condizioni di lavoro e di richiedere un riesame "umano" della decisione, cui si deve dare riscontro con risposta motivata, con la possibilità di rivolgersi a una persona incaricata della piattaforma per instaurare un confronto in merito alla decisione adottata.

Come si vede dalla stessa terminologia, non si parla più di controllo umano per garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori da eventuali violazioni da parte della piattaforma, ma di richiesta di riesame e di possibilità del lavoratore di interloquire con una persona incaricata della stessa impresa-piattaforma, apparentemente senza assistenza o intervento di rappresentanti sindacali.

Quanto alla regolazione di rapporti su piattaforma eseguiti a livello transnazionale, la direttiva si limita a prevedere che gli Stati membri sono tenuti a imporre alle piattaforme qualificabili come "datori di lavoro", di dichiarare alle autorità competenti ove si svolge l'attività lavorativa e i dati relativi a tale attività (artt. 11 e 12). Non si raccolgono invece le prime indicazioni seguite da alcune normative nazionali (Francia) che impongono alle imprese agenti su scala internazionale di vigilare sul rispetto delle condizioni di lavoro da parte delle loro unità periferiche. [527]

Dare seguito alle indicazioni dei documenti emersi (accordo e direttiva) pone una sfida inedita alle parti sociali nella loro attività contrattuale come nelle forme partecipative. Non si tratta più solo, come nella contrattazione tradizionale, di risolvere conflitti distributivi tra le parti, e neppure per i sindacati di influenzare le scelte programmatiche e attuative di volta in volta prese dalle imprese. Tanto meno sarà sufficiente per i rappresentanti dei lavoratori intervenire *ex post* sulle conseguenze delle scelte aziendali.

Per intervenire efficacemente sull'uso delle tecnologie digitali è necessario entrare nella logica interna e nei meccanismi di funzionamento automatico di questi sistemi, per ricondurli alla capacità di controllo e di orientamento delle persone che lavorano.

Solo se si incide su questo punto critico è possibile perseguire gli obiettivi fondamentali della nostra disciplina di tutelare la equità e la qualità dei rapporti di lavoro di fronte alle scelte umane e ora tecnologiche che incidono sulla vita dei lavoratori.

È un vero cambio di prospettiva che si impone a tutte le attività negoziali e partecipative delle parti sociali, e che interroga anche la qualità e l'effettività delle tutele normative.

In questi casi la attribuzione di poteri di controllo, sulle scelte aziendali alle rappresentanze dei lavoratori troverebbe la sua giustificazione nel principio costituzionale (art 41,2) secondo cui la iniziativa privata "non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Anzi è chiamata in causa più a fondo la garanzia che sia mantenuta ai lavoratori la possibilità di controllare le proprie condizioni di lavoro e in definitiva i propri destini nel corso della vita.

---

[527] V. Brino, *Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori*, in *Profili di criticità e nuovi esperimenti regolativi*, DRI, 2018, p. 171 ss.; J. Dougareilh, *La legge francese sul dovere di vigilanza al vaglio della giurisprudenza*, DLRI, 2021, p. 159 ss.

Non a caso il sistema di partecipazione tedesco non si limita a prevedere la presenza dei rappresentanti dei lavoratori, che è peraltro minoritaria, negli organismi delle società, e quindi con limitata capacità di influenza sulle decisioni aziendali; ma accompagna a questa cogestione istituzionale, l'attribuzione agli stessi rappresentanti di poteri di codeterminazione, che possono arrivare fino al diritto di veto su una serie di decisioni aziendali riguardanti la gestione dei rapporti di lavoro.[528]

Tale aspetto, originario del sistema partecipativo tedesco, è finalizzato a permettere un controllo collettivo sulle decisioni manageriali volto a prevenire ed evitare che queste pregiudichino o mettano a rischio i diritti fondamentali dei lavoratori. Su questo è intervenuto il legislatore tedesco del 2021 il quale ha incluso fra i temi oggetto dei poteri di codeterminazione dei Consigli di fabbrica il controllo sull'utilizzo delle piattaforme digitali e dell'intelligenza artificiale per la gestione dei rapporti di lavoro.

La sfida di trovare strumenti adeguati per orientare l'uso delle tecnologie digitali all'insegna del controllo umano, come richiede l'accordo quadro europeo, interpella *in primis* la capacità di innovazione delle parti sociali, ma non può lasciare indifferente o estraneo il legislatore, come è stato nell'ordinamento tedesco.

La storia delle nostre relazioni industriali conferma che le principali innovazioni presenti nei nostri ordinamenti sono state il risultato congiunto di azioni collettive e di interventi riformatori e di sostegno dei legislatori nazionali.

Il controllo umano delle tecnologie digitali è uno dei terreni principali su cui oggi si dovrebbe sperimentare questa capacità di iniziativa congiunta di parti sociali e legislatori. Le policy pubbliche dovrebbero assumere questo come un obiettivo prioritario per sostenere l'azione collettiva, già in difficoltà per molti motivi, nel confronto con le implicazioni dell'era digitale che sono decisive per il futuro del lavoro.

---

[528] M. Weiss, *Workers participation in the enterprise in Germany,* in A. Perulli, T. Treu, Eds., *Enterprise and social rights,* cit.*;* e in generale, T. Treu, *Workers participation in the firm, trends and insight*, ivi, p. 278.

Salario minimo: Estensione selettiva dei minimi contrattuali*

Tiziano Treu

1. Questione salariale e debolezze di sistema 211
2. Frammentazione delle rappresentanze e incertezza dei perimetri negoziali 211
3. Vuoto di regolazione sulla rappresentatività 212
4. Codice degli appalti e riapparizione della categoria "oggettiva" 213
5. Rappresentatività e sostegno legislativo 215
6. Le vie alternative per il salario minimo indicate dalla Commissione europea 215
7. Condizioni per applicare in Italia la via contrattuale al salario minimo 216
8. Estensione dei minimi salariali dei contratti collettivi maggiormente rappresentativi: requisiti e modalità 218
9. Tutele per il lavoro autonomo ed equo compenso 219

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 455/2022

1. Questione salariale e debolezze di sistema

Il tema del salario minimo va inserito, come fa opportunamente la proposta al nostro dibattito, nella situazione generale del nostro mercato del lavoro e della sua regolazione, in particolare da parte dei contratti collettivi, che sono, o dovrebbero essere, la autorità salariale per eccellenza.

La questione salariale, ora più che mai attuale nel nostro paese, va considerata nella sua gravità presente, ma senza dimenticare le sue radici strutturali. La diffusione di salari bassi, spesso inferiori alla soglia della povertà, e la crescita dei working poors sono fenomeni risalenti anche se aggravati dalle crisi più recenti: da quella del 2008, alla crisi dell'emergenza Covid, agli attuali sconvolgimenti provocati dalla guerra in Ucraina e dalle tensioni geopolitiche.[529]

La gravità dei bassi salari si radica nelle debolezze storiche del nostro sistema economico, da tempo note ma non corrette: dalla carenza ultradecennale di investimenti nei fattori decisivi per lo sviluppo, a cominciare da formazione e ricerca, alla insufficiente capacità di innovazione di parte del sistema produttivo, alla mancanza di strumenti per la diffusione e il trasferimento tecnologico alle PMI, alla presenza di larghe fasce di arretratezza nei servizi privati e pubblici.

Tali debolezze di sistema si riflettono nelle dinamiche, meglio nelle distorsioni, del nostro mercato del lavoro storicamente caratterizzato da bassi tassi di occupazione, alte percentuali di lavoro irregolare, insufficienti livelli di scolarizzazione e di conoscenze soprattutto tecniche e scientifiche, e negli ultimi anni aumento dei vari tipi di lavoro precario e del part time involontario.

L'impatto della pandemia ha messo in luce anche la fragilità del lavoro autonomo e professionale, compreso quello autentico, fino a ieri sottovalutata, oltre ad aver contribuito a "sgonfiare" la bolla dei lavori (e lavoretti) falsamente autonomi, lasciata crescere con colpevole tolleranza ed essa stessa segno di uno sviluppo povero e distorto.

Non mi dilungo su questi aspetti strutturali che sono ampiamente esplorati, ma che vanno tenuti presenti, perché condizionano la validità delle risposte di policy. Per questo motivo, come si rileva anche nella proposta alla nostra discussione, tali risposte non possono limitarsi a misure lavoristiche, ma devono abbracciare l'intero range delle politiche industriali, economiche e sociali.

A maggior ragione la eventuale introduzione di qualche strumento di salario minimo non può essere considerata risolutiva. Per questo non va caricata di aspettative né di polemiche eccessive, come invece appare sovente nel dibattito non solo politico, ma anche fra gli osservatori esperti, giuristi e non.

2. Frammentazione delle rappresentanze e incertezza dei perimetri negoziali

Venendo al nostro ambito specifico di analisi, concordo sul fatto che il tema è collegato alle criticità attuali del sistema di contrattazione collettiva italiana.

Ma anche qui vanno distinti i diversi aspetti della questione.

La debolezza attuale del sistema contrattuale e di relazioni industriali è un fenomeno comune a molti (quasi tutti) gli ordinamenti nazionali a noi comparabili. Ha motivazioni complesse riconducibili sia a un contesto economico, nazionale e internazionale, sempre meno favorevole all'azione

[529] Cfr. i dati più recenti di ISTAT in www.Istat.it/povertà, 30 aprile 2021.

sindacale, sia a orientamenti degli imprenditori e spesso dei governi sempre meno accomodanti se non ostili verso sindacati e contrattazione collettiva.

In questo contesto si collocano criticità specifiche, presenti in altri paesi, ma particolarmente gravi nel nostro ordinamento.

Comincio dalla questione – conosciuta ma non abbastanza approfondita – riguardante la concorrenza, spesso al ribasso, fra contratti collettivi riferiti allo stesso settore.

Questo è un fenomeno non nuovo in assoluto, ma che in tempi recenti ha assunto in Italia crescente ampiezza e capacità di produrre effetti distorsivi nella concorrenza fra imprenditori e fra gli stessi sindacati.

Il motivo è in parte oggettivo, cioè dipende dalle trasformazioni in atto nei sistemi produttivi che hanno sconvolto e reso meno netti i tradizionali confini fra le categorie merceologiche.

Ma di questa trasformazione e incertezza dei perimetri categoriali le parti sociali hanno spesso approfittato per allargare la loro sfera di influenza associativa e contrattuale, e per sfruttare margini di negoziazione più favorevoli di quanto permettesse la contrattazione svolta nelle categorie tradizionali.[530]

Scelte più o meno opportunistiche in questa direzione sono ascrivibili in misura e per motivi diversi sia alle imprese e alle loro associazioni sia alle organizzazioni sindacali.

Anche se non esistono ricerche specifiche, alcuni elementi desunti dall'archivio del Cnel sembrano indicare che gran parte di contratti collettivi "esorbitanti" dalle categorie tradizionali o ad esse sovrapposte sono conclusi da associazioni datoriali diverse da quelle storiche, o addirittura da gruppi di imprese costituiti ad hoc per concludere contratti di questo tipo.

Non mancano casi in cui tali iniziative datoriali anomale trovano riscontro e adesione da parte di associazioni sindacali, spesso di poca rappresentatività ma talora anche collegate al sistema confederale.

Una variante di questa anomalia della contrattazione rispetto agli schemi categoriali storici è costituita dalla diffusione di contratti collettivi aventi un campo di applicazione trasversale o onnicomprensivo.[531] Gli esempi, menzionati nella presentazione al dibattito, del contratto collettivo multiservizi e del contratto servizi fiduciari e vigilanza, sono ben noti oltre che al Cnel anche alle cronache sindacali e giudiziarie, per i loro trattamenti retributivi e normativi al quanto bassi e al di sotto degli standard del "lavoro dignitoso".

3. Vuoto di regolazione sulla rappresentatività

Questa rottura degli schemi categoriali provocati non solo da organizzazioni non rappresentative delle due parti ma anche da soggetti collettivi dotati di rappresentatività riconosciuta, testimonia

---

[530] Vedi gli esempi di sovrapposizione fra contratti collettivi sollecitata dalla concorrenza fra associazioni datoriali, M. Faioli, S. Bologna, *Preliminary investigations on indirect competition among Italian employers' associations, and the relevant effects on collective bargaining,* Working paper Fondazione G. Brodolini, 2022; M. Faioli, *Indagine sulla contrattazione collettiva dell'edilizia e sulle relative istituzioni paritetiche,* Giappichelli, Torino, 2021.

[531] O. Razzolini, li definisce "contratti monstre". *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamenti: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea*, in LDE, 2021.

della gravità del disordine presente nell'attuale sistema contrattuale italiano.

Tale disordine, oltre ad agevolare la diffusione dei contratti al ribasso, alimenta controversie giurisdizionali fra le stesse maggiori organizzazioni rappresentative, specie nelle aree di confine più incerte e contese: fra artigianato e piccola impresa, fra settori commerciali e industriali, e persino fra cooperazione e industria.

Sono stato personalmente testimone della criticità di tali controversie di confine e della difficoltà di promuovere soluzioni concordate, che sarebbero le più confacenti a un sistema di relazioni ordinato e maturo.

Queste guerre di confine costituiscono uno degli ostacoli, anche se non l'unico, a risolvere consensualmente la questione dei criteri di rappresentatività delle organizzazioni sindacali datoriali.

La mancanza di criteri certi per queste associazioni rappresenta un vuoto di regolazione del sistema contrattuale generalmente deprecato ma tuttora non colmato. La carenza è tanto più grave perché si somma alle difficoltà di implementazione del T.U. del 2014 contenente i criteri per la misurazione della rappresentatività delle associazioni sindacali dei lavoratori.

Ho sempre ritenuto e argomentato che questi aspetti di criticità ostacolano il buon funzionamento della contrattazione e ne indeboliscono ulteriormente la capacità di negoziare le condizioni di lavoro dei lavoratori rappresentati. E sono convinto che la soluzione più coerente con le nostre tradizioni e con la autonomia delle parti sociali non può che venire dalle intese fra le stesse parti negoziali.

4. Codice degli appalti e riapparizione della categoria "oggettiva"

Ma, a fronte di una situazione di *impasse* ormai ultradecennale, diventa sempre più urgente domandarsi quali possano essere le modalità per sbloccarla.

Una indicazione rilevante, ancora poco esplorata, proviene dalla normativa del codice degli appalti (legge 50/2016 art 30, co. 4), secondo la quale al personale impiegato in lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici va applicato il contratto collettivo il cui ambito di applicazione sia "strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto".

Analogo principio è stabilito in via generale dal cd patto della fabbrica del 2018 concluso fra le organizzazioni più rappresentative delle parti sociali dell'industria, in base al quale (para.4, punto *a*) tali organizzazioni si impegnano a garantire una stretta correlazione fra contratti collettivi applicabili e reali attività di impresa.

La norma del codice degli appalti, come quella del patto della fabbrica, smentisce il principio da sempre seguito dalla nostra giurisprudenza e approvato dalla dottrina secondo cui nell' ordinamento sindacale di fatto vigente in Italia, la definizione della categoria contrattuale e dei suoi confini è esclusiva competenza dell'autonomia contrattuale.

A dire il vero tale principio non ha mai avuto un valore assoluto, perché la connotazione oggettiva della categoria sancita dall' art. 2070 del Codice Civile ha mantenuto in giurisprudenza il valore di orientare l'interpretazione quando il contratto individuale opera un generico rinvio al contratto collettivo e occorre stabilire quale contratto le parti abbiano inteso richiamare nell'ipotesi di datore di lavoro che svolge più attività.

Inoltre quando si tratta di individuare i minimi contrattuali rilevanti come base dei contributi previdenziali, secondo quanto stabilito dalla legge 89/1989, spetta all'INPS di definire in ultima istanza i contratti maggiormente rappresentativi e i relativi ambiti di applicazione, anche superando eventuali incertezze e controversie relative ai perimetri categoriali.

La norma ricordata del codice degli appalti modifica il quadro ordinamentale facendo entrare (o meglio rientrare) la categoria oggettiva nel sistema contrattuale italiano.

Una tendenza paragonabile, pur in diverso contesto, si è manifestata nel diritto sindacale tedesco. La Corte Costituzionale di quel paese ha dichiarato illegittimo un primo intervento legislativo nella soluzione dei conflitti fra diversi contratti collettivi in quanto in contrasto col principio dell'autonomia sindacale. Ha confermato invece un secondo intervento, ritenendo che il legislatore può intervenire per regolare i presupposti strutturali che "consentono alla contrattazione collettiva di svolgersi in un contesto di equa parità sociale e di conseguenza di produrre adeguate condizioni di lavoro ed economiche" e che "la legge deve agire quando sopraggiungano guasti durevoli nella capacità di funzionamento del sistema di contrattazione collettiva". [532]

La Corte tedesca ha peraltro precisato che tali condizioni devono essere interpretate in senso restrittivo in nome della tutela della libertà sindacale e che il legislatore è tenuto a prevedere condizioni nella conclusione del contratto collettivo maggioritario, affinché questo tenga in adeguato conto gli interessi dei gruppi professionali che subiscono la regola della maggioranza.

La rilevanza della categoria oggettiva da parte del nostro legislatore, pur sancita limitatamente ai rapporti contrattuali nella esecuzione degli appalti pubblici, segna una indicazione di policy in grado di estendersi o di generalizzarsi, se non altro per la importanza quantitativa di tali appalti, che è ora esaltata dall' impiego delle risorse eccezionali del PNRR.

Per lo stesso motivo è di estrema importanza garantire la corretta applicazione dei contratti stipulati dai soggetti maggiormente rappresentativi ed evitare contrattazioni al ribasso alle condizioni di lavoro nei settori critici delle opere pubbliche.

Inoltre la norma del codice dei contratti pubblici di riconoscere la categoria oggettiva potrebbe stimolare la giurisprudenza a dare rilievo al nuovo principio in altre direzioni anche oltre l'ambito specifico degli appalti pubblici.

Resta da vedere se le parti sociali trarranno motivo da tale indicazione normativa per dare seguito alla clausola analoga del patto della fabbrica nei loro comportamenti contrattuali, a cominciare dalla scelta dei criteri per la composizione delle controversie relative ai confini fra diverse categorie contrattuali e fra le loro aree di influenza organizzativa.

Un superamento delle incertezze sui perimetri contrattuali nel senso auspicato servirebbe a chiarire un punto importante per il funzionamento ordinato del sistema contrattuale. Potrebbe stimolare progressi nella definizione consensuale dei criteri di rappresentatività delle organizzazioni dei datori di lavoro, perché è proprio sul versante datoriale o, partendo da questo, che si sono manifestate le maggiori controversie sui perimetri negoziali.

---

[532] Cfr. più ampiamente T. Treu, *Impasse regolativa della rappresentatività degli attori negoziali: riuscirà la direttiva europea sul salario minimo a sbloccarla?,* in *Lavoro Diritti Europa,* n. 3, 2021.

5. Rappresentatività e sostegno legislativo

Anche ipotizzando un tale progresso, la strada per il consolidamento delle regole del sistema contrattuale rimane ancora impervia.

La individuazione di criteri certi di rappresentatività delle due parti, ancorché concordata fra le maggiori organizzazioni, avrebbe i limiti di ogni intesa contrattuale. Esprimerebbe un indubbio effetto di deterrenza, ma non sarebbe in grado di precludere comportamenti devianti da parte di associazioni o gruppi dissenzienti, ipotesi non improbabile specie in settori a bassa sindacalizzazione come le piccole imprese, molti settori di servizi e della logistica.

Per questo si ritiene da molti, me compreso, che una intesa del genere, per avere piena effettività, richiederebbe di essere accompagnata da una normativa di sostegno.[533]

Sono peraltro consapevole che, nonostante un intervento simile sia un esempio emblematico di legislazione di sostegno, persistono forti resistenze a seguire questa strada in ambito sindacale, in specie da parte della Cisl; ma non mancano perplessità anche fra le associazioni datoriali.

A maggiore ragione mi sembra irrealistico ipotizzare allo stato attuale qualche forma – pur auspicabile - di intervento legislativo organico sul nostro sistema di relazioni industriali e contrattuale, quale è stato proposto da autorevoli colleghi.

Per venire alla questione specifica del salario minimo, le resistenze a un intervento legislativo diretto in questa direzione sono altrettanto se non più diffuse. Non mi soffermo sugli argomenti pro e contro una legge sui minimi, che sono stati ampiamente esposti, anche con qualche mio contributo.[534]

6. Le vie alternative per il salario minimo indicate dalla Commissione europea

L' *impasse* che ha impedito finora ogni iniziativa in materia di salario minimo potrebbe forse essere superata qualora fosse approvata la proposta di direttiva europea da tempo avanzata dalla Commissione e arrivata in dirittura d'arrivo.[535]

Le due strade indicate dalla proposta per garantire salari adeguati, una legislazione sui minimi retributivi e l'utilizzo rafforzato della contrattazione collettiva, sono presentate dalla Commissione come fra loro alternative.

In realtà tali soluzioni non sono necessariamente alternative, tanto è vero che coesistono in vari paesi (Francia, Germania, Spagna). Tale compresenza riflette il fatto che esse hanno strumentazione e funzioni diverse.

Il salario minimo legale nella versione prevalente adottata in Europa serve a garantire una base retributiva uniforme ai lavoratori di tutti i settori produttivi al fine di proteggerli in egual misura

---

[533] Vedi più diffusamente T. Treu, *Contrattazione e rappresentanza,* in *Salari, produttività e diseguaglianze*, a cura di C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, Mulino, Bologna, 2017, p. 333 ss.

[534] Cfr. T. Treu, *Le proposte sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, DRI, 2021, p. 1 ss.

[535] V. Proposta di Direttiva Europea COM (2020) 682 final, relativa a salari minimi adeguati, Bruxelles, 28 ott. 2020.

dalla povertà. Il rafforzamento delle retribuzioni stabilite dai contratti collettivi, tipicamente con strumenti di estensione erga omnes della loro efficacia, garantisce trattamenti salariali ai vari livelli corrispondenti ai diversi equilibri contrattuali esistenti nei diversi settori.

La differenza degli strumenti ha anche conseguenze quantitative, perché le analisi comparate indicano che i salari minimi fissati dalla contrattazione risultano mediamente più alti di quelli fissati dal salario minimo legale.[536] La scelta adottata dalla proposta di proporre le proposte come alternative ha carattere tattico, in quanto mira a rispondere alle diverse tradizioni di relazioni sindacali, e quindi di sensibilità, prevalenti nei vari paesi su questa delicata questione.

Tali diversità sono emerse chiaramente nei lavori preparatori della proposta e si riflettono negli schieramenti dei diversi paesi sul merito delle soluzioni. La soluzione legislativa trova opposizione a favore di una via contrattuale al salario minimo da parte di quei paesi, in primis gli scandinavi e l'Italia, che hanno una forte tradizione di contrattazione collettiva autonoma.

La scelta fra le due soluzioni proposte cui sono chiamati gli Stati membri, compreso il nostro, ha non poche conseguenze di merito.

Mi limito a ricordare che la proposta contiene indicazioni stringenti affinché i salari minimi legali siano fissati a livelli adeguati, anche perché in non pochi Stati membri tali minimi non garantiscono ai lavoratori un reddito sufficiente a raggiungere la soglia della povertà. Tant'è vero che il numero di lavoratori poveri ricordato dalla Commissione situato al di sotto di tale soglia, ha raggiunto il 10%. Per di più le rilevazioni ufficiali citati dalla relazione alla proposta indicano che un lavoratore europeo su sei è qualificabile come *low wage earner*, cioè riceve un salario inferiore ai 2/3 del salario mediano.

Nella ipotesi in cui l'Italia intendesse dare seguito all'iter per introdurre un salario minimo legale, dovrebbe adeguarsi ai criteri e ai livelli di adeguatezza fissati. Inoltre sarebbe opportuno prevedere la attivazione di procedure formali di coinvolgimento delle parti sociali, che la Commissione ritiene essenziale per garantire che il salario minimo sia adeguato secondo la valutazione dei principali *stakeholders*. Non sarebbe sufficiente quindi la attuale formulazione di alcuni progetti di legge, compreso quello a firma Catalfo (AS 658), che senza prevedere nessuna procedura di consultazione con le parti sociali, stabilisce in ogni caso una soglia minima salariale (di 9 euro).

7. Condizioni per applicare in Italia la via contrattuale al salario minimo

La approvazione imminente della direttiva europea spingerà, mi auguro, ad accelerare i tempi di decisione su questa travagliata materia, facendo tesoro della prospettiva aperta dall'Europa.

Se le maggiori organizzazioni rappresentative delle parti sociali mantengono la loro contrarietà alla introduzione del salario minimo legale, dovrebbero dare corso al percorso contrattuale indicato dalla direttiva e contribuire col governo a costruirne i presupposti fondamentali

Quanto alle condizioni necessarie richieste dalla direttiva, richiamo l'attenzione su un punto dirimente non sempre adeguatamente considerato, cioè al tasso di copertura del 70% (nell'ultima versione elevato a 80%) dei contratti collettivi nazionali che la Commissione richiede affinché la via contrattuale proposta sia considerata rispondente agli obiettivi.

---

[536] Cfr. C. Lucifora, *Il salario minimo, contrattazione o minimo legale?,* in T. Treu, C. Dell'Aringa, C. Lucifora (a cura), cit., p. 425 ss.

Al riguardo va precisato che il riferimento al tasso medio di copertura dei contratti nazionali per valutare la idoneità del sistema non è sufficiente e può essere fuorviante. Su questo punto è pertinente il riferimento della proposta al "livello settoriale o intersettoriale" dei contratti nazionali, perché la copertura dei contratti nei singoli settori può essere alquanto diseguale e non arrivare sempre alla soglia dell80%.

Sulla diffusione e sulla copertura dei contratti nazionali non esistono in Italia indicazioni complete, perché i nostri sistemi di rilevazione non sono ancora a regime. Ma le informazioni già disponibili confermano la esistenza di non poche disparità.

Dall'archivio dei contratti gestito dal Cnel si rileva che il tasso di copertura dei contratti stipulati dalle organizzazioni più rappresentative nei principali settori è in effetti superiore alla soglia indicata dalla proposta di direttiva. Ma in altri settori non è così; una parte dei contratti minori presenti al Cnel, molti di consistenza ignota, presenta un elevato rischio di dumping salariale.[537]

Tale rischio è confermato da diverse rilevazioni, da varie ricerche Istat e Banca d'Italia, da cui risulta che in molti settori, specie di servizi, non solo il tasso di copertura stimato dei contratti è molto basso, ma è anche alto il tasso di evasione ed erosione di questi contratti. Di conseguenza le quote di lavoratori con retribuzioni inferiori ai minimi stabiliti dai contratti collettivi più rappresentativi e di fatto non coperti dai minimi sono consistenti con punte oltre il 20% nei servizi alle imprese, agricoltura, alberghi e ristorazione alimentare, vigilanza. Questi dati sono riferiti al periodo pre-pandemia e si può presumere che non siano migliorati, anzi che possano essersi aggravati a seguito della crisi Covid. Tanto più che i fattori determinanti queste condizioni di bassi salari sono strutturali, legati in parte ai livelli di produttività di questi settori, alla dimensione delle imprese e al ridotto potere di contrattazione del sindacato. [538]

Non si può dire allora che il nostro sistema contrattuale soddisfi del tutto i requisiti richiesti dalla ipotesi di direttiva, né che l'Italia possa essere esentata dalla necessità di intraprendere i piani di azione sollecitati dalla Commissione per rafforzare la contrattazione collettiva nei settori critici.

La proposta della Commissione non precisa con quali strumenti debba essere garantito il tasso di copertura contrattuale richiesto. Ma la estensione erga omnes dei contratti è la sola soluzione che garantisca la capacità del sistema negoziale di offrire una garanzia salariale equivalente a quella offerta dai minimi legali.

La soglia del 70% di copertura contrattuale indicata dalla Commissione non realizza lo stesso risultato, ma è stata fissata, con evidente compromesso, in base alla ipotesi che una simile diffusione permetta comunque alla contrattazione di esercitare una influenza generale di innalzamento dei salari minimi.

---

[537] O. Razzolini, *Salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: brevi riflessioni a margine della proposta di direttiva europea,* in LDE, 202; e Cnel, *Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva,* 2021, cap. XIV, *L'archivio nazionale dei contrattai collettivi di lavoro,* p. 379 ss.

[538] Cfr. per ulteriori informazioni e argomentazioni, C. Lucifora, *Il salario minimo*, cit., p. 415 ss.; v. anche A. Garnero, *The dog that barks doesn't bite: coverage and compliance of sectoral minimum wages in Italy*, IZA, Journal of Labour Policy, 2018, spec. pg. 9 ss., che contiene anche una stima della non *compliance* dei minimi salariali nei vari settori, aggiornata al 2015.

8. Estensione dei minimi salariali dei contratti collettivi maggiormente rappresentativi: requisiti e modalità

Come ho già sostenuto altrove,[539] sarebbe opportuno, ed è possibile, riservare l'intervento sui minimi salariali a quei settori in cui fosse accertata la carenza di copertura contrattuale (è una ipotesi teorica) o una copertura inferiore al livello chiesto dalla direttiva oppure anche un tasso di evasione tale da pregiudicare la effettività della tutela contrattuale. Si tratta di un accertamento difficile, ma non impossibile, che andrebbe condotto con il coinvolgimento delle parti interessate e con una certificazione del Ministro del lavoro o del Cnel.

Un intervento che prevedesse l'intervento sui minimi solo nei settori dove la contrattazione collettiva non raggiunge la copertura effettiva del 80% non inciderebbe negativamente sugli equilibri del sistema contrattuale, anzi lo rafforzerebbe e sosterrebbe la azione sindacale nei settori deboli.

Una simile soluzione non trova ostacoli giuridici insormontabili e viene adottata in altri paesi.

Gli ordinamenti europei che prevedono meccanismi di estensione generale in tutti o in parte dei contratti collettivi procedono in modo selettivo; cioè tengono conto delle condizioni dei diversi settori e dei caratteri della contrattazione ad essi relativa, fra cui il grado di copertura che il contratto realizza per forza propria.

Una ipotesi di soluzione ispirata a queste considerazioni è oggetto di valutazione anche in sede ministeriale ed è prospettata nella relazione del gruppo di lavoro coordinato da Andrea Garnero sul contrasto alla povertà lavorativa. Tale ipotesi è proposta come forma di sperimentazione limitata a specifici settori, identificati dalle parti con l'ausilio delle istituzioni competenti, dove i livelli retributivi risultino particolarmente bassi.[540]

Si tratterebbe di stabilire meccanismi legali (da precisare) che prendano a riferimento i minimi salariali (nelle voci da definire in dettaglio) stabiliti dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, al fine di dare loro efficacia generale.

L'*erga omnes* salariale selettiva così ipotizzata non esaurirebbe gli interventi necessari, e prospettati dalla proposta di direttiva, per rafforzare la capacità negoziale delle parti sindacali.[541]

Il rafforzamento e la estensione dei diritti del lavoratore con la sanzione di una base comune di tutele per ogni forma di lavoro, restano una parte essenziale della legislazione di sostegno anche del sindacato. Ma resta da riscrivere soprattutto la parte sindacale della normativa, sia precisando le regole fondamentali del sistema, sia promuovendo condizioni di contesto economiche e sociali favorevoli (e non ostative, quali oggi spesso prevalenti), all'attività sindacale e alla piena espressione della voce dei lavoratori nell'arena sociale e politica.

Sottolineo il fatto che questi strumenti di promozione del sindacato, per essere adeguati alle sfide del momento presente, non possono limitarsi all'ambito delle imprese, tanto meno delle grandi fabbriche, perché questo non è più l'unico terreno dove si confrontano oggi le forze sociali ed economiche e si determinano le condizioni da cui dipende l'esito.

---

[539] T. Treu, *La proposta sul salario minimo e la nuova direttiva europea*, DRI, 1, 2021.

[540] *Relazione del gruppo di lavoro sulle misure di contrasto alla povertà in Italia*, nov. 2021, in www.lavoro.gov.it.

[541] Cfr. più ampiamente T. Treu, *Il salario minimo adeguato: dagli argomenti di M. Roccella al dibattito attuale,* in *Studi in onore di Massimo Roccella*, a cura di M. Aimo, A. Fenoglio, D. Izzi, ed. Scientifiche, Torino, 2021, p. 311 ss.

Le politiche utili per promuovere l'azione collettiva e in generale la causa del lavoro devono misurarsi su obiettivi che tengano conto degli interessi di *costituencies* più ampie di quelli espressi dal lavoro dipendente e che sappiano interloquire con le istituzioni non solo negli ambiti lavoristici, ma in tutte le sfere pubbliche influenti sul lavoro e sull'occupazione.

Ma soprattutto occorre ribadire che il presupposto per dare seguito alle indicazioni della Commissione, in particolare alla estensione selettiva erga omnes dei minimi contrattuali, è che siano individuati criteri univoci e condivisi di rappresentatività di ambedue le parti negoziali.

I criteri fin qui utilizzati sulla base di generiche indicazioni legislative, in particolare quelle della legge istitutiva del Cnel, sono alquanto incerti e di difficile applicazione, come mostrano le oscillanti decisioni della giurisprudenza chiamata a esprimersi in proposito e le difficoltà incontrate dalla stessa Presidenza del Consiglio nella selezione delle organizzazioni titolate a designare i consiglieri del Cnel.

Come ho già accennato, la definizione di tali criteri spetta in primis all'accordo fra le parti interessate. La strada seguita dalle organizzazioni sindacali con il Testo Unico del 2014 andrebbe condivisa più ampiamente sul versante sindacale e dovrebbe essere seguita per ricercare criteri di rappresentatività anche delle organizzazioni datoriali.

Ma come ho già rilevato, la capacità di tali accordi di imporsi per forza propria esiste nei settori dove le organizzazioni delle parti sono sufficientemente consolidate per farle rispettare da tutti, ma non in altri settori dove queste regole possono essere contestate da altre organizzazioni interessate a negoziare termini diversi, spesso fuori dalle regole e al ribasso.

In tale contesto, ben riscontrabile nelle nostre relazioni industriali, non vedo altro modo se non quello di intervenire per legge e, vorrei precisare, con una legge che dia efficacia generale ai criteri di rappresentatività in coerenza con le indicazioni concordate fra le parti.

9. Tutele per il lavoro autonomo ed equo compenso

Le considerazioni fin qui svolte, come tutto il dibattito sul salario minimo, si riferiscono al lavoro dipendente. Ma gli anni recenti, da ultimo la crisi Covid, hanno mostrato la vulnerabilità anche dei vari tipi di lavoro autonomo, specie quelli di tipo tradizionale, che in Italia hanno raggiunto dimensioni maggiori delle medie europee, coprendo anche forme di attività falsamente autonome.

Lo confermano varie ricerche, fra cui quella svolta da Cnel e Istat su richiesta della Commissione lavoro della Camera dei Deputati. Ne dà conto anche la relazione del gruppo di lavoro presso il Ministero del lavoro coordinato da Andrea Garnero sulle misure di contrasto alla povertà lavorativa, uno sviluppo in parte anomalo della povertà.[542]

La relazione testimonia come i rischi di povertà lavorativa siano strettamente connessi alla forma contrattuale del lavoro, in particolare come la incidenza di tale povertà salga dal 12,1% per chi lavora prevalentemente come dipendente, al 17,1% per chi è in prevalenza autonomo (dati 2017).

---

[542] *Relazione del gruppo di lavoro sugli interventi e le misure di contrasto alla povertà lavorativa in Italia*, cit.

A tale situazione hanno dato risposta una serie di misure varate dal governo nel corso della pandemia di tipo emergenziale (bonus vari) fra cui un iniziale forma di sostegno al reddito per i lavoratori autonomi iscritti alla gestione separata dell'INPS (il cd. ISCRO).

L'esigenza più urgente è di mettere a regime questo tipo di sostegno, perché va incontro a una debolezza tipica dei lavoratori autonomi che è quella di rimanere senza alcuna protezione di reddito a fronte di crisi di mercato, oltre che dei fallimenti dei committenti quando questi sono i fornitori prevalenti di lavoro, come spesso capita per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

Inoltre occorre riconoscere anche ai lavoratori autonomi il diritto di associarsi e di contrattare collettivamente che è stato finora negato dalla Corte di giustizia europea, in quanto ritenuto contrario al principio della libera concorrenza.

Una simile posizione è stata criticata[543] in quanto basata su una visione distorta della posizione di questi lavoratori che hanno in comune con i lavoratori dipendenti la esigenza di essere tutelati dalla legge nei loro diritti fondamentali e di disporre di strumenti di autotutela contrattuale a sostegno degli stessi diritti.

La necessità di porre rimedio a questa situazione di debolezza e di riconoscere il diritto a negoziare collettivamente anche ai lavori autonomi, a cominciare da quelli economicamente dipendenti, è riconosciuta dalla legge di altri paesi (ad es. Germania) ed è ora affermato anche dalla Commissione europea che sta predisponendo al riguardo un apposito provvedimento.

Per quanto riguarda la normativa italiana essa è alquanto carente nella tutela al lavoro autonomo. La normativa della legge 81 /2017, pur innovativa, risulta insufficiente per molti aspetti, a cominciare dalla tutela dei compensi di questi lavoratori, per i quali secondo la giurisprudenza prevalente non vale il principio dell'art 36 Cost. sulla retribuzione equa e sufficiente.

Una prima regolazione in proposito è stata introdotta per gli onorari degli avvocati con la normativa sull'equo compenso, sulla cui spinta si stanno moltiplicando le proposte di estendere un'analoga tutela ad altre categorie di professionisti.

La contrattazione collettiva ha cominciato a operare, ma marginalmente e con scarsa diffusione, per alcune categorie di lavoratori autonomi economicamente dipendenti da committenti forti (i cd. riders in primis).

In attesa che si sviluppi e venga promossa per questi lavoratori la contrattazione collettiva, il legislatore potrebbe intervenire anzitutto stabilendo anche per i lavoratori autonomi il diritto a un equo compenso, eventualmente per quelli economicamente dipendenti, parametrandolo ai minimi stabiliti dai contratti collettivi di settori affini, sul modello previsto dalla normativa inglese per i workers.

In conclusione merita sottolineare che la sanzione di minimi salariali adeguati, pur essenziale, non è tuttavia sufficiente a sollevare dalla povertà i lavoratori, subordinati e autonomi.

Come rileva bene la relazione della Commissione Garnero sopra citata, a questo fine serve una serie di politiche in grado di influenzare gli equilibri del mercato: politiche macroeconomiche per

---

[543] Cfr. per tutti A. Perulli, T. Treu, "*In tutte le forme e applicazioni"; per un nuovo Statuto del lavoro*, par. 8.10, In corso di pubblicazione.

migliorare la composizione strutturale del nostro sistema produttivo, politiche di istruzione e formazione per aumentare la occupabilità, politiche attive per facilitare l'incontro fra domanda e offerta di lavoro, politiche di sostegno alla contrattazione collettiva e di regolazione del lavoro, in particolare delle forme di lavoro atipico.